

内乱と刑事責任

飯 田 忠 雄

- 一 序言……問題点について
 - 二 内乱の本質と分類——革命との関連
 - 三 内乱の犯罪性の根拠
 - (一) 忠誠義務違反説
 - (二) 国家自衛説
 - (三) 犯罪性否定説
 - (イ) 階級闘争説
 - (ロ) 絶対的否定説
 - (四) 内乱の犯罪性の根拠についての私見
 - 四 現行の内乱罪規定の検討
 - 五 内乱未遂と革命未遂およびその刑事責任
- 内乱と刑事責任 (飯田)

- 六 内乱の予備・陰謀の可罰的違法性
- 七 内乱の教唆・幫助の可罰的違法性
- 八 内乱罪と刑罰
- 九 内乱罪の適用範囲の問題

一 序 言……問題点について

暴力による国民主権制に対する破壊行為は、刑法においては「内乱の罪」として扱われている。一般的にいえば、内乱の罪は、「暴力をもって、または暴力を加える旨の脅迫によって、国家の憲法またはそれに基づく国家の基本組織上の秩序を変更し、または国家の領土もしくはその一部を外国に併合させまたは本国から分離する」行為として定義されることができであろう。この内乱の罪については、従来、深く分析して考察され論議されていないため、いろいろの点で問題がある。

まず第一に、わが国の通説的見解では、内乱の罪は政治犯罪であり、革命が成功すれば内乱行為は正当化され、行為者は不処罰となるもので、その被害法益は、国家そのものであるとされている。この見解からは、内乱は革命の手段であるから、革命の成否が内乱の犯罪性を左右することになる。革命は、国家の抽象的主権者の強制的交替であるから、通説的見解を押し進めてゆけば、内乱の犯罪性は、主権者に対する反逆が問題とされる限りにおいて、それに根拠を有するという主張に帰するであろう。もしそうだとするならば、内乱行為は、主権者に対する反逆行

為であるから罰せられるのであって、人間社会にとって悪であるからではないということにならざるを得ない。かくして、内乱は政治的支配権力に対する対立的権力との間の闘争であるとする見解とその内容において一致することになると思われる。しかし、このような見解は、内乱のもつ国民社会的意味に全く目をふさぐものであると思われる。このような見解では、国民主権制の憲法の下における内乱の本質と、その犯罪性とを明確にすることはできないのではなからうか。

次に、内乱は、本質的に善悪を超越するものであらうか。国内において、国民相互に殺害をくりかえし合わなければならぬ内乱が、何故に革命という政治活動目的によって正当化されるのであらうか。支配権力に抵抗する権利は、場合によっては認められよう。しかし、抵抗権の存在を理由に、何の支配権力をも保有しない国民大衆を戦乱にまき込み、塗炭の苦しみに投入してよいという理由がどこから生ずるのであらうか。

一步ゆずって、革命の手段としての必要悪として内乱が認容されるとしても、その革命の本質が具体的に確かめられなければならない。如何なる主権者を打倒して如何なる主権を確立することを目的とする革命なのか、このことが問われなければならないであらう。

第三に、現行の内乱罪に関する刑法規定が、内乱の本質をどのように把握、どのように対処せんとしているかという問題である。したがって、この問題を解明し、刑事立法のあり方を追求することも、内乱の犯罪性を明らかにする上で省くことができないであらう。

第四に、内乱の罪は、従来のわが国の通説では、政治犯罪であるから、他の犯罪とは区別して犯人処遇をすべき

ものとしている。そして、これに対する刑罰としては、死刑と禁錮とを予定し、懲役刑を排斥している。このことは、刑罰の本質と目的とから考えて、疑問なきを得ないことではなからうか。

最後に、内乱行為は、一国の国内においてのみ実行されるとは限らない。国外、特に公海、公空における行為について、国家の刑法の適用は、どの範囲内についてなされるのか、この問題の検討も、今日の国際政治の手段との関連から、なおざりにしておくことはできないことであろう。

私は、この小論において、従来の通説に疑問を投げかけつつ、一そう妥当な見解に到達するための論議を試みたと思う。

二 内乱の本質と分類——革命との関連

内乱は、形式的にみれば、特定の国家の領域内において展開される政治権力の争奪武力戦である。しかし、内乱を国内戦争としてとらえる場合には、内乱を構成する要素として必ずしも革命目的を必要とするとは限らないであろう。革命をどのように概念づけるかにもよるであろうが、主権者の交替もしくは支配的政治体制の根本的変革を革命として理解する限り、このような革命目的を有しない国内戦争も存在しうるからである。すなわち、憲法体制を肯定しながら、時の政権担当者の政策に反対しての国内武力戦（例、明治一〇年の西南戦争）も考えられるから、内乱は、革命的内乱と、非革命的内乱とに分類することができるであろう。

過去における内乱の多くは、革命目的の国内的武力争奪戦であり、時には植民地支配からの脱出のための内乱

(独立戦争としての内乱)であった。ところが最近に至って、表面的政府の樹立という方式を利用してなされる外国の侵略に対抗する原住民によるゲリラ戦という形態の内乱も発生している。この種の内乱は、外患に対する民族自衛戦であり、独立戦争の実質を有するといふべきものであらう。⁽¹⁾

内乱と革命との関係は、必然的因果の関係ではない。内乱を伴わない革命⁽²⁾がある一方、革命目的の明確でない内乱もある。⁽³⁾ また、革命には、人民の利益、人権の回復・保障を目的とする革命⁽⁴⁾と、それとは無関係な、むしろ人民の利益、人権の回復・保障という点では後退する革命⁽⁵⁾もある。特定の階級の利益のための革命にも、その階級が如何なる階級であるかにより、種々に分類できる。したがって、革命だから正当性を有するとはいひ得ないであらう。

革命が反社会的もしくは反社会道義的であるかどうかは、革命が実行される社会の制度やその社会を支配している国家権力の立場から判断されてはならないであらう。このような主観的立場からでは、権威主義に陥り、客観的に正当とされる判断に到達することが困難だからである。それ故、この判断基準は、革命によって現出される社会制度や、政治の基本制度と、改革の可能性を考慮に入れた既存の社会制度および政治の基本制度とを比較して、一そう国民全体にとって利益の大であるものは、いずれであるかに求められるべきではなからうか。すなわち、既存の国家の基本組織を变革することを目的とする行動は、現段階における特定の政治的支配権力に対する対立的実力との間における闘争行動であるが、この闘争行動の正当性の根拠は、それが一そう広範な人民のために役立ち、一そう大きな人権と生活の向上とを促進する社会制度を形成するために必要かつ不可欠のことであるかどうかに求め

られなければならないであろう。

この意味において、歴史上のあらゆる大革命は、その時代背景、時代の要求を考慮に入れるときは、それなりに相対的にはあるが正当性を有したと思われる。そして、歴史上の近代的革命の手段となった内乱の本質を、階級闘争とみるレーニンの考え方も、間違っていないであろう。レーニンの説くように、内乱は階級闘争の継続であり、発展であり、激化であるし、当時の反社会的・反社会道義的な国家権力（ロシア皇帝の権力）に対抗する人民の権力（革命党の政治権力）との闘争（国内戦争）であったこと、そしてこの革命的内乱の正当性が一般的に認められていることも、歴史的事実である。

しかし、歴史上の革命が正当なものであり、したがってその手段としての内乱もまた正当性を認められたとしても、それは、革命の相手方が人民に対する搾取階級・支配階級であり、内乱を手段として相手を倒さなければ被支配階級を解放することができなかったからである。したがって、過去の革命が正当なものであり、革命の手段として内乱が不可欠であったことを以て、未来の革命が常に正しいものであり、内乱以外に手段がないとはいえないであろう。民主主義が正しく貫かれる国民主権制の国家では、一切の政治権力は、国民が直接選挙により選出した国民の代表により支配される国家機関に信託されているし、国家組織の基本法・憲法の制定権能は、主権者たる国民に帰属するとの原理が支配する。したがって、直接選挙により国民はその欲する政治機構と政治の実施を実現できるものである。このような国家では、古い社会制度が平和的に新しい社会制度に成長移行してゆくことが可能なのである。⁽⁸⁾ また、国民主権制国家においては、法の下における平等と基本的人権の保証が重視せられ、法形式的にて

はあるが階級制度は否定される。さらに、労働者の生活の向上、経営管理者の中小化および独占資本の禁止とが實質的に実現してゆくにつれて、階級意識を低下させ、全人民の国家・社会の実現の将来も可能性を増大する。このことは、国民の社会的自覚を条件とするけれども、国民の手中にあると、いってよい。このような国民主権制の国家においては、国民主権制が厳密な意味において維持せられ、その實質を保持して民主主義のルールにより政権の担当者交替が円滑に行いうるものである限り、内乱を手段とする革命の正当性の根拠を見出すことはできないことではなからうか。

(1) 例えば、ヴェトナムの内乱は、これに近い形態を示している。植民地支配の崩壊後に生じた二政権のうちの一方を支援する外国軍隊による他の一方の政権に対する武力干渉に対抗する型態の内乱は、国家の主権者の交替を目的とするものではなく、一方において統一的主権の確立のための闘争であると共に、他方において外国の新たな侵略に対抗する民族の独立戦争の様相を呈する。

(2) わが国における占領政策に基いて実現された天皇主権国家から国民主権国家への変革は、内乱を伴なわない革命の例である。また、中国における文化大革命も一種の内乱を伴なわない革命といつてよいであろう。

(3) 明治一〇年の西南戦役は一例であろう。

(4) アメリカ独立戦争、ロシア革命、中国共産党による革命その他。

(5) 中国における封建時代の革命はその例といえよう。

(6) レーニン全集(大月書店版)第二九卷三七頁……

「内乱は、他のどんな戦争よりも重大な、苛烈な戦争である。古代ローマの内乱以来、歴史上いつもそうであった。なぜなら、民族間の戦争は、いつも有産階級相互の取引によってけりがついていたが、内乱だけでは、被抑圧階級は抑圧階級を徹底的に絶滅

するため、この階級の存在の経済的条件を絶滅するために、全力を傾けたからである。」

(7) 大月書店版・レーニン全集・二三巻八〇ページ「プロレタリア革命の軍事綱領・一九一六年九月」は次のように述べている。

「内乱もまた戦争である。階級闘争をみとめるものは、内乱をもみとめないわけにはいかない。内乱は、あらゆる階級社会で、階級闘争の自然な、ある事情のもとでは不可避的な継続であり、発展であり、激化である。あらゆる大革命がこのことを確認している。」

(8) 一八七二年九月十五日マルクスが行ったアムステルダムでの公開集会における演説中において「……それぞれの国の制度や習慣や伝統に対して特別な考慮がはられなければならないことを、我々は知っている。合衆国やイギリスのように、労働者が平和的手段によってその目的を達するのぞみのある国が存在することを、我々は否定しない。……オランダも同じ部類にぞくする。」(大月書店版・マル・エン選集十一巻下、四〇〇頁)

大月書店版・マルクス・エンゲルス選集第十七巻下、三八五ページ「一八九一年の社会民主党(エルフルト)綱領草案の批判」は、次のように述べている。

「一切の権力が国民代表機関の一身に集中されており、国民の多数者の支持を獲得しさえすれば直ちに憲法によってその思うままに行なえるような国々では、古い社会が平和的にあたらしい社会に成長移行してゆくということも考えられることである。すなわち、フランスやアメリカのような民主的共和国や、……王朝が国民の意志に対して無力であるイギリスのような君主国の場合がそれである。……」

三 内乱の犯罪性の根拠

内乱の犯罪性については、これを認める立場の見解と、これを否定する立場の見解とが対立する。

内乱の犯罪性の根拠に関する従来の学説は、大別すれば、忠誠義務違反説と、国家自衛説とになる。また、犯罪性否定説には、相対的否定説（階級闘争説）と絶対的否定説とがある。

(一) 忠誠義務違反説

内乱の犯罪性の根拠を、国王に対する忠誠義務違反に求めることは、封建制度の下においては、当然の法理であり、それは、大逆罪と呼ばれた⁽¹⁾。中世におけるイギリスにおいては、国王の権利を害するあらゆる行為が大逆罪とされた⁽²⁾。一七・一八世紀のドイツにおける小国家分立と絶対主義の時代には、大逆罪の概念中に、国家の存立および支配者の尊厳に対する侵害のみならず、広く国家管理に対する侵害（国家権力に対する反抗、通貨偽造その他）も含まれる考え方が支配的であった⁽³⁾。それが、イギリスにおいては一三五一年の大逆罪法により七個の犯罪類型に限定された⁽⁴⁾。また、ドイツにおいても、一八世紀から一九世紀にかけての学問の発達により概念の区別を啓蒙され、大逆罪（Hochverrat）と背叛罪（Landesverrat）とを、国家犯罪の他の部分と区別した。それは、国家の内部的安全の危険すなわち、国家の基本法の侵害に始まり国家の対外的地位を脅威することに終るものとして、限定された⁽⁵⁾。大逆罪の本来の観念は、王国の最高権威者に対する各々のその家臣の個人的な忠誠義務違反についてのそれであった⁽⁶⁾。国王の保護をうけることが忠誠義務を生じさせると考えられているのである。この観念は、国家の保護をうけている国民の国家に対する忠誠義務という観念を生むことになる。

国家に対する裏切りとか国家に対する反逆という考え方は、国家に対する忠誠義務を認める立場に立たない限り

引き出し得ないことである。この立場からは、国王または国家に対する忠誠義務は、その国の領域内に居住したことのない外国人には認められない。したがって、このような外国人は、大逆罪(内乱罪、外患罪を含む)を犯し得ないという法的帰結となる。その反面、国王もしくはは国家の許可(特別のまたは暗黙の)の下にその国の領域内に来ることによって、かつその国王または国家の保護の利益を得ることによって、外国人にも一時的な忠誠を表す結果的義務が生ずると考えられるに至るのである。しかも、この外国人の一時的忠誠義務については、かつてイギリスにおいても、国王または国家の保護が現実に有効な間だけであるとの主張がなされたことがある。⁽⁷⁾

内乱の犯罪性の根拠を、国王または国家に対する忠誠義務の違反に求める考え方は、前述したように、大逆罪に対する伝統的な把え方から引き出される。例えば、イギリスでは、「国王の領土内で国王に対して戦を起すこと」として把握された。⁽⁸⁾しかし、イギリスにおいても、個人的忠誠義務違反としての大逆罪の封建的概念形成は、共同体の結合力となつている君主への——イギリス国家の公共の秩序に対する——武装抵抗として把える近代的なものへと変形されてきた。⁽⁹⁾ドイツやフランスなどの大陸国家においても、同様である。そして、今日では、封建的概念としての忠誠義務違反を根拠としての考え方は姿を没し、国民共同体として観念された国家——祖国——に対する忠誠義務違反の考え方が存在している。⁽¹²⁾この考え方は、国家が国民の保護者であるという観念を根拠とすると思われる。現代の各国民は、その所屬する国民共同体すなわち祖国の保護の下にその生命・財産の安全と、活動の基盤を与えられている。したがって、その保護もしくはその可能性の担手である祖国を防衛し強固にする義務、祖国に対する忠誠が国民に生ずるとする考え方にも一理あるであらう。しかし、忠誠義務が保護の所産であるとする、祖

国の保護をうけることの少ない者は、その忠誠義務も少なくてよいという結論とならざるを得ない。保護をうけることのない国民は、忠誠義務もないことになる一方、内乱をひき起す国民は、祖国の保護をうけることの少ない者で、多くは国民の中の被圧迫層に属する者であるから、祖国に対する忠誠義務もないに等しいであろう。したがって、内乱の犯罪性の根拠を、祖国もしくは国民共同体に対する忠誠義務違反に求めることには疑問が多いといわざるを得ない。

(1) Kenny's Outline of Criminal Law, 19th Ed., by J. W. C. Turner, p. 395 は、大逆罪 (treason) を定義して、次のようにいう。「封建制度における最悪の罪が、君主に対する忠誠違反であることは、いうまでもなく当然のことである。そして最も偉大な大君主が、最高権威者すなわち国王であった。かような犯罪は、フランス語の *trahir*、およびラテン語の *tradere* に語原を有するものであって、不信心裏切りを表示する言葉、大逆罪 (treason) と呼ばれていた。普通法 (common law) においては、国王に対する臣下の忠誠義務違反である大逆罪 (high treason) と、国王の臣下である者がその上官である他の者を殺害した場合に犯罪が成立する小逆罪 (petit treason) との二種があった。それ故に、後者は、実際には謀殺であったし、謀殺者が、彼が捧げねばならない忠誠義務によって、更に極悪にされたのである。封建家臣がその主君を殺し、牧師が司教を殺し、あるいは妻が夫を殺した場合の如きである。」

(2) Kenny's Outline of Criminal Law, 19th Ed., p. 395. ……「大逆罪に対する告発は、中世時代においては、国王にとつて、その二大競争者、すなわち教会と貴族階級に対して権力を振り最も強力な武器であった。というのは、この犯罪を惹起した牧師は、聖職の特権を要求できなかったし、また、すべての封建家臣が、この罪の有罪とされるときには、その家臣の領地は、その直接の主君に帰することなく、国王のものとなるとされたからである。こうしたことのために、国王の裁判官達は、その主人たる国王の利益となるよう注意深く、大逆罪の定義を、最も包括的な犯罪となるように拡大して、例えば御獵林にお

いて鹿狩をすることまでも包含させた。かくして、遂に反動が起った。エドワード三世の治世(一四世紀中期)に、一人であるロイストンのジョン・ジャーバージという人が、一人であるボティスフォードのウイリアムを逮捕して、ウイリアムが九〇ポンドを支払うまで釈放しなかった。この不法監禁の行為について、この行為は国王の権能を私用に供するものであるとの訴訟がなされ、この行為は大逆罪に該当する行為であるとして取り扱かれた。ここにおいて、貴族達は直ちに訴訟を提起し、一三五一年に、大逆罪法(Statute of Treasons) (25 Edw. III, st. 5, c. 2.)の制定によって定義される限界内に、大逆罪の法律を制限することに成功した。」

(c) Maurach, Deutsches Strafrecht, Bes. Teil S. 552. 「古代ドイツ法の国家犯罪は、最も古い伝統的な構成要件をもって、背叛罪(Landesverrat)に、国王に対する不忠を結びつける。この場合、背叛(Verrat)の一般的概念は、背信的なことはすべて姦悪となるという考え方から、社会的犯罪に対すると同様に、個人(特に主人)に対する犯罪に対しても、特徴づけられており、甚だあいまいな性質を担っている。背叛的不忠誠とともに皇帝に対する犯罪(Crimen laesae majestatis)が、ローマ法の影響の下に、まず皇帝の身分に適用されて現れた。次いで選帝侯に対する犯罪に拡大された。これが後の大逆罪(Hochverrat)の概念を生ずる淵源となるのであるが、一七〇〇年頃になって独立の概念としての大逆罪(Hochverrat)が確立されることになる。」

一七・一八世紀の小国家分立と絶対主義の時代には、大逆罪の概念中に、国家の存立および支配者の尊厳に対する侵害のみならず、広く国家管理に対する侵害(例、国家至上権の毀損、通貨偽造その他)も含める考え方が支配的となる。」

(4) Kenny's Outline of Criminal Law, 19th Ed., pp. 396~400 参照。大逆罪の七個の類型は、ケニーによれば、(i) 国王、女王もしくはその相続人に対する殺害企図、(ii) 国王の妻、長女もしくは相続人の妻に対する凌辱、(iii) 国王の領土内で国王に対して戦を起すこと、(iv) 国王の敵にその領域内において追従すること、(v) 国王の印影あるいは貨幣を偽造すること、(vi) 国王の領土内に偽造貨幣を持ち込むこと、(vii) 大臣、大法官、財務官または司法官の一人を殺害すること、

以上の七類型である。右のほか、後の制定法によっていろいろな類型が加えられたが、次の二つのみが残存した。それは、(a) 王位継承の資格を有する人の王位継承を妨害する明白な行爲による企図、(b) 記述または印刷によって、王位継承法に基いて資格を有する人以外のいずれかの人が王位継承の権利を有すると運動すること、以上の二類型である。

(5) Maurach, Deutsches Strafrecht, Bes. Teil S. 552.

(6) Kenny's Outline of Criminal Law, 19th Ed., p. 400.

(7) Kenny's Outline of Criminal Law, 19th Ed. p. 401. 「……この故に、ポリア人が一〇年間居住したイギリス領土が、ポリア人の軍隊の軍事占領に落ちて、ポリア人による軍政が行なわれたとき、イギリス軍隊の撤退によりポリア人のイギリスへの忠誠義務は崩壊したこと、およびポリア人のその後の行状は、それ故に、国王に対する大逆罪でなかつたことが、主張された。しかし、司法委員会 (Judicial Committee) は、侵入軍 (ポリア人軍隊) が追い出されるともに、国王の法廷は、敵 (ポリア人の軍隊) による占領間に受けたいかなる不当行為に対しても矯正を与えたこと、および国王の保護は、それ故に、連続したものであったことを指摘して、右の論点を否認した。」

(8) Kenny's Outline of Criminal Law, 19th Ed. p. 398. 「ここである戦は、国際法上の眞の戦争に限定されない。しかし、かなり多くの数の人々によって引き起され、かつ私的性質の目的ではなくて、公共的性質の若干の目的で導かれているいづれかの暴力的平穩攪乱、例えば行く先々で囚人を解放することも含まれる。犯罪人達が軍事集団を形成しており、または軍用武器を以て武装されていることは、本質的なことではない。政府の合法的な諸権力の自由な行使を妨害する意図をもつ人の大集団が集結され、暴力を以て政府との対立に抵抗するための準備がなされていることを以て足りる。したがって、大逆罪のうちこの種のものは、暴動と区別する何ものもないのではなくて、それに関与することによって目指される目的の普遍性によって暴動と区別されるのである。」

(9) Kenny's, Outline of Criminal Law, 19th Ed. p. 402.

(10) ドイツ刑法八〇条は、大逆罪 (Hochverrat) を、ドイツ連邦共和国の憲法またはそれに基づく国家組織上の秩序もしくは連邦の領土に対する暴力による変更の企図として把えている。それとともに、八三条において、連邦大統領の生命・身体に対する攻撃、連邦大統領の憲法上の権限の奪取もしくは暴力的侵害についても、大逆罪のな襲撃として、重懲役に処している。

これらの規定からは、大逆罪の封建的概念は完全に姿を消し、ドイツ連邦共和国の公共の秩序(憲法および領土)に対する武装抵抗として大逆罪を把える近代的な概念形成がみられる。そしてこれらの規定は、古い時代の個人的忠誠義務の違反の觀念の代りに、国民主権制の下にある国民共同体への反逆すなわち公共の基本的秩序の遵守義務違反の觀念を提出しているともみることができらるであらう。

(11) フランス刑法は、内乱を、国内の対内的安全に対する罪として把え「内乱、軍事力の不正使用、公然の略奪・蹂躪により国家を侵害するおそれのある重罪」と題する第二款(九一条以下一〇一条まで)に規定する。フランス刑法、第三卷(各罪と刑罰)第一部(公の利益に対する重罪および軽罪)第一章国家の安全に対する重罪および軽罪)第二節(国内の対内的安全に対する罪)第二款の規定は、次のとおりである。

第九一条 内乱を押し進めるために互に武器を執り、あるいは一もしくはそれ以上の地方において荒掠的虐殺および略奪を犯すために、市民を武装させ、またはその勧誘をする行為の着手は、城塞内流刑により罰せられる。この条の重罪の一犯行に向けられた陰謀およびかような陰謀を組織する提議は、それぞれの区別に従い、第八九条によつて罰せられる。

第九二条 合法的権力機関の命令または権限付与なく、武装力を集めまたは集めさせ、もしくは兵士を召集しまたは召集させ、もしくは武器または弾薬を供給しまたは準備する者は、城塞内流刑を宣告される。

第九三条 不法にまたは法定の理由がないのに、いづれかの陸軍、騎兵隊、艦隊、海軍戦隊、軍艦、要塞、駐屯部隊、港または都市の指揮を執る者、または政府の命令に反していづれかの軍隊指揮を保持し、または指揮官として、除隊命令にもかかわらず召集された軍隊もしくは騎兵隊を保持する者は、城塞内流刑により罰せられる。

第九四条 公の軍隊についての権限をもって、合法的な兵士の徴収に抗する彼らの行動または展開を要求し、または命じ、もしくは要求させ、または命じさせる者は、流刑によって罰せられる。かような要求または命令が効果をもった場合には、その者は、城塞内流刑により罰せられる。

第九五条 建築物、兵器庫、軍艦またはいずれかの他の国家財産に放火し、または爆発物によって破壊した者は、城塞内流刑を宣告されるものとする。

第九六条 公共の不動産、動産または金銭、場所、都市、城塞、警戒場所、倉庫、兵器庫、港、軍艦または政府所有の船舶を侵害するために、または公共的もしくは民族的財産または市民団体の財産を略奪し、もしくはは彼ら自身の間に分配するために、またはかような重罪の加害者に対して行動する公の武力を攻撃し、もしくはは抵抗するために、武装部隊の指揮を執り、またはそのいずれかの機能もしくはは地位を運用する者は、城塞内流刑に処せられる。

同様の刑罰は、集会を指導し、集会を起こし、もしくは扇動し、団体の組織を組織しもしくは扇動する者に、または故意にもしくは情を知って重罪犯人集団のために武器弾薬または道具を獲得し、もしくはは用意し、もしくはは兵糧護送隊を送り、またはその他のいずれかの方法で、かような部隊の長または指揮者と取引する者に、適用する。

第九七条 八六、八七および九一条のうちの一または数個の重罪が、団体によって実行されまたは企図されるにすぎない場合には、城塞内流刑の処刑は、治安妨害的集合の現場において逮捕された団体のすべての構成員に階級の区別なく適用される。現場において逮捕されなくても、治安妨害を指導した者、またはいずれかの地位または指揮権を保っている者は、同様の刑罰に処せられる。

第九八条 治安妨害の会合が、八六条、八七条および九一条のうちの一または数個の重罪において指導され、または結果としてこれらの重罪となった場合を除いて、指揮権または機能を行使することなく現場において逮捕された上掲の集団の構成員は、流刑に処せられる。

第九九条 上掲の集団の目的および性格を知つて、彼らに宿泊場所、隠れ場所、会合場所を、強制されることなく与えた者は、有期の重労働に処せられる。

第一〇〇条 治安妨害行為に対する刑罰は、いずれの指揮権も、地位も、または機能も有しないで、上掲の集団の構成員となつた後に、文民当局または軍当局による最初の訓戒により、その集団から脱退した者、またはその後であっても、もし抵抗することなく逮捕されて、治安妨害の会合の場所以外の場所において非武装であつた者には、適用されない。このような場合においては、彼らは個々に犯した重罪に対してのみ罰せられる。それにもかかわらず、彼らは彼らの行動の自由を制限されることがある。

第一〇一条 あらゆる機械、工具または刃のついた、とがった、もしくは鈍い道具類は、武器の定義の中に含まれる。ポケットナイフおよび鋏は、通常のむちと同様に、殺傷または打撃に使用されるのでなければ、武器とはみなされない。

(12) 例えば、中華人民共和国人民法院組織法第三条第二項には「人民法院は、その全活動をあげて、祖国に忠誠を尽し、自発的に法律を遵守するように公民を教育する。」と規定し、中国の公民には、祖国に対する忠誠義務があることが示されている。また、一九六〇年公布のロシア共和国刑法第六四条は、「祖国に対する反逆」の罪について規定する。同条によれば、祖国に対する反逆 (*izmena Rodine*) (*izmjena Rodnje*) とは「ソビエト連邦の国家的独立、領土の不可侵または軍事力に損害を与える、ソビエト連邦市民により故意に実行された行為、すなわち、敵側への移行、間諜行為、国家的または軍事的機密の外国への提供、外国への逃亡、あるいは、国境外よりソビエト連邦への帰還拒否、ソ連邦に対する敵対行為の実行にあたり外国に対して援助を与えること、ならびに、権力の奪取を目的とする陰謀」をいうものである。ソビエト国民による内乱および外患の行為は、すべて祖国に対する反逆として扱えられている。

(二) 国家自衛説

内乱の犯罪性の根拠を忠誠義務違反に求めることが根拠の薄いものであることを認めることから、学者は、これ

を国家の自衛上の政策に求めるに至る。⁽¹⁾⁽²⁾すなわち、内乱を暴力革命の手段として把え、国家は、その政治的権力の機能を保持し、その自からの安全を自衛する手段として、刑法において内乱罪の規定を設定したものと解するのである。そして、この説では、次のように解する。すなわち、国家という政治的支配の機構は、政治的権力の機能を有することによって存立し、この権力の機能を喪失することにより、消滅する。したがって、国家防衛に対する刑法の効力は、その国家の政治的権力の機能の強弱、存廃によって決定的な影響をうける。そして、革命的勢力が従来の国家権力秩序を圧倒することにより、従来の国家を防衛している刑法は、実質上廢除される。それ故、国家は、自己の政治的権力の機能が保持されている限度内においてのみ、刑法を自衛手段とすることを期待しうるにすぎない。この国家自衛説では、刑法による保護法益は、刑法を制定維持する「国家」そのものである。

内乱の犯罪性を、国家の自衛に求める学説は、犯罪性の成否を国家の存廃にかからせるものであり、社会生活の平穩および人命・財産の安全に対する危険性を顧みることなく、また、革命の性質についても無関心である。この説では、国家の存立の保持という政策によって、内乱は犯罪とされるものであるから、国家が存立しなくなれば、内乱は犯罪でないことになる。

ところで、ここで問題とすべきは、刑法が保護法益とする防護されるべき国家とは、その政治的権力の機能とは、一体何であるかということである。講学上、国家は、主権、国民、国の領土とに分析される。国民と国の領土とは、革命によっても物的には変動はないから、結局、国家の本体は主権の所在であるということになる。すなわち、主権者が国家であり、主権者のもつ政治的権力が国家権力に外ならないと思われる。かくして国家犯罪とは、主権

者もしくはその政治的権力の権能に対する侵害・危険の行為であり、これに対処するのが刑法による国家防衛であるということになるであろう。

主権者が君主もしくは独裁者である場合には、刑法は、人民支配の最も有力な道具として利用され、政治的反对者を犯罪人とするための政治闘争手段として濫用される⁽³⁾。ところが、主権者が民主主義の原理の下における国民であるとされる国家体制においては、主権者たる国民の政治的権力は、主権者が直接に行使することはできないため、主権者たる国民により選任され、権力行使を信託された特定の主権者の代表者である国家機関により行使されることとなる。それゆえ、この場合、国家機関を充当している個人が機関の任務を越えて、主権を擅奪しているならば、それが善意によるものであっても危険な事態を生ずるであろう。しかも、このことは、自由主義の下にある国家では、ありがちなことである。主権擅奪者は、自己に反対する政治的反对者を、国家に対する敵対者として、国家防衛の名の下に、弾圧するのが通例であるが、この場合、その手段として刑法が濫用される危険があるのである。特に、自由主義・民主主義の制度の濫用による国民主権制の解体・攪乱・骨抜にする準備が外見上適法な手段により、実在政権により進められるときには、これに反対する活動は、違法とされ、真の主権者としての自覚に立つ国民は、政治的闘争の対象として、刑法濫用の矢面に立たされる危険が予想される。このように、自由主義・民主主義の支配する法秩序体制においては、見かけの合法性が形式的に支持されるから、国家の現体制の実質的否定活動も、形式的に合法であれば(暴力を用いなければ)許容され、国家の現体制を擁護し、現体制否定に反対する活動——国家の実質的防衛活動——も、形式的に不法であれば(暴力を用いれば)刑罰権の下に立たされる。このように、自由主

義・民主主義の支配する法秩序体制の下では、刑法による国家主権防衛の問題は、混乱したものとなる。⁽⁴⁾

さらに、国際政治における闘争手段の近代的形式であるいわゆる第五列を使用してなされる表面的政府(いわゆるかいらい政府)の樹立があるときは、国内秩序に対する侵害と国家の対外的独立に対する侵害とが同時に成立しているが、この表面的政府の政治権力により、正統政府の政治権力の機能が抑圧排除される範囲では、刑法の効力が制限されるため、犯罪は成立するが政治権力の機能が回復するまで処罰は延期されざるを得ないこととなる。正統政府の政治権力が完全に抑圧排除された場合でも、その国家が国民主権制国家であり、国民にその憲法が保持されている限り、潜在国家として存続することが可能であるから、刑法による国家防衛の問題は消滅しないであろう。第五列的表面政府の崩壊により、正統政府の政治権力は顕現され、さきに延期された処罰が実現することも考えられる。

国家自衛説は、内乱を没規範的にみる点において、内乱の犯罪性を本質的なものとしないうえ方につらなる。また、この説における国家観念の形式的・没規範的内容の故に、国家の自衛の観念もまた形式的・没規範的なものとして提出されている。したがって、前述したように、国家防衛の名の下に刑法の濫用がなされることを防止し得ない。また、内乱の犯罪性を全く政策的なものにしてしまう。ということは、国家自衛説は、内乱が犯罪であることを証明する説ではなくて、内乱を国家の刑罰権の下に置く理由についての説であることを意味するであろう。すなわち、国家自衛説は、結局は、内乱について国家が刑事裁判権を行使すべき唯一の根拠を、国家の自衛権に求めんとする見解であって、内乱の実質的違法性に関する理論ではないと思われる。

(1) M. Maurice Travers, *Le Droit Pénal International*, (6 volumes, published in 1920-4) は、すべての刑事裁判権の根本主義として国家の自衛権を根拠に求めている。同書の一〇頁において「我々にとっては、刑法によるべき唯一の根拠は、防衛にまつての換言すれば社会の保護にまつての理念である」(Pour nous, la base unique du droit pénal est l'idée de défense ou de protection sociale.) と述べている。

W. E. Beckett, M. A., *The Exercise of Criminal jurisdiction over foreigners*, *British Year Book of International Law*, vol. 6, 1925, は、外国人に対する刑事裁判権の根拠としての当時の通説的見解である忠誠義務違反説が根拠のないものであることを論じた後で、M. M. Travers の前掲の「国際刑法論」を引用して、国家自衛説を採用すべきことを主張している。

(2) Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl. S. 480... ヴェルツェルは、この著書において「刑罰権による国家防衛の問題」という一項目を設けて、内乱罪に関する国家自衛説を展開し、次のように述べている。

「国家は、政治的支配の機構として、その固有の存在を、刑罰権による防衛によって取り囲んでいる。国家は、内乱罪の処罰によって、その対内的存立を、また反逆罪の処罰によって、その対外的存在を、防護している。まさに国家が刑罰権による自衛を企図することによって、刑法に対する、一つのもしくは未知の問題提起がなされる。もし国家が法の番人であるならば、如何にして国家は法により自衛しうるのであろうか？ 国家がもはやその防護を自からの手によりなし得なくなったとき、如何なる防護を刑法によってなし得るのであろうか？ 実際には、国家防護に対する刑法の効力は限られている。国家の存立は、政治的権力の機能である。その権力は、国家が所有するものであるが、しかし国家は自からを囲んでいる刑罰規範ではない。成功した内乱が不処罰に留らねばならないことは、このことをはっきりと示している。従来の秩序に対して革命的勢力が一そう強いことを実証するならば、旧秩序を防護する刑法もまた、道を譲らねばならない。国家の存立は、まず第一に政治的なものであって、それが刑法的問題とされるのは、全く二次的にすぎない。僅かな限度においてのみ、国家は、その存在を刑罰規定によって安全になしうることを期待しうるにすぎない。

かくして、国家が自己の問題において刑罰権の国家防衛の周辺に行動するという事に相成る。ところで国家自体が存在するものではなくて、一定の制度と一定の政治的地位をもつ具体的国家のみが存在する。しかし、その時々々の現存の政治行政による刑法の利用そのことから、その統治についての保全に危険が生じる。かような場合に刑法は、政治的闘争に向けて濫用され、政治的反对者は刑事犯罪人に仕立てられるであろう。反对党に可能性を与えないすべての制度は、合法的な支配に到達するために、政治的反对者を「違法」とし、刑法を政治的闘争へ濫用する。全体主義国家においては、国家防衛規定に關して真正の刑法がなく、それとは別に、知られている如く、政治的反对者を抹消する闘争手段があるのである。憲法が政治的權力に關して闘争の合法的な方法を規定しているところのみならず、自由主義の憲法下においても、国家防衛規定は、真正の刑罰規範であり得るであろう。それは政治的闘争をかようなもの（政治的反对者を抹消する手段）としてではなくて、政治的闘争の濫用だけを刑罰の下に置くべきものとしている。しかしながら、（内政上の）闘争の最悪の濫用は、政治的權力の達成への機会均等から、反对者を原則的に閉め出すこと、すなわち自由主義的制度の立場の上に全体主義的制度を置くこと、そのことに存在する」

(3) 内乱の犯罪性の根拠を、国家の自衛に求める思想は、ドイツにおいては、一九四五年以後の占領地管理委員会の政策が、ナチス時代の国家防衛の諸法を廢止した際、ドイツ刑法典中の国家の存立の防衛規定（内乱罪および外患罪に關する規定）をもすべて廢止してしまったことに關して、その不当を論じて国家の存立の防衛規定の復活の必要性が認識せられるに及んで高まった。そして、一九四九年のドイツ共和国基本法（仮憲法の制定にあたりその一四三条には、大逆罪（内乱罪）に對する経過規定が設けられ、一九五一年八月三〇日の刑法改正法 Strafrechtsänderungsgesetz 内乱罪（Hochverrat）は、国家に對する危害行為（Staatsgefährdung）及び背叛罪（Landesverrat）に對して改正し、新国家の包括的な刑法による保護を確立した（Maurach, Deutsches Strafrecht, Bes. Teil S. 552）参照。

(4) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 9 Aufl., S. 434. . . 「国内秩序に對する犯罪としての内乱罪と、国家の對外的獨立に對

する犯罪としての叛逆罪との間の區別は、古代ラント法の流れをひいている。この區別は、量が増大するにつれて特に政治的闘争の近代的形式すなわち「第五列の使用」表面的政府の樹立等を通して、相對化されている。その上、革命的闘争手段の變化が生じている。實在政權が外見上適法な手段で準備する立憲制度の解体、攪乱、骨抜にすることは、暴力革命の立場に踏み込んでいるものである。自由主義制度の濫用によるこの種の革命的活動の形式は、今日この制度に対する最も重い危険を形成する。しかしながら、かような行為の可罰性は、この行動が色々の外面的な民主主義的自由の余地を残して、いわゆる目標の設定を動かし、民主主義を骨抜きにさせるから、大きな難点に遭遇する。それ故に、それは、純非政治的犯罪もまた憲法に対する背信の意図によって政治的犯罪となるように、主觀的徵表に、すなわち憲法に対する背信的意図によるものでなければほとんど客觀的に把握され得ない(九四条を参照せよ)」

(三) 内乱の犯罪性否定説

(イ) 階級闘争説

内乱の犯罪性を一般的に認めることを拒否する立場は、マルクス主義者によって採用される。レーニンの言葉を採用すれば、「階級闘争をみとめる者は、内乱をもみとめないわけにはいかない。内乱は、あらゆる階級社会で、階級闘争の自然な、ある事情のもとでは不可避的な継続であり、發展であり、激化である。あらゆる大革命がこのことを確証している」⁽¹⁾というのである。この内乱の犯罪性否定説は、それ故に、相對的否定なのである。階級社会においては、階級闘争の発生を認めざるを得ない。内乱は、階級闘争の激化形態であるから、階級闘争の正当性が認められる限りでは、その不可避的な發展形態である内乱の正当性も是認されなければならないと主張される。

この考え方は、階級闘争の手段としての内乱を、階級闘争そのものとする点において思考の論理性を欠いている。

問題は、階級闘争が特権階級に対するものであり、これを成功させる手段として国内戦争に訴えることが、相当性をもつと客観的に認められるかどうかにあるであろう。古代ローマ以来、歴史的国家における革命と内乱は、支配階級の抑圧・搾取機構に対する被支配階級の階級闘争とその手段として把えることができるし、いずれの場合も、支配階級のもつ軍事機構に対抗するためには、被支配階級も軍事機構をもち国内戦争を手段にせざるを得なかつたのである。ここに階級国家における内乱の正当性の根拠があつた。

しかし、歴史的階級国家における内乱が正当なものであり、犯罪性が否定されたとしても、このことを以て、全人民によって組織された国家・国民主権制の国家、階級のない国家における内乱もまた犯罪性を否定されるとする思考には疑問がある。プロレタリア革命が成功して建設された諸国家においても、また、自由民主主義・社会民主主義の革命が成功して建設された諸国家においても、法制的にはあらゆる階級は消滅している。実質的には旧社会の残りかすとしての階級意識は存在する場合もある。そして、このような非制度的階級についても、階級闘争の必要性は残存している。しかし、この種の階級闘争は、国家主権の革命を目的とするものではないから、政府の変革、経済機構の変革を目的とするものであつても、民主主義ルールで実行できるものであり、内乱を手段とすることは適当でない。全人民国家、国民主権制国家を、内乱を手段として変革しようとする行動は、反動革命(反革命)であつて、許容されるべきことでないであらう。

(四) 絶対的非犯罪説

次に、右のような内乱の相対的非犯罪説(階級闘争説)とは別に、わが国のある一部の刑法学者により、内乱の絶

対的非犯罪説が唱えられている。すなわち、「現存の国家の基本組織を変革することを目的とする行動は、現段階における特定の政治的支配権力に対する対立的権力との間における闘争」であって、「それはあくまでも権力対権力の闘争(国内戦争)であつても、権力に対する非権利による侵害(犯罪)ではないと解すべきである」⁽²⁾との主張である。この主張は、内乱を闘争の手段ではなく権力闘争そのものと解するものであるが、このように内乱を刑法的評価から切り離れた考え方は、特殊階級の利益擁護の立場から設定された刑法における大逆罪もしくは反逆罪を否定して、人民の利益を主張する革命的内乱を正当化せんとする要請に出るものであろう。したがって、内乱一般についての犯罪性を否定するのであれば、正当な見解ではないという批判をうけることになるに違いない。刑罰権による国家防衛の問題は、イデオロギーの如何を問わず、如何なる国家においても、重視されていることは、それらの国家の刑罰法が物語る真実である。それゆえ、内乱の絶対的非犯罪説は、内乱を、国内法の支配外において把えるのであれば成り立たないであろう。⁽³⁾ここにこの説の限界がみられる。必然的に国民社会の平和と安全とを危険に陥れざるを得ない内乱が何故に国内法の支配外に置かれ、犯罪性を否定されるのであろうかが問題であらう。⁽⁴⁾

(1) 大月書店版・レーニン全集第二三巻八〇頁・プロレタリア革命の軍事綱領・一九一六年九月。

(2) 熊倉武・日本刑法各論・下巻七一三頁・七一四頁。

(3) 国際法の見地からは、内乱は犯罪でない。反乱者の地位は、一八九三年から一八九四年におけるブラジルにおいて、あるいは一八九一年にチリにおいてみられるように、別の場合には許容されることのない敵対闘争の線における行動の自由の権利を、反乱者達に付与され得るものである。それは、国家が国内的秩序の観点から承認せざるを得ないこととなる潜在的交戦状態の地位である (G. G. Wilson. *Insurgency and International Maritime Law*, *American Journal of International Law*,

しかし、このような国際法の理論を国内刑法を支配する理論として導入することは許されない。それは、国家の刑罰権に関しての理論ではないからである。

(4) 一九七一年九月二四日付、中華人民共和国外交部の声明は、同年同月二二日付ベトナム民主共和国外務省がアメリカ軍の北爆を極悪非道の犯罪行為として料弾した声明を支持している(北京周報第九卷三九号五頁)。ベトナムの国内戦争は、ベトナム人民にとって犯罪性を没却した権力闘争として理解されているのではなく、犯罪行為としてとらえられていることを示すものではなからうか。

(四) 内乱の犯罪性の根拠についての私見

わが国の刑法典は、いわゆる革命目的または国土僭窃の目的での暴動の実現を、内乱として扱っている。それ故、わが国の刑法上での内乱罪の主体は、暴力革命団体であるということになる。そして、革命団体とその武装部隊との組織、編成の存在こそが、内乱の存在を認定しうる基礎的条件でなければならないこととなる。

革命目的での暴動という把握の仕方での内乱罪を規定することは、結局のところ「革命目的」という行為者の内心において目指しているもの、すなわち革命目的(朝憲紊乱目的もしくは憲法上の国家基本秩序の変革目的)という主観的意図の内容——それは思想である——にアクセントを置いて可罰性を認めようとするものに外ならない。騒擾罪の規定との区別をするためには、そうせざるを得ないのかも知れないが、わが国の刑法規定をみる限りでは、内乱の罪の規定は、騒擾の罪が革命目的でなされた場合について規定したものと解されるような規定の仕方であると解し得るであろう。したがって、結局は、内乱の罪は、思想に行為の可罰的違法性の加重理由を認めようとするものに

外ならないことになるであろう。わが現行の内乱罪の規定と騷擾罪の規定とを比較してみるときそのように結論せざるを得ないからである。

ところで、思想の自由は、憲法の保障するところであるから、その下における刑法が思想の如何に可罰性を認めることは、許されないであろう。独裁思想者もまた、その思想だけでは罰せられない。しかし特定の思想を実現するための暴力行為は、暴力行為の故に可罰性を付与されるべきである。暴力行為の動機である特定思想の実現は、それが実現を目指して暴力行為を引き出したものである限り、可罰的違法性の質の強弱を左右するものであろう。特定思想が人間社会ないしは国民社会の進歩と安全に寄与するものであれば、可罰的違法性の質を輕微にするが、退歩と破壊に導くものであれば、可罰的違法性の質を強大にするものであると解せられるからである。

刑法は、思想のみについて可罰性を規定してはならないという原則を承認する限り、内乱罪は、目的犯として規定されるべきではないであろう。侵害犯もしくは危険犯として規定されるべきであろう。そうであるならば、革命の実現の可能性を有する程度の武装部隊の組織・編成をもってする一地方の平穩を侵害する暴動の実現を以て内乱とするのが至当であると思われる。革命目的であるかどうかは問う必要はないのではなからうか。可罰的違法性の量は、暴動による国民生活の平和を侵害することの多少によってきまるし、可罰的違法性の質は、前述したように実現せんとする特定思想の性質によるものであるからである。ただ武装部隊の大きさを、革命の実現の可能性に求めれば足りるとするのが筋が通るといふべきであらう。

右に述べたように、内乱は、革命実現の可能性を有する程度の武装部隊による暴動を实体とするものであり、そ

れが大規模となるときは、国内における戦闘行為を必然的かつ必要的手段とするものであるから、国民の生命、身体および財産に損害を与え、国民生活の平和を破壊せざるを得ない性質を有するものである。この内乱のもつ国民平和の破壊性は、内乱の目的の如何にはかかわりなく、ひとしく具備されているものであるから、この点だけからみるときは、内乱は、国民社会にとって好ましい現象ではないのみならず、内乱が犯罪とされるべき根拠の一つがここにあると思われる。すなわち、騒動が犯罪とされると同じ意味で、内乱もまた犯罪性を有するものであるとい得るのであらう。

次に内乱は、憲法が認めた国家の基本的秩序を变革し、主権者の交替を目的とするものであるが、この革命行為が反独裁を旨し国民主権制の確立のためのものである限り、内乱という手段により生ずる個々の場合の不正も、全体として正当化されるであらうが、日本国憲法の立場からするときには、日本国の国民主権制を破壊するための内乱は、根本において反動的な違法行為であるといわねばならない。また、人間性を尊重する立場からしても、特定の人間の集団が、自からの幸福追求の手段として設立した国家においては、国民に主権が存する制度が最高最善であるとしなければならないはずであるから、この制度を变革せんとする暴力的破壊行為は、独裁制の導入であつて、過去の悪制度に返さんとする反動運動であるとの非難をうけなければならないであらう。ここにも日本国における内乱に内在する犯罪性の一つがある。

「内乱は、暴力による憲法秩序の变革であり、それが成功した場合には革命となる」⁽¹⁾そして、「革命が成る場合には、内乱罪はなく、逆に旧支配者が反革命罪に問われることになる」⁽²⁾というのが、わが国の通説である。しかし、この

考え方は、規範学的立場を離れ、内乱を純粹に歴史的事實的に、かつ法形式的に把握するものであって、規範的立場において實質的に考察してその犯罪性を追究することを忘れた理論ではなからうか。通説のような考え方に立つ限り、内乱罪は本質的には犯罪でなく、政策により作り出された罪であるということにならざるを得ないからである。

ところで、内乱は果してそのような本来的に人間社会にとって違法有責な犯罪ではないのだろうか。この問題を考察するには、内乱により侵害される国民の利益は如何なるものか、内乱により国民にもたらされる利益は如何なるものか、内乱は、何人が如何なる目的で惹起し遂行するものかを、具体的に明らかにしなければならぬのである。革命なるが故に常に進歩的であり善であるという考え方は、革命の主体と目的を見ない誤りを犯すものである。専制国家での独裁政治機構を倒して、民主主権制を確立するための革命であれば、それは人間の理想にかなう進歩性を有するものであり、規範的にも正当性をもつものであるから、そのための手段である内乱も正当性の根拠を有するといえるかもしれない。しかし、日本国憲法の民主主権性を打倒しようとする革命に正当性の根拠を見出すことは極めて困難であろう。政府の政策が国民を圧迫するものであっても、それは政府を变革すれば足りることであり、国家主権の所在を变革する必要はない。民主主権制国家と国民の政府とを混同するならば、それは正しくはない。両者は、同一視すべきものではない。日本国の主権は、日本国民にある。日本国民の国家は、日本国民の自由平等な社会生活を保障するために、国民の各個人や社会生活に加えられる侵害やその危険を排除し、国民の福祉を増進することを保障するための手段として組織化した権力機構である。その本質と使命は、日本国憲法に明示さ

れているところによれば、国家の権威・権力の淵源は、日本国民から発するものであり、国家の政治は、国民の信託によるものである。あらゆる意味で階級制度は否定され排除される。そしてまた、国家の政治は、常に国民の福利に向けて行なわれなければならないものとされている。

しかし、政府は、日本国民が正当に選挙した国会における代表者をもって組織する国家の機関であるにすぎない。それ故に、政府の政策が国民の国家組織の目的に合致していないことを以て、直ちに国家主権の変革を主張するのは正しくないであろう。日本国家の政策は、日本国憲法に規定したところと抽象的には一致すべきものであり、具体的には、国民の代表である国会が樹立すべきものである。政府は、国家の政策を具体的に実行する任務を有するにすぎない。

ところが、政府の構成員は、政策実行のための国民の代表者であるにすぎないのに、自己の地位を国民に対する支配者の地位であると錯覚し、国民に君臨する誤りを犯し易い。ここに政府による主権擅奪が起る所以がある。

政府による国家主権の擅奪がなされる場合、すなわち国民主権制が政権担当者によって実質的に機能を喪失させられ、民主的方法によって政権交替がなされなくなった場合には、国家主権を国民（樹立された政権階級を除く）の手に回復するために、武力闘争を以てする必要が生ずることもあるであろう。この場合の武力闘争は、内乱を現出するものであるが、憲法の基本秩序を変革することを目的とするものではないから、内乱罪を構成するものではない。また、この場合の武力闘争は、国民の生命・財産に対する如何なる形式の攻撃も含まないものである。専ら主権擅奪者に対する攻撃に限られなければならない。国民の生命・財産に対する侵害を手段とする武力闘争は、もはや内

民のための闘争ではなく、国民に対する敵対行動に外ならないからである。

日本国憲法を暴力により変革せんとする革命行動およびその手段である内乱は、国民主権制を変革し、国民平和を不当不正に破壊せんとする行為であつて、たとえ革命が成功しても、正当化されることはないであらう。その革命政府も違法存在であり、再び国民主権制を回復するために打倒されるべき存在と解される。違法革命政府の下において、内乱従事者が罰せられないとしても、それは事実問題であつて、人間社会の人間性にめざめた正しい法の立場からは、罰せられるべきものである。より正しい憲法の下に正当に立法された刑法は、より正しい規範であるから、不正な事実を基礎としている違法革命政府の法によつて排除されることは、規範的にはあり得ないことではなからうか。

(1) 小野清一郎 刑法概論(増訂版)二〇三頁。

(2) 江家義男 刑法概論(各論)八頁。

四 現行の内乱罪規定の検討

(一)

内乱を、人間的、社会的に考察する限り、その刑法的意味は、上述したように解さざるを得ないと思われる。そこで、現行の内乱罪の規定は、右に述べたような意味での内乱処罰の規定として正しく立法されているであらうか。現行刑法は、政府を顛覆し又は邦土を僭窃しその他朝憲を紊乱することを目的とする暴動行為を、内乱の罪とし

ている。改正刑法準備草案は、日本国憲法によって認められた国家の基本秩序を変革し、または日本国の領土の全部もしくは一部において国権を排除してほしのままに権力を行使することを目的とする多衆による暴動を、内乱の罪として扱っている。それ故、わが国の刑法においては、内乱罪の構成要件は、主観的要件としての「朝憲紊乱」もしくは「日本国家の基本秩序の破壊」または「日本国の領土の一部もしくは全部において国家権力を排除して、ほしのままに権力を行使する」という「目的」と、客観的要件としての「多数人による暴動行為」とからなることになる。

通説では、朝憲紊乱⁽¹⁾が内乱罪の主観的構成要件であり、「政府の顛覆」⁽²⁾や「邦土の僭窃」⁽³⁾は、その例示であると解されている。⁽⁴⁾「政府を顛覆し」とは、判例によれば「行政組織の中枢たる内閣制度を不法に破壊すること」であり、⁽⁵⁾「単に閣僚を殺害して内閣の更迭を目的とする」⁽⁶⁾が如きは、これに該当しないとされている。また、「朝憲を紊乱する」とは、「国家の政治的基本組織を不法に破壊することをいうものとする」⁽⁷⁾。

邦土の僭窃は、「日本国の領土の全部もしくは一部において国家権力を排除して、ほしのままに権力を行使すること」⁽⁸⁾である。⁽⁹⁾国家の政治的基本組織は領土の上に成り立つから、邦土の僭窃も朝憲紊乱の例示であるということになる。⁽⁹⁾

朝憲紊乱のその他の事例としては、日本国憲法に規定される国家の基本秩序、例えば国民主権制や、政治的基本組織である国会制度、裁判制度あるいは天皇制等の暴動による不法廃止などが考えられている。⁽¹⁰⁾私有財産制度は国家の基本組織とは解されないから、これを否認し財産の国有化を目的とする暴動は、ただそれだけでは、内乱罪の

主観的構成要件を充さない。それ故、それが政治的基本組織の不法な変革を伴うものでなければ、内乱罪は構成しないと解されているのである。⁽¹¹⁾

次に、内乱罪の主観的構成要件である「目的」は、朝憲紊乱を直接の目的とすることを意味する。したがって、集団的の暴動があっても、それが朝憲紊乱を直接の目的としていないで、この暴動を縁由として新に発生するかも知れない他の暴動により朝憲紊乱の事態が現出するのを期待するような場合には、内乱罪とはならない。⁽¹²⁾

更に、内乱罪は国家の基本的秩序の変革を目的として暴動をすることにより成立するものであるから、暴動は上記の目的達成の手段として行われることを要件とする。それ故、上記の目的を有したものであっても、この目的以外の目的で暴動をしたものであるときは、内乱罪を構成しない。⁽¹³⁾ すなわち、国家の基本秩序の変革の目的を達成することを企図した暴動でない限り、この目的をもった多衆が暴行脅迫をしたというだけでは、内乱罪を構成しないと解されている。⁽¹⁴⁾

内乱罪の客観的構成要件は、現行法および改正刑法準備草案によれば「暴動」である。暴動とは、多数人の組織的結合力による違法な暴行、脅迫であつて、少なくとも一地方の平穩を害し、国民社会に不安の念を生ぜしめる程度に達したものをいうと解するのが通説である。⁽¹⁵⁾

右に述べたような内容をもつ内乱罪の構成要件は、これを騒擾罪の構成要件と比較してみるに、前者は、朝憲紊乱等の目的を有するが、後者にはそのことがないという点にのみ差異が認められるにすぎない。内乱も騒擾もともに集団犯罪であり、国民社会の平和を危険に陥れるものである点では、差異がない。公衆がその身に危害の及ぶの

を憂慮するような社会的不安の念を生ずる状態を現出することを、「平穩を害する」というが、このような状態の現出は、いわゆる革命目的を有しない暴動において実現されることである。いわゆる五・一五事件や二・二六事件などは、主権者の交替を目的とはしない暴動であった。したがって、現行刑法をもって処断するとすれば、騒擾罪と殺人罪との併合罪を以てすべきであろう。まことに、現行刑法における内乱罪と騒擾罪とは、いわゆる革命目的を有するか否かによって區別され得るにすぎない。

内乱罪の本質を決定する構成要件が、いわゆる革命目的という主観的要素であることは、実質的には、内乱罪の成否についての法的安定性を損なうものである。暴動行為者の内心における革命目的の存否というような主観的な要素を犯罪成否のきめ手とすることは、証拠収集の巧拙、事実認定の仕方、裁判官の思想といったような具體的事実問題の差異によって、内乱罪の成否が決定される危険性を多分に含んでいると思われるからである。

それともあれ、わが刑法が内乱罪をいわゆる革命目的での暴動として規定していることは、内乱の犯罪性の根拠の一つである国民平和の破壊もしくはその危険性を無視する結果を招いている。国民主権制を破壊もしくは変革する目的を有しなければ、如何に大きく国民平和を破壊する国内戦争を発生させ遂行しても、内乱罪を構成しないことになるからである。例えば、明治十年の西南戦争は天皇主権の打倒を目的としていないから、内乱ではないこととなるであろう。現行憲法下においては、国民主権を否定して独裁制の樹立を目的とするものでなければ如何に大規模な軍事行動を以て治安を攪乱し、政府を圧迫しても内乱ではないということになるであろう。このように考えてくると、刑法規定は、何が内乱かを正確に把握していないのではないかと疑われるのである。

- (1) 大判昭一〇、一〇、二四、集一四卷一二六七頁(いわゆる五・一五事件)：「刑法第七七条にいわゆる朝憲を紊乱するとは国家の政治的基本組織を不法に破壊することを謂ひ、政府の顛覆邦土の僭窃の如き其の例示的規定なりと解すべく……。」
- (2) 大判昭一〇、一〇、二四、集一四卷一二六七頁：「従て政府の顛覆とは、行政組織の中枢たる内閣制度を不法に破壊することを指称するものと解するを相当とす。」
- 該当しない事例として、大判昭一〇、一〇、二三、集一四卷一二六七頁「首相を斃すが如きは場合により牽いて内閣の瓦解を来す虞れなきには非ざるも、是只内閣閣員の更迭を来たすのみにして内閣制度を根本的に破壊するものに非ざれば、未だ之を以て刑法第七七条に所謂政府を顛覆する行為なりと称するを得ず。」
- (3) 朝鮮高等法院判決大八、九、一八、朝高録六卷二九〇頁「朝鮮を独立せしめんとする行為は、帝国領土の一部に対し帝国主権の實力を排除せんとするものにして所謂邦土僭窃なるものに該当し、朝憲を紊乱する行為なり。」
- (4) 大判昭一〇、一〇、二四、集一四卷一二六七頁。学説もまた一致する。
- (5) 大判昭一〇、一〇、二四、集一四卷一二六七頁。
- (6) 大判昭一六、三、一五、集二〇卷二六三頁「単に時の閣僚を殺害して内閣の更迭を目的とするに止まり暴動に依りて直接に内閣制度其の他の朝憲を不法に變革することを目的とするものに非ざるときは、朝憲紊乱の目的なきものとして内乱罪を構成せざるものと解す。(いわゆる神兵隊事件)。」
- (7) 大判昭一〇、一〇、二四、集一四卷一二六七頁。
- (8) 朝鮮高等法院判決大、八、九、一八、朝高録六卷二九〇頁。改正刑法準備草案一二九条参照。
- (9) 前掲朝鮮高等法院判決、朝高録六卷二九〇頁参照。学説の意見は一致している。
- (10) 江家概論(各)、九頁、滝川・竹内、刑法各論講義、三六一頁。
- (11) 江家概論(各)、九頁、滝川・竹内、三六一頁。

(12) 大判昭一〇、一〇、二四、集一四卷、一二六七頁：「集团的の暴動行為あるも之に因り直接に朝憲紊乱の事態を惹起することを目的とするに非ずして、之を縁由として新に發生することあるべき他の暴動に因り朝憲を紊乱する事態の現出を期するが如きは之を以て朝憲を紊乱することを目的として集团的暴動を為したるものと称するを得ず。」

(13) 朝鮮高等法院判決、大九、三、二二、新聞一六八七号一三頁。

(14) 朝鮮高等法院判決、大九、三、二二、新聞一六七九号二〇頁：「内乱罪は朝憲紊乱の目的を達するの手段として暴動を為すに因り成立するものなるが故に、暴動の手段に依り朝憲紊乱の目的を達せんとするにあらざる限り、朝憲紊乱の目的を有する多衆が暴行脅迫を為したるの一事を以て直に内乱罪を構成するものと為すべきにあらず。然るに前示第二項に掲記する事実に於て、遂安憲兵分隊に襲来したる群衆は、孰れも朝鮮独立の目的の爲めに這般の行動を敢行したものに於て、其行動の縁由するところ朝憲の紊乱に存するや明白なりと雖、固と之れ今次朝鮮独立運動の企劃者某等の独立宣言に胚胎するものなるべし、該宣言の趣旨たる固より暴動の手段に依りて朝鮮独立の目的を達成せんとするにあらず。而かも之に依り刺戟興奮せられたる前記襲来者が、該宣言の趣旨を超越し、進んで暴動力にうったえて其目的を達成せんことを企圖したる事実に至つては、之を認むべき証憑十分ならず。即ち前記群衆が遂安憲兵分隊に喧鬧し其退去を強求して脅迫を為したる行為の如きは尚ほ、右某等の宣言書に所謂朝鮮独立に対する民族的要求の熾烈なるを發表するの一方として企画敢行せられ、唯だ其程度の過激に迸溢したるものと認むるを相当と為すべきものなるが故に、之を内乱罪を以て間擬すべき限りにあらず。」

(15) 滝川竹内、前掲各論三六二頁、井上正治・刑法学（各則）二六〇頁、団藤重光・刑法綱要各論一四頁。

(一)

現行刑法からひき出される法的帰結からすれば、内乱は、革命を企図する団体、政党が主体となつて、革命党の指導の下に組織編成された武装部隊を用いてなされる集団犯罪である。⁽¹⁾ 武装部隊の組織編成がなければ、内乱の目

的の達成の可能性を認定することはできないといわなければならない。単に一地方の平穩を害するという事実が認定されただけでは、革命目的達成の可能性が生じたとは認め難いからである。

革命団体とその武装部隊との組織・編成の存在は、内乱の存在を認定しうる基礎的条件でなければならない。内乱と騒擾とを区別する根本的基準は、まさにこのことにある。わが国の刑法は、内乱罪の主体を、首魁（主謀者）、謀議参与者、群衆指揮者、單純参加者（附和随行者）に分つて規定し、可罰性に区別を設けている。⁽²⁾この区別は、騒擾罪の主体についても同様である。

ところで、内乱における主謀者は、多くの場合、革命党の執行部であり、謀議参与者は革命黨員であり、群衆指揮者は、革命軍の指揮者であり、附和随行者、單純参加者は、革命軍の兵士であろう。これらの党・軍は、個人ではなく団体として行動（組織的行動）するものである。しかし、党、軍は、自然人によって構成され、党、軍の意思決定をし、行動をする者は、自然人であるから、内乱罪の主体は、すべて自然人に還元されて把えられなければならないと解されている。この通説の立場からすれば、内乱をひき起した反乱団体が国際法上の交戦団体として承認された後においても、内乱罪の適用については、団体構成員のそれぞれの各自然人がこの罪の主体とされると解されるべきものであろう。内乱の指導が、国際法上の交戦団体という準国家的法人の名でなされる場合においても、刑法上の取り扱いには、その交戦団体という法人が内乱罪の主体とされるのではなく、その交戦団体を構成し、またはそれに従属する自然人（党首、黨員、革命軍将兵である自然人）が主体とされると解するのが今日までの通説である。ところで、内乱は、革命の手段としての国内戦争であり、妥協のない相手を絶滅しなければ止まない悲惨かつ苛

烈な戦争であるのを通例とする。しかるに刑法規定は、この事実を適確に把握してはいない。刑法規定は、内乱を国内戦争としては把えず、革命目的の暴動としてのみ把えている。このことは、刑法が内乱の可罰性を、刑罰を科し得る可能性の範囲内についてのみ認めようとしていることを意味するのかも知れない。そしてその可能性の範囲を、戦争にまで発展する以前の暴動に求めているのかも知れない。このような考え方は、内乱を目的罪としてのみ把え、侵害罪としての把え方をしない傾向である。ドイツ刑法においては、暴力革命の企図を罰する立法形式をとっているが、内乱の成功は、刑法の廃除失効を意味するとの前提に立つものである。わが国の刑法は、ドイツ刑法ほどではないが、内乱の初期の段階において暴動として鎮圧できた場合に限って、内乱罪の既遂を把えていると思われる。

しかし、鎮圧の可能性をもつ暴動の範囲内についてのみ、内乱罪を考える立場は、内乱の本質をみないものではなからうか。フランス刑法は、内乱を国内戦争として把え、その準備行為としての軍事力組織、国家軍事力の不正使用、国内戦争行為を犯罪として思うられる。内乱を具体的、客観的な国家に対する危害もしくは危険行為として把えている点では、内乱の可罰的限界を、目的犯以上のものとして把えている。革命の成功不成功にはかわりなく、内乱の事実行為について、実際に罰しうるかどうかは別として、可罰性を認めているのである。この点では、内乱行為を真正面から把えているとい得よう。

フランス刑法におけるように、内乱のために市民を武装させ、または武装を勧誘する行為への着手、その陰謀行為、無権限の兵力召集、武器弾薬の供給行為、正規軍の不法指揮・支配、国家財産に対する破壊行為、公の武力に

対する攻撃、抵抗のためにする武装力の指揮または機能、地位の運用行為、内乱準備の集会の指導、そのための団体の組織またはその扇動行為などを、具体的、客観的表現を以て、可罰的行為として規定する場合には、内乱は、侵害犯もしくは危険犯として把えられており、企図を罰するいわゆる目的犯とはされていないと解されるであろう。内乱を開始し進展させるに必要な行為、内乱にあたって通常実行される主要な行為を一々拾いあげる規定形式をとって、犯罪類型として掲げているからである。したがって、犯罪類型の内容を明確に把え得る。

ところが、わが国の刑法における内乱の犯罪類型は、これらの行為を一括して「暴動」という言葉で表現しているために、その意味内容と限界が不明確なものとなっている。学者は、暴動の意味内容を暴行、脅迫であるとし、朝憲紊乱の目的の存在を以て特色づけているが、このような把え方では、決して暴動の意味内容と限界とを明確にすることはできない。反体制を叫んで街頭を占拠し、公共財産を破壊する集団の行動があるならば、それは、明らかに朝憲紊乱の目的を以てする暴行、脅迫、破壊行為である。しかし、これに対して内乱罪を適用した事例を聞かない。これについて、学者は、暴動は、少くとも一地方の平穏が侵害されるのでなければ、それに該当しないという。しかし、このような解釈は、現行刑法典の内乱罪の規定からは直接引き出されるものではない。それは、学者が内乱は革命目的の武力行動であるという内乱の一般的事例を想定して、内乱罪の条文の解釈をそれによって規制しようとする試みにすぎない。したがって、革命目的の武力行動の範囲をどのように把えるかによって、内乱罪の解釈が変り、その適用範囲にも差異を生ずることになる。極端な見方をすれば、内容が解釈に支配されるという意味で、白地刑法に近い性質をもつおそれがあるといってもよいことになりはしないであろうか。

(1) 現行刑法の解釈上も、内乱行為としての暴動の構成要件として、多数人の組織的結合力によることを必要とするものとしているが、この場合の多数人の組織的結合力というのは、内乱の本質上から考えて「単なる多数人の集合ではなく、暴動に關与した者の行動が統率者の下に組織された団結力として実現されていることが必要である」と説明されている。滝川・竹内講義三六二頁、熊倉・日本刑法各論・下巻七一頁、江家・刑法概論(各論)一〇頁、滝川幸辰・刑法各論(初版)二九五頁、井上・刑法学各則二六〇頁。

(2) この区別が厳密な意味で、内乱罪の構成要件になるかという問題については、説が分れている。滝川・竹内、刑法各論講義は、これを附随事項であつて厳密な意味では構成要件でないと言く。反対説に牧野英一・刑法各論一七頁、青柳文雄・刑法通論(各論)一六頁。

(3) 「暴動とは、多数人の組織的結合力による違法な暴行、脅迫であつて、少くとも一地方の平穩を害し、国民社会に不安の念を生ぜしめる程度に達したものをいう」とするのが、わが通説的見解である。例、滝川幸・刑法各論二九四頁、井上・刑法学(各則)二六〇頁、滝川・竹内・講義三六二頁。

(三)

現行刑法は、内乱罪を構成する行為を、朝憲紊乱を目的とする暴動として規定しているが、通説は、この暴動を構成する暴行、脅迫について、次のように解している。すなわち、暴行は、広く違法な物理的害力をいうもので、人に対すると物に対するとを問わず、また、殺人、傷害、放火、建造物破壊、器物損壞または爆発物使用等の行為を含む⁽¹⁾と解している。そして、脅迫についても、これを広い意味で把え、「人に不安の念を生じさせる害悪告知行為を広く指すもので、その告知内容である害悪の種類には制限がない⁽²⁾」と説明する。それ故、暴動の概念は、殺人傷害、放火等の革命を実現するために必要な違法行為を吸収するものであり、したがって、内乱罪とこれらの行為の

罪とは観念的競合にはならないと解するのが通説である。⁽³⁾

ところで、現行刑法は、暴動そのものを内乱としていたのではなく、革命目的の暴動についてのみ、内乱の犯罪性をとらえている。したがって、現行刑法上、内乱を構成する暴動は、革命という目的に対する手段としてのみ、その意味を有するし、その観点から違法性の評価もなされるものである。それ故に、内乱罪における暴動に吸収される行為は、その目的実現の手段として認定されるものに限るべきであろう。一般的には、目的実現のための手段として客観的に認められる行為であっても、具体的な個々の場合において、それと無関係になされる暴動に便乗した殺人、傷害、放火、強盗、強姦等は、内乱罪に吸収されることはない⁽⁴⁾と解するのが妥当であろう。とくに、強姦は如何なる場合にも内乱とは無縁であるから、暴動の概念に吸収されることはないといわなければならない。また、殺人、傷害、放火、強盗等の行為も、内乱の目的を達成するために必要な集団暴力の範囲に厳密に限って、内乱罪に吸収されると解すべきものであって、政治の中枢機構にある者とか、国家の基本秩序を防護する地位にあり、またはその職務に従事している者、およびそれらの職務を助けて暴動者と闘争する者に対して吸収が考えられると解すべきであろう。暴動に対し積極的に妨害行為にでない人々を無制限に殺害し、必要と認められないのにこれらの一般民衆の財産に放火し、強盗する行為は、内乱罪に吸収されるべきものではないであろう。したがって、吸収されない行為と内乱罪とは、併合罪となると解される。⁽⁵⁾

(1) 団藤・刑法綱要各論一四頁、江家・刑法概論(各論)一〇頁、植松正・刑法学各論(初版)八頁、小野・新訂刑法講義一

二頁、滝川・各論二九四頁、牧野・刑法各論一七頁。

(2) 団藤・刑法綱要各論一四頁。

(3) 団藤綱要各論一四頁。反乱罪(旧海軍刑法二〇条)と殺人罪および爆発物取締罰則違反の罪との関係につき、後二者に吸収されるとする判例として、大判、昭和一〇年一〇月二四日刑集一四卷一二六七頁。

内乱罪における暴動に際してなされる殺人放火、建造物破壊等に対する刑法の適用については、学説が分れている。第一説は内乱罪吸収説で「元来、内乱罪は殺人、放火等の暴動行為をも包含する特別罪であることは、法文の規定により明白である」したがって、殺人、放火等は内乱罪に吸収され、観念的競合にはならない」とするものである。大場茂馬・刑法各論下六二六頁、山岡・原理三七四頁、大竹・綱要二七三頁、団藤・綱要各論一四頁、なお反乱罪(旧海軍刑法二〇条)と殺人罪、爆発物取締罰則違反の罪との関係について、後二者が前者に吸収されるとする判例として、大判昭和一〇年一〇月二四日刑集一四卷一二六七頁。第二説は、観念的競合説で「暴行脅迫により殺人、傷害、放火、物件毀棄等の結果を生じたときは、一個の行為により発生したものであるから、観念的競合となる」とするものである。岡田庄作、国家学会雑誌、七卷四号。第三説は、「暴行中には殺傷、放火、掠奪等いやすくも戦闘行為の内容となり得べき一切の行為を包含する」(泉二新熊・日本刑法各論八七八頁)が「内乱に際して窃盜、強盜、強姦等の行為をなした場合は、併合罪となる」とする。泉二各論四二版三二頁、岡田各論二二頁、吉田刑法二六九頁。滝川・竹内三六二頁は、「殺人、傷害、放火、建造物破壊などは内乱罪に吸収され、想像的競合にはならない。ただ、それは、これらの行為があくまで朝憲紊乱の目的を實行するためになされた場合に限るのであって、それと無関係になされた行為、例えば、暴動に便乗してなされた殺人、傷害、放火、強盜、強姦などが含まれないことはいうまでもない。」とする。

(4) 同説、江家・刑法概論(各)一〇頁、滝川・竹内・講義三六二頁、熊倉・各論下卷七二〇頁。

(5) 柏木千秋・刑法各論五二頁、同説。反対説、青柳・刑法通論(各論)二二頁は、内乱罪を継続犯と解すると観念的競合と解する余地があるとされる。

(四)

内乱罪における暴動の客体は、国民社会ないしは個々の民衆である。国家の基本秩序はこれを破壊することが暴動の目的ではあるが、暴動の客体ではない。暴行、脅迫の加えられるのは国民社会ないしは個々の民衆であつて、国家の基本秩序ではない。それ故に、国家の基本秩序には未だ何らの破損が生じなくても、組織的集団により国民の一部に暴行または脅迫が加えられ、これにより少くとも国民社会の一部の平穩が害され、国民社会に不安の念を生じさせれば、内乱罪の暴動の客観的要件は充足されることとなる。内乱罪が危険犯とされるのは、暴動の目的を基準としていうものであつて、暴動の客体である国民社会を基準としての考え方ではない。暴動の発生によつて国民社会は侵害をうけているのであつて、その限りでは侵害犯である。⁽¹⁾ただ内乱罪が実定刑法におけるその構造上、目的罪とされ、暴動そのものの客体が構成要件上重要とされないため、危険犯として理解されているにすぎないのである。

次に、暴動の場所についても検討を要する問題がある。

内乱罪については、わが刑法上は、保護主義の立場から法の適用がなされる。また刑法は暴動の実行場所を構成要件の要素としてとり上げていない。それ故に、形式的に解すれば、国外における暴動にも、それが国家の基本秩序の破壊を目的とすると認められれば、内乱罪の適用があるように思われよう。しかし、内乱罪は国家の基本秩序の破壊を暴動を以て実現しようとするものであるから、暴動が全く国内においてなされなければ、目的実現の可能性はなく、内乱罪の客観的構成要件である暴動の発生がよいとはい得ないであらう。また、内乱罪における暴動

は、地方の平穩を害し国民社会に不安の念を生ぜしめる程度の暴行、脅迫であるを要するから、この意味からも、それは国家の領域内においてなされるを要すると解すべきであろう。しかし、暴動の主要部分が国内で実行されれば足り、その一部が国外に波及することはさしつかえないであろう。それ故に、暴動集団の船舶が公海上において他の船舶に対して加える暴行、脅迫もまた、内乱罪に吸収さる。また、教唆、幫助の実行場所は、必ずしも国内であるを要しないし、暴動の指揮、統率の中枢が国外にあつても、その実行行為が国内でなされる限り、内乱罪の成立を認めることができる。

(1) 通説は、内乱罪を目的罪として把握し、国民社会がうける侵害は事実問題と解していると思われる。しかし、目的の達成は内乱ではなく、目的達成に至る過程として内乱が存在することを考えれば、内乱罪を目的罪としての面からのみ把握することには疑問がある。内乱罪の実行行為は暴動であるから侵害犯的な面も無視されるべきではないであろう。

(2) 国際法上の海賊行為と内乱罪との関係は、競合関係にあると解しうる。海賊行為が内乱罪となるかどうかは、それが国家の基本秩序の变革を目的とする国内戦争の手段とされているかどうかによるものである。

(五)

次に、不作為による内乱関与と、鎮圧行為に対する妨害行為についても、論ずべき点がある。

暴動を鎮圧する法律上の義務ある者が、国家の基本組織の破壊もしくは基本秩序の变革を目的として、暴動の鎮圧の不作為に出た場合に、不作為による内乱への関与が考えられる。また、黙示による内乱の教唆も、不作為による内乱への関与ともみうるであろう。

前者(暴動鎮圧の不作為)の場合には、暴動部隊に意思を通じた場合に限って、いわゆる不真正不作為犯に該当する

ことになる。何故なれば、不作為は作為とは異なるから、暴動の鎮圧の不作為と暴動の実行とは、これを同一視することはできない。国家の基本秩序の変革を目的とする不作為であることが立証されたとしても、その手段として暴動の実行に出たのではないから、ただそれだけでは内乱罪の構成要件は充たしたことはないであろう。しかし、鎮圧の不作為が暴動部隊に意思を通じてなされたものである場合には、暴動に勢を加えたことになるから、この意思を通じての不作為は、暴動の不真正不作為として取扱われるべき相当の理由があると思われるからである。意思を通じていない場合は、自衛隊法第一二〇条に掲げる罪（治安出動時の上官の職務上の命令に違反して自衛隊の部隊を指揮した罪、もしくは上官の職務上の命令に対し多数共同して反抗した罪）が成立するに止まると解される。

次に、黙示による内乱の教唆について考察してみるに、教唆が成立するためには、その方法を問わないけれども、黙示態度が教唆と解しうるかどうかの問題となるであろう。立証は状況証拠によるであろうけれども、極めて困難であろう。

内乱の鎮圧行為またはその準備に対する積極的妨害が内乱罪を構成するかどうかは、内乱罪の主観的構成要件を具備しているかどうかによって定まる。主観的構成要件がない場合には、総則規定による内乱罪の幫助が成立すると解される。⁽³⁾

(1) 例えば、暴動鎮圧のため治安出動を命ぜられた自衛隊の部隊がその命令に違反して鎮圧行動を拒否した場合。

(2) 不真正不作為犯を認めることは、日本国憲法第三一条に違反すると思われるが、内乱罪の構成要件上は、暴動の実行は、集団としてのものであるから、集団に所属することにより、現場において暴行、脅迫の実行行為をしない者であっても、他の者による暴行脅迫の実行があれば、内乱罪の構成要件を充すことになる。したがって、反乱部隊と意思を通じて鎮圧行動に出

ない討伐部隊は、反乱団体に参加したものと認めるのが妥当であると思われる。それ故に、この場合の討伐部隊の不作為は反乱部隊に意を通じたことの証明となることに意味はあるとしても、構成要件上は重要なことではない。したがって、不真正不作為犯として把えることは必要でないと思われる。

(3) この場合には内乱罪の正犯の要件を充さないが、客観的には鎮圧行為を積極的に妨害することにより正犯を援助していることになるから、共同意思が認定されるし、したがって幫助罪が成立する。正犯との間に意思を通じていたかどうかは問題でない。

五 内乱の未遂と革命の未遂およびその刑事責任

内乱罪が問題とされるのは、革命が未遂となった場合に限られる。革命が成功すれば、刑罰権は革命団体によって掌握され、旧国家は刑罰権を失ない、旧国家の刑法は消滅するからである。しかし、革命未遂は、内乱未遂とは区別されなければならない。内乱の未遂は、内乱の実行行為である「暴動」(国内戦争)に着手したがその完成前に鎮圧された場合もしくは暴動の完成を中止した場合である。暴動は多数人の組織的結合力による違法な暴行、脅迫であって、少くとも一地方の平穩を書し、国民社会に不安の念を生ぜしめる程度に達したものをいうから、暴動に着手した後その完成までに時間的余裕のある場合が多く、鎮圧力が比較的大きい場合には、未遂となる可能性も少ない。学者の中には、「内乱罪は、多衆集合し、その合同力によって暴動に着手すると同時に既遂となるから、多くの場合に於て、内乱の予備罪となるか既遂罪となるものであって、未遂罪を構成する場合は甚だ稀である」とする⁽¹⁾学説となえる人が多いが、この学説は、疑問が多い⁽²⁾。既存政権のもつ暴動鎮圧力を軽視しすぎているからである。

内乱の未遂につき、それを、「暴動をなさんとする行為者の一隊が警察本部を夜襲せんとして進発したが、該本部がこれを覚り、これに対する作戦計画をなしたのを知り、中途より退却した場合の如き」であるとす説がある⁽³⁾。しかし、このような場合は、未だ暴動の実行の着手があったとは解し難い⁽⁴⁾から、暴動の未遂とすることは正確な理解ではないであろう。この例をかりて言えば、警察本部を襲撃したが、鎮圧されて、その地方の平穩を害する程度の暴行、脅迫、すなわち国内戦争の存在を認め得る程度に發展させることに失敗した場合が、内乱の未遂である。警察本部を襲撃しようとして進発したが中止した場合の如きは、内乱としては未遂以前の問題である。内乱の未遂は、革命の手段としての国内戦争状態の実現をなし得なかった場合でなければならないからである。

内乱の未遂にも、障碍未遂と、中止未遂とが考えられる。内乱の障碍未遂は、革命団体の全員についてのみ問題とされるが、中止未遂の場合には、集団員全体の中止未遂と、構成員であった者の中止未遂とが考えられる。例えば、暴動に着手して後に、地方の平穩を害する程度に至る以前に、集団自からの意思で集団による暴行、脅迫を中止した場合が、集団としての中止未遂である。構成員であった者の中止未遂は、集団による暴行、脅迫に着手して後で暴動が完成する以前に、自からの意思によって集団を脱退して暴行、脅迫の鎮圧行動に参加した場合において認められることは、いうまでもないが、鎮圧行動に参加しなくても、自首し、または脱退を公表して暴動の現場を離れて、自発的脱退者であることを表明した場合にも、認められるであろう。

現行刑法は、内乱未遂(暴動未遂)について処罰する旨の規定を設けるとともに、附和随行者・単純な暴動関与者については、未遂処罰を免除している。内乱的暴動に着手したが未だ一地方の平穩を害するほどの暴行、脅迫を実

現していない場合、附和随行者や単なる暴動への関与があつた程度では、それほどの国民社会の平和と安全の侵害は認められないから、可罰的違法性の程度が小さく、憲法が保障する表現の自由権の行使の範囲内にあると認めるべきものであるという考え方に立てば、現行法の規定は意味のある立派な規定だといわねばならない。しかるに、改正刑法準備草案では、この規定を削除して、内乱未遂の可罰性を、主謀者、重要任務従事者、附和随行者の区別なく、これらに一樣に認めているばかりでなく、附和随行者（單純暴動関与者）に対する刑罰を著しく強化している。このような立法態度は、国家自衛説に基づくものと思われる。国家自衛説⁽⁵⁾による限り、内乱未遂について、蔽罰主義を以て臨むことは当然のことかも知れない。しかし、国家の基本秩序のあり方を決定してゆくものは、国民主権制の国家においては国民である。国民の大多数の欲するところであれば、日本国憲法によって認められた国家の基本秩序であつても、その変革への運動も認められなければならないであらう。もし、国家主権の所在が實質的に国民から政権担当者にひそかに奪取されている場合、国民は革命運動を支援し、これに参加するという行動を以て、自己の意向を表現するに至るであらう。それ以外に自己の意向の有効な表現方法がないと思われからである。このような表現をとることは、内乱に至る危険性を有するものであつて、国民社会の平和と国民の生命・財産に対する安全という見地からみれば避けられなければならないことであらう。しかし、現実に国民社会の平和と国民の生命・財産に対する安全を侵害するに至らない以上、表現の自由が優先して認められなければならないと思われる。そうでなければ、国家の対内的安全の名の下に、表現の自由の保障は抑圧されてしまうからである。このような見地から、私は、内乱未遂の場合における附和随行者・單純暴動関与者の可罰性を否定する現行刑法の規定を是認す

るとともに、改正刑法準備草案が可罰性を強化していることに疑問をもつものである。

しかしながら、内乱未遂の可罰性を全面的に否定することは妥当でないであろう。内乱の主謀者や謀議参与者・群衆指揮者その他重要任務従事者については、内乱がもつ国民社会の平和と安全に対する侵害の危険性をもたらすことが、附和随行者と異って、主体的・指導的である点からみて、可罰的違法性が質において大であるといわねばならない。しかも、表現の自由として認められる限度を越えているから、これに刑罰を科したことは理由のあることである。ただ、内乱の未遂は、暴動に着手しながら暴動を実現し得なかった場合であるから、結局、その革命団体の規模・勢力が、一地方の平穩を害する程度のものでなかったことを立証するものであろう。そうであるならば、内乱の未遂は、暴動実現力を欠いている点からみて、既遂の場合に比して、實質的に国民社会の平和と安全を侵害する危険性が少ないものといわねばならない。この点、個人犯罪の未遂の危険性が既遂のそれと異なるのと、本質的に異なるのである。それ故に、内乱未遂の可罰的違法性は、既遂(革命未遂)の場合に比し、減弱されていると考えるのが至当ではなからうか。

内乱の未遂は、革命の未遂とは別の概念に属するが、革命の未遂には、内乱の既遂の場合と未遂の場合との両者が含まれる。革命の未遂がその既遂と危険性において区別し得ないものがあるから、内乱の未遂もその既遂と危険性において区別し得ないものがあるとの見解は、革命の成否と内乱的暴動の成否とを同一視するもので、正しくない。内乱の未遂の場合は、革命団体の規模、勢力が内乱遂行をするには不十分なものである場合であるが、革命の未遂の場合はそうでなく、内乱を成功させるに足りる規模、勢力が存在する場合であるからである。ところで、革

命そのものについては可罰的違法性の規定はない。それ故、革命未遂にも可罰的違法性はない。しかし、その手段とされる内乱には、可罰的違法性が存することは前述したとおりである。

(1) 大場・刑法各論下六二七頁、泉二・日本刑法各論三二頁、大竹・刑法綱要二七五頁、吉田・刑法二六八頁、滝川各論八頁 参照。

(2) 内乱罪においては主観的構成要件である朝憲紊乱の目的の達成は、既遂の要件とはされていないから、目的の未達成は未遂とは関係がない。

(3) 大場・刑法各論下卷六二七頁。

(4) 熊倉・各論下七二〇頁：「集団としての行動を開始したが暴行、脅迫にいたらない場合は、未遂をもって論すべきでない。実行の着手すらないと解する」。反対説、牧野各論一七頁：「集団としての行動を開始しつつ、いまだ暴行脅迫にいたらない場合でも、本条の罪の未遂が成立する」。

(5) 刑法改正準備会・改正刑法準備草案附理由書・一九二頁……「本章は、国家の内部的秩序を保護する規定である。……いかなる国家といえども、みずから革命を是認することはできない。そして、国家の基本秩序の安定は、……最も重大な公共法益でもある。」

六 内乱の予備・陰謀の可罰的違法性

内乱予備および内乱陰謀は、どちらも内乱罪の実行を目的とする準備行為である。これらの罪の成立には、主観的要件として国家の基本組織の破壊もしくは基本秩序の変革をする目的があることが必要である。この目的があるのでなければ、客観的要件としての暴動の予備または陰謀があっても、内乱予備、陰謀罪とはならない。

この罪の客観的構成要件は、暴動の予備・陰謀である。暴動の予備とは、暴動の実行を目的とする行為であって、その実行に着手する以前になされたものであり、⁽²⁾例えば、内乱に使用すべき武器、弾薬、金穀等を準備し、参加者を募るような行為をいう。⁽³⁾暴動の目的でその準備のために略奪するのは、それが暴動の程度に達しないものであるときは、内乱罪の予備であり、内乱罪のものではないと解される。⁽⁴⁾しかし、略奪行為は暴行、脅迫による財物の強取行為であるから、その規模が一地方の平穩を害する程度になる可能性をもつものであるときは、暴動の実行の着手があったものと解するのが相当であるから、後日の暴動の目的をもってするものであっても、内乱罪もしくはその未遂罪となり、内乱の予備の程度を越えるものと解せられる。

暴動の陰謀とは、二人以上の者の中で暴動の実行について謀議をすることをいう。⁽⁵⁾すなわち暴動の実行の内容についての非公然の合意をいうものである。⁽⁶⁾陰謀は、非公然になされるのが通例であるが、非公然活動は陰謀の必要条件ではない。⁽⁷⁾陰謀の成立には、実行に関する合意が形成されることを要するから、暴動の実行について合意しなかった者については、陰謀罪は成立しない。⁽⁸⁾

予備・陰謀罪については主体の地位による科刑上の区別は規定されていないから、普通の共犯例によって処罰するものと解せられる。⁽⁹⁾しかし、内乱の予備、陰謀の幫助については、特別規定が設けられているから、その限りでは総則の共犯規定を適用する余地はない、そこで、予備、陰謀の行為が多数人によるものである場合、予備、陰謀罪は、共同正犯と解しうる者についてのみ成立すると解される。⁽¹⁰⁾

内乱罪が成立した場合には、内乱予備、陰謀罪の規定は適用にならないとする説があるが、予備、陰謀に参加し

たが、内乱の実行には参加しなかった者については、疑問がある。内乱の実行当時に内乱団体から脱退していた者は、予備、陰謀についてのみ責任を負うべきものであると解されるからである。また、現行刑法の規定によれば、内乱の予備、陰謀を犯したが、暴動の発生前に自首した者は、その刑を免除される。この規定のあることは、内乱罪の成立によって予備、陰謀罪の規定が不適用となるものでないことを証明するものである。ただ、内乱の実行に参加した者については、予備、陰謀は内乱罪に吸収されると解されるから、その限りにおいては、予備、陰謀罪は適用されないことになるかと解される。

(1) 団藤綱要各論一七〇一八頁：「予備、陰謀は、どちらも内乱罪の実行を目的とする準備行為で、その中で前者は物的なもの、後者は、二人以上の者の通謀すなわち実行の内容に関する合意をいう。」

(2) 小野各論一一二頁。

(3) 大竹綱要二七六頁、同旨大場各論六二八頁、泉二各論三五頁、島田各論一〇頁、久礼田概説四三〇頁。

(4) 泉二各論三一頁、参照。

(5) 泉二各論三五頁。

(6) 団藤綱要各論一八頁。

(7) 大場各論下六二八頁。

(8) 大竹綱要二七六頁参照。

(9) 大場各論下六二九頁。

(10) 破防法四條、三八條は、内乱予備陰謀の教唆を処罰する。

(11) 牧野、法学協會雜誌三五卷一二号一一七頁以下は「法律が予備の特別規定を設けたるは実行行為の成立なき場合を考慮し

たものであるから、実行行為が成立した場合は予備の規定が適用されないことは法条の性質上当然である」とする。

七 内乱の教唆、幫助の可罰的違法性

内乱教唆罪および内乱幫助罪は、内乱の教唆および幫助(補助)を独立の罪として処罰するため設けられるものである。現行法上は、内乱の教唆、せん動は、破壊活動防止法によって独立罪として規定されている。内乱の予備、陰謀、幫助の罪の教唆、せん動についても独立罪とされている。改正刑法準備草案は、内乱の教唆罪を設けている。

内乱教唆罪は、内乱の教唆行為があることよって構成される。被教唆者に日本国の基本秩序の変革の必要を確信させ、その実現のための暴動の実行を決意させることよって、教唆は完成される。被教唆者が内乱の実行をしたかどうかは問題でない。内乱罪の教唆行為があれば、それだけで、すなわち内乱罪の実行行為があることを待たないで、可罰的なものとされる。独立罪たる所以である。しかし、観念上はそうであっても、内乱罪の教唆があったことが立証されなければならないから、そして自白を唯一の証拠として処罰することは許されないから、立証上は、被教唆者が内乱の予備、陰謀、幫助または実行行為のいずれかにすることが必要であろう。被教唆者がこれらの行為のいずれにも出ず、教唆をされた旨を捜査当局に申告しただけでは、教唆者が自白したとしても、教唆の既遂を認定することはできないであろう。このような場合は、恐らくは教唆の未遂を以て論ずべきものと解される。

次に、内乱教唆罪の主観的要件として、教唆者に国家の基本秩序の変革を目的とすることを要するかということが問題となるであろう。もし、教唆者にもこの目的のあることを必要とすると、内乱の正犯(首魁)との区別をする

ことができなくなるからである。それ故、内乱の教唆者は、被教唆者が国家の基本秩序の変革を目的とすることを予見すれば足り、自からがこの目的の手段として教唆した場合は、教唆者ではなく正犯となると解される。

内乱幫助罪は、内乱罪、内乱予備・陰謀罪を幫助することにより成立する。法文に「兵器、金穀を資給し又は其の他の行為を以て」とあるのは、幫助行為を例示したものであると解されている。ここにいう幫助は、内乱罪を外部から援助する行為である。内乱を目的とする集団に参加している者の集団に助力する行為は、内乱罪そのものを構成する。したがって、内乱罪の主観的要件である国家の基本秩序の変革の目的については、被幫助者にこの目的があることを幫助者が認識しておれば足り、幫助者がこの目的で幫助行為をすることは要件でない。のみならず、この目的を以て幫助行為をする場合は、内乱罪の正犯行為となると解される。

現行法上、内乱幫助罪は独立罪と解すべきか、刑だけに關する特別規定であると解すべきかについては、学説上争いがある。

ところで、内乱幫助罪を独立罪と解し、または規定したとしても、立証の立場からするとき、幫助行為の存在の認定は、少くとも内乱罪、内乱予備、陰謀罪のいずれかの実行の着手がなければ、法的には不可能である。したがって、結局は、事実上は幫助の從属性を認めざるを得ず、刑だけの特別規定であるということにならざるを得ないであろう。

(1) 小野・刑法講義各論一三頁、江家・刑法各論(現代法学全書)九頁、滝川各論二九六頁。

(2) 大場各論下卷五八二頁、団藤綱要各論一八頁、熊倉各論下卷七二三頁。

八 内乱罪と刑罰

封建時代においては、大逆罪もしくはこれと同様の重罪に対する刑罰は、洋の東西を問わず死刑であった。しかも、謀反人の死刑執行は、恐怖に戦慄する特別の環境の下で行なわれたと伝えられる。⁽¹⁾ 斬首に代えて絞首の制度が確立される傾向に進んだのは、イギリスに於てさえ、十九世紀に入ってからである。⁽²⁾

内乱行為を、君主または祖国に対する叛逆行為として把握する国家の刑法は、祖国に敵対する者を打倒するための意識的な闘争手段としての地位を与えられている。それ故、これに対する刑罰は、叛逆行為者に対する懲罰刑としての性質と、国家の安全を保障するための保安的予防刑としての性質とを具えている。したがって、長期の自由剝奪もしくは死刑に加えて、財産没収が付加されるのが通例である。⁽³⁾

内乱行為を、国家の対内的安全を危険ならしめる行為として、国家自衛の立場から犯罪とする国家の刑法は、革命行動に対する対抗手段として把握されている。したがって、ここにおける刑罰は、専ら一般予防の効果をねらって立法されている。その刑罰は、規範的責任を問うのではなく、また道義的責任や、性格責任を問うものでもあり得ない。ここにおいては、もっぱら威嚇による予防効果をねらって刑罰の立法がなされている。

その形式に三種がある。一つは、行為を罪質の重さによって分類して科刑する、例えば、一九五一年のドイツ刑法の方式である。⁽⁴⁾ ここでは、内乱罪の行為を、「その企図が国家組織上の秩序または連邦の領土に向けられている」ものと、「その企図が邦の領土（連邦共和国を構成するある邦の領土の全部または一部）に向けられている」ものとに分ち

前者には、無期または一〇年以上の重懲⁽⁵⁾役、後者には、五年以下の重懲役を科している。また、酌量減輕すべき事情がある者には、前者の行為に対しては短期を一年まで下げ、後者の行為に対しては、六カ月以上の輕懲⁽⁶⁾役とすることができるものとしている。

科刑規定方式の第二のものは、内乱における行為者の地位に応じて科刑するものである、例えば、わが国の刑法および準備草案のとり方方式である。わが現行刑法は、行為者類型を三個に分ち、第一類型の首魁⁽⁷⁾には、死刑または無期禁錮、第二類型の謀議⁽⁸⁾参与者、群衆指揮者、諸般執務者⁽⁹⁾には、一年以上一〇年以下の禁錮、第三類型の附和隨行者⁽¹⁰⁾單純暴動関与者には、三年以下の禁錮を科している。

科刑規定方式の第三のものは、大逆罪に属する行為類型を区別して掲げているが、これは刑罰に段階を設けるためのものでなく、大逆罪の概念規定として掲げ、これに対し別の条文で一括して、大逆行為の主謀者、扇動者、大逆的企図に直接関与したすべての者に対して、死刑を科しているものである。たとえばオーストリアの現行刑法は、その例である。⁽¹¹⁾

ところで、右にみたように、内乱の罪に対する刑罰は、祖国に対する反逆罪として把握する国の刑法において最も厳しく、最も報復的・懲罰的である。国家自衛に基づく手段として内乱罪を把握する国の刑法は、これに対する刑罰を、政治的確信犯人に対する政策として一般予防を目的とする懲罰刑として把えているが、報復性はみられないようである。

上述のような内乱の罪を政治的確信犯とみる立場からの帰結としての刑罰の考え方は、刑罰の目的が犯人の思想

の教育改善と社会復帰(革命思想と革命行動の放棄)にあることに自信を失った考え方ではないかと思われる。もしそうであるならば、内乱の罪その他これに類する犯罪に対する刑罰の本質・目的と、いわゆる個人犯罪や社会犯罪に対する刑罰の本質・目的とは、異つたものであるという帰結とならざるを得ず、刑罰論は混乱することになるであらう。

ところで、内乱の刑事責任の根拠を、国民生活の平和の破壊性と憲法の基本的秩序とくに民主権制に対する暴力的破壊の危険性にと求める見解からは、内乱の罪は、国民社会と民主権に対する罪であり、犯人の思想はより高度な思想により浄化され、改善される可能性のあるものである。したがって、この罪に対する刑罰は、個人犯罪や社会犯罪における刑罰と、その本質と目的を同じうするものである。それ故に、内乱の犯人もまた淘汰の対象ではなくして説得の対象でなければならぬ。したがって、内乱の犯人が非人道的行動者でない限り、死刑を存置する国においても、死刑を科することは正しいことではないであらう。それとともに、内乱の犯人に名誉刑としての監禁刑を科すべしとする考え方も正しいものではないと思われる。内乱の犯人に死刑または禁錮刑を科すべきであるとする考え方は、刑罰を単に懲罰もしくは隔離手段と解しており、刑罰に説得・改善の能力をもたせることを否定することになりかねない。もし客観的に革命の目的および手段がわが国の憲法の政治原理である民主権制と自由主義・民主主義の方法に優越するものであるならば、内乱の犯人の考え方が正しいことになるから、刑罰により犯人を説得し、反省させ、改善することはできないであらう。しかし、革命の目的、手段が客観的かつ人間的に判断して、民主権制と自由主義・民主主義の方法に比して一そう劣るもの、一そう反動的なものであるならば、

刑罰による犯人の説得・改善の可能性があるはずである。

刑罰は、肉体労働と社会隔離を強制することによって、犯人の主観的独断的態度(思い上り)を矯正し、自覚的反省への機縁の可能性を与え、労働しつつ反省する生活態度と、人間社会の真正しいあり方を説得するものでなければならぬ。強制労働による犯人の主観的独断の矯正を欠くならば、自覚的反省の機縁の得られる可能性は弱いものに止まるであろうから、説得、改善の効果も期待できないと思われる。この点から考えて、政治犯であるから禁錮刑を科すべきであるとする見解は疑問である。したがって、ドイツ刑法が内乱罪に対して重懲役を科しているのは、当を得た立法であるといわねばならないであろう。⁽¹²⁾ 政治犯に対し一様に名誉あるものとしての取扱いをし、懲役を科すべきでないとするわが現行刑法および改正刑法準備草案のとする見解は、内乱の本質を正當に理解しないことからの帰結と思われるが、肉体労働をいやしむ旧思想(封建時代の支配的・消費階級の思想)にとらわれているとともに、日本国憲法の政治思想に自信を喪失した者のみが保持する見解ではないであろうか、このような考え方に立つ限り、内乱の罪に対する刑罰は、死刑および禁錮を廃し、強制労働および学習・自己批判を科する無期および有期の自由刑でなければならないと思われる。

(一) Kenny's Outline of Criminal Law, 19th Ed., pp. 404~405. . . 「謀反人の死刑執行は、その犯罪が極悪非道なものであることを表現するために、恐怖に戦慄する特別の環境の下で行なわれた。死刑台へ荷馬車で運ばれる代りに、謀反人はそこに乗せられて引っぱられ、体の一部分にだけ縄をかけて吊され、生きながら身体を切りつめられ、その後、腹を裂いて腸を引き出し、首をはねられ、身体を四つ裂きにされた。頭と四つ裂きの屍体は、腐敗防止のために塩づけにして煮た後、公衆の目のつく場所に、鳥がついばむのを防ぐためにクミンの種子の中にそれらを入れて、いつまでもさらされた。」

(2) Kenny's 前掲四〇五頁は次のように述べる……「斬首以外の処刑の方法については、国王によりしばしば赦免された。また、後年には、このような赦免がない場合にさえ、死刑の執行は、絞首を通例とするに至った。かくして遂に、一八一四年には(ジョージ三世の五四年の一四六号条令によって)斬首と解体とは、囚人が絞首によって死亡した後でなければ実行してはならないと、規定された(婦人は斬首、解体にされることはなかったが、火あぶりにされた)。かくして、さらに一八七〇年には、没収条令(Fortifune Act)によって、大逆罪に対する死刑執行のすべての例外的特徴は、斬首と解体が令状によって指示される場合を除いて、廃止された。というのは、一八一四年の条令によって、国王は、署名のある令状によって絞首刑の判決をうけた男を斬首にすることを命ずる権力を保有していたからである。しかしながら、裁判官が、絞首以外の死刑の方法を指定することは、許容されていない。」

(3) ソビエト連邦ロシア共和国刑法六四条祖国に対する反逆罪の刑罰は、財産没収を伴なう一〇年から一五年までの期間の自由剝奪、または財産没収を伴なう死刑である。

中華人民共和国の反革命処罰条例は「帝國主義と結んで祖国に背叛する」罪の刑罰を、死刑または無期徒刑とする(条例三条)。また、叛乱罪については、主謀者、指揮者その他罪質の重い者は死刑、その他の積極的参加者は、五年以上の徒刑(懲役)となっている(条例五条)。

イギリスでは、一八七〇年に大逆罪および重罪に対する没収が廃止されたが、それまでは、大逆罪の場合には、動産のみならず不動産もまた絶対的に国王に没収された。それによって、犯人の全財産の喪失およびその結果として犯人の家族の身代が破滅したため、全財産の没収は、死刑よりも恐れられた刑罰であった(Kenny's 前掲四〇五頁による)。

(4) フランス刑法もまたこの方式に属する。前掲「内乱の犯罪性の根拠」の「(一)忠誠義務違反説」の注11(一四頁)を参照。

(5) 重懲役とは、ドイツ刑法一四条によれば、無期重懲役と有期重懲役(長期一五年短期一年)とがあり、行刑施設内で一定の作業に服させられるものである。

(6) ドイツ刑法における軽懲役は、同法一六条によれば、長期五年、短期一日、收容施設内でその能力と事情に相当した方法での作業に就かせることができるし、本人の請求による方法で就業させることが認められている。重懲役のように定作業の強制服役はない。

(7) 首魁(主謀者)とは、暴動の集団を組織し、またはその集団の全体を統率、指揮する地位にある者をいう。このような地位にある者は、独裁者であるを要しない。集団指導体制の下では指導団に属する者のすべてが首魁である。したがってその数は必ずしも一人に限られない。また、自から現場にあつて暴行、脅迫の行為に参加することは、首魁の要件ではない。それ故、たとえば国外にあつて暴動集団の指揮統率の任に当る者や、暴動の作戦を計画し、これに基て暴動を指導する者は、首魁の要件を充すものである。しかし、首魁に対し内乱を教唆したに止まる者は、必ずしも首魁の地位を有するものとは限らないであろう。これは具体的の場合について認定を要する事実問題である。

(8) 謀議参与者とは、主謀者の地位にはないが、内乱の計画立案に参加して首魁を補佐する者をいう。また、暴動の現場において、または現場に臨むに際して暴動隊の一部の指揮をとる者を、群衆指揮者という。

(9) 諸般執務者とは、首魁の統率下において暴動の組織における各種の責任ある職務を分担した者で、謀議参与者および群衆指揮者以外の者をいう。たとえば、兵器、軍資金、糧食等の徴発、運搬の指揮をし、經理を司る等、主としていわゆる後方勤務の指揮、管理を掌る者は、これに該当するであろう。

(10) 単純暴動関与者すなわち「附和随行者その他単に暴動に関与した者」は、暴動集団における組織上の地位を有しないで、単に集団に加つてその勢力を増加させる行為をする者をいう。しかし、単純暴動関与者であっても、内乱罪の主体たるためには、国家の基本組織の破壊(朝憲紊乱)の目的を有していなければならない。この目的がない単純暴動関与者は、騒擾罪の附和随行者と解すべきものだからである。

(11) オーストリア刑法における大逆罪の規定は次のとおりである。

五八条 大逆罪は、次のいずれかのことを企図する者によって犯される。

イ (削除)、

ロ 政府形態の強制的変更が指向されること、または

ハ 国またはオーストリア共和国の州の領域からのそのいずれかの部分の分離が指向されること、または国外からの国家に対する危険もしくは国内からの反乱または内乱の発生もしくはその一層の悪化のためいずれかのことを企図する者。かかることが公然となされようと秘密になされようと、個々人によるものであらうと共同によるものであらうと、企図、教唆、激励、扇動のいずれによらうと、口頭、書面、印刷物によらうと、絵画的表示、勧告または個人的行為によらうと、武器をとつていようといなかりうと、秘密通信またはかような結果に導く策動によらうとよるまいと、扇動、新兵募集、スパイ行為、援助またはそれが未遂に終らうともその結果へ指向されたその他の行為であらうと、(そのいずれの場合も含まれる。)

五九条 この重罪に対する刑罰は、死刑であり、左記の者に対して科する。

イ (削除)

ロ 主謀者、扇動者、統率者および五八条(ロ)およびイ)において予見されている種類の大逆罪的企図に直接に関与したすべての者。

(12) 一九六二年の西ドイツ共和国の刑法改正草案は、現行刑法が重懲役を科しているのを、刑務所内禁錮に改めて、反動的傾向を示している。右のドイツ刑法改正草案は、第一五部国家およびその制度に対する罪の第一編を「大逆罪と反逆的行為」と題し、三六一条から三八二条までの二四カ条を設けているが、大逆罪関する部分は、三六一条から三六三条までで、ドイツ連邦共和国に対する大逆罪、州に対する大逆罪、大逆罪の行為の予備について、次のような規定を設けている。

三六一条 ドイツ連邦共和国に対する大逆罪

(一) 暴力により、また暴力的脅迫により、

(1) ドイツ連邦共和国の存在を侵害すること、または、

(2) ドイツ連邦の基本法に基づく政府の組織を変更することを企てる者はいずれの者も、終身の刑務所内禁錮または一〇年以上の刑務所内禁錮を以て罰せられる。

(二) 特別の減輕すべき場合には、刑罰は一〇年以下の刑務所内禁錮である。

三六二条 州に対する大逆罪

(一) 暴力により、または暴力の脅迫により、

(1) 一州の領土の全部または一部をドイツ連邦共和国の他の州に併合すること、またはある州の一部をその州から分離すること、または、

(2) ある州の憲法に基づく政府の組織を変更すること、
を企てる者はいずれの者も、一〇年以下の刑務所内禁錮をもって罰せられる。

(二) 特に減輕される事情においては、刑罰は、一年以上五年以下の輕懲役である。

三六三条 大逆的行為の予備

(一) ドイツ連邦共和国に対する特定の大逆的行為の予備をする者は、一〇年以下の刑務所内禁錮をもって罰せられる。かつ、特に減輕される事情においては、一年以上五年以下の輕懲役をもって罰せられる。

(二) 州に対する特定の大逆的行為を予備する者は、六月以上の輕懲役をもって罰せられる。

九 内乱罪の適用範囲の問題

内乱は、特定の国家における革命の手段としての暴動であるから、その特定の国の領域内において実行行為がな

されるを要するが、内乱の指導は、内乱国の領域外においてなされることもある。また、内乱の指導者または実行行為者が外国人もしくはは無国籍人であることも考えられる。そこで、事実上内乱の主体となっている者は、そのまま日本国の刑法上も内乱罪を犯すものとされるかどうか問題とされなければならないであろう。この問題は、内乱の罪の主体の限界に関するものである。日本国刑法が内乱罪についての適用範囲に関し、属地主義および属人主義のいずれをも排除している以上、この問題は取り上げるにあたらないと思われるかもしれないが、国際法との関係で若干の問題が残っている。

(1) 国内政治団体による内乱

国内政治団体による内乱がわが国の刑法の適用の客体となることには、一般論としては異論はないであろう。しかし、革命目的での暴動を内乱罪として把握している場合、暴動の実行行為が国外でなされた場合にも、内乱罪が成立するかどうか問題となるであろう。形式的には、わが刑法上、内乱の客観的要件である暴動の実行場所は、日本国の領域内であるを要しない⁽¹⁾。しかし、実質的には問題があるであろう。国外における暴動は、たとえそれが憲法秩序の否定精神により指導された暴動であっても、未だ打倒を目指す政府機構に対する暴動であるとは認め難いからである。その暴動は、内乱の予備行為を構成すると認め得るであろうが、内乱罪の構成要件である暴動の実行の着手があったとは認め難いであろう。また、国内政治団体が革命目的をもって、公海上において暴動に着手し、船舶を奪取した場合、これを内乱罪と認めうるかは問題であろう⁽²⁾。

さらにまた、政治革命を目指す国内政治団体が、国外から国内での暴動を指導して実行する場合、形式的には、

これにも内乱罪を適用しうることとなる。しかし、この場合、国内において暴動に参加した実行行為者には政治革命の目的はなく、国外にある指導団体にだけ政治革命の目的がある場合には、暴動行為者には、内乱罪の規定の適用はないであろう。この場合、国外にある暴動の指導者に内乱罪の規定を適用しうるであろうか問題がある。また、この国外指導者を暴動の首魁と認めうるか、教唆者にすぎないかという問題も、説の分かれるところであろう。さらに、この国外指導者を暴動の共謀共同正犯として認め得る場合には、この者は暴動の首魁であり、その行為は、内乱罪の構成要件に該当することとなる。そしてこの場合、国内での暴動の実行者は、革命の目的を有しないから、騒動の罪を犯すにすぎないこととなるであろう。

(四) 外国の政治団体の指導による内乱

外国の政治団体による日本国の政治革命目的での暴動が、日本国内において実行された場合には、これに内乱罪の適用があることはいうまでもない、しからば、国外にある外国の政治団体の指導（武器、金銭等の支給を含む）により、日本国内に暴動が発生した場合には、内乱罪の正犯の限界はどこまでか。「暴動をなす」という用語の法律上の解釈如何によって、その結論を異にするであろう。

ところで、日本国憲法の基本制度を变革し、または日本国の領土の一部を奪取して特定の政権を樹立するための国内戦争は、それが外国の正統政府の正規軍によるものでない限り、内乱である。したがって、その指導力が国外から外国人によって行使されるものであっても、内乱の行為者には、刑法の適用があることはいうまでもないであろう。³⁾しかし、外国の政治団体が国家行為として日本国内の内乱を指導しているものときは、このような内

乱は、事実上は外国の侵害行為であり、その実質は、宣戦布告のない間接侵害戦争である。それ故に、暴動の参加者は、外患援助行為をするものとも解されるであろう。このように、暴動の首魁が外国にある外国政治団体である場合には、内乱の主体の限界が実質的に検討されなければならないことになるであろう。

それでは、革命を目的とする暴動が、外国政府もしくはその意図をうけた外国政治団体の援助により実行された場合には、どうなるか。この場合には、暴動の主体は、外国政府または外国政治団体とは別個のものであるから、現実に暴動をした者について内乱の罪は成立する。援助者に内乱幫助罪が成立することはいまでもないが、それが外国政府であるときは、国際慣習法上、それにわが国内刑法を適用することは許されない。

次に、外国人が内乱に参加している場合、これにわが刑法を適用することは、国内法の問題であるから差支えない⁽⁴⁾と思われるけれども、外国人に対する刑事裁判権の行使の限界については、別に考慮されなければならない。刑事裁判権の行使は、国の領域内においてなしうるを原則とし、公海またはいずれの国の管轄にも属さない場所においては、旗国主義に基いてのみこれを行使しうるものである。それ故に、内乱に参加した外国人については、その者が日本国の領域内にあるかまたは日本国の船舶、航空機上にある場合にのみ、これを逮捕してわが国の裁判所において裁判しうるものである⁽⁵⁾。外国人に対し内乱罪の規定を適用しうる限界は、刑事裁判権の行使の限界によって制限をうけることになるからである。

(2) 内乱の本質から帰結される刑法適用の限界

内乱が発達するときは、革命派政権により支配された場所には新法秩序が樹立され、その場所については事実上

日本国憲法による法秩序は効力を失なうに至るであろう。しかし、この場合にも、日本国憲法により認められた国家の基本組織としての政治組織が残存する限り、その刑法は法律上は一般的に適用される地位を有する。しかし、この政治組織が滅亡し、革命政権による統一政府が成立するときは、革命政権の刑法が支配するから、旧来の刑法は全くその機能を停止するに至る。ここに内乱の本質からくる適用の限界がある。しかし、内乱罪は、その目的および行為が不法であることを前提とするから、暴動団体が一時勢力を得て反動的な革命政府を組織した場合に、これを顛覆して日本国憲法の認める国家の基本秩序(国民主権制)を回復するための暴動は、正義の暴動であり、内乱罪を構成することはない。反動革命政府の法規により反革命罪とされることがあっても、その罪名は仮りのものであって、真実の犯罪ではないから、不法な革命政権を顛覆するための暴動は、日本国憲法の基本秩序である国民主権制を回復するためのものであるということに正当性の根拠を置くものだからである。

次に、革命目的の暴動すなわち反乱は、国際法上は犯罪とされないで、政治犯不引渡の原則が行なわれているから、内乱の暴動に参加した者が外国に逃亡したときは、事実上刑事裁判権を行使することができないことになる場合がある。ここにも内乱の罪の適用の限界が認められる。

反乱者が国際法上の交戦団体の承認をうけた場合には、国際慣習上、承認した外国に局外中立法の適用を生ずるものである。⁽⁸⁾ 反乱者の団体は、交戦団体としての承認を獲得することにより、正統政府とは独立した国際法上の地位を認められることになるからである。しかし、交戦団体の承認をするかどうかは、各国の自由で決定することであり、反乱者団体は、全く受身の地位にある。したがって正統政府が反乱団体の独立を承認しない限り、国内法関

係には変動はなく、反乱者は刑法適用の客体としての地位を失なうものではない。

(1) G. G. Wilson, *Insurgency and International Maritime Law*, *American Journal of International Law*, vol. 1, p. 50 「交戦団体の状態に未だ達しない国内的戦闘(内乱)が海にまで延びるとき、諸外国は、自から影響を及ぼされて、それらの行為を支配するため、かつ国家または交戦団体として未承認の戦闘党派に対する諸外国の取扱いを決定するための若干の諸規則を有するに至る。一八九三年から九四年にかけてのブラジルにおける反乱事件において、母国に反抗する党派がもつばら海軍力に頼ったときには、諸外国は広く影響をうけたし、一八九五年にはクリープラント大統領は、キューバにおける内乱問題について宣言を発している。その宣言において、合衆国人民に対し、政府軍に反抗する反乱軍のために軍事的勤務をすることを禁止する法令を承認し、これに反する者は、失権および刑罰を受けるものとした。」

(2) 右の引用文にもあるように、内乱が公海上に及ぶ場合、国際法上は、公海上の暴動もまた反乱団体の行為としての取扱いをうける。国内法上も、これを内乱的暴動として取り扱うに、形式的には、何らの支障もないであろう。しかし、暴動の実行場所がもつばら海上であって、領土内に及んでいない場合には、その暴動は、海賊行為を形成するに止まるであろう。

(3) 国外にある外国人の領導の下に実行される内乱において、国内において暴動の実行に参加した外国人に、わが国の刑法を適用して処罰しうることは、今日では国際法においても一般的に認められている。外国において行動する外国人が、内乱の主謀者、補助者である場合、これを被害国の刑法にふれることを理由に処罰しうるか。この問題について、各国の刑法制度は必ずしも一致していない。しかし、多くの国家の刑法は、国家自衛の原理を根拠に、犯人が自国領域に入った場合、逮捕して処罰しうるものとする。わが国の刑法もこの立場に立つ。

(4) M. M. Travers, *Le Droit Pénal International*, 前掲 G. G. Wilson 七三頁引用は、各種の法体系の下にある刑事裁判権を根拠づける理由を分類している。(イ) 犯罪の発生場所が国の領域内かどうかによる(領域説)(ロ) 起訴された犯罪行為の性質による(外国で外国人によって遂行される国家の安全または信用を侵害する犯罪について国家は刑事裁判権を有するとす

る国家保護主義説) (イ)被害者の国籍による(自国民に対する侵害について外国人の国外犯罪について刑事裁判権を有するとする消極的国籍説) (ニ)加害者の国籍による(自国民に対して刑事裁判権を有するとする積極的国籍説) (ホ)刑法が規定する状態の国土上の行為について自国内に犯人が存在することによる(外国犯人の引渡を申入れたが引取を拒否された場合に、刑事裁判権を有するとする世界主義説)の五つに分類している。領域説は国際社会の先例についての多くの著作において認められたものであり、各国刑法典が例外なく採用しているところである。第二の国家保護主義も、多くの国家によって主張され、厳格な領域主義の一般規則の除外例として、国際法における承認を確立したものと主張は、普遍的な慣例として認められる。第三の消極的国籍説、国民への侵害は、犯人が被害者の国籍国の権力内に入ったときに限り刑事裁判権を行使しうることは、国際法によっても認容されているが、加害者がその国籍国に逃亡した場合における犯人引渡の要求は、国際的許容を得ていないことは認めなければならない。自国民不引渡の原則第四の積極的国籍説は国際法に関係はない。第五の世界主義説は、外国の犯罪者をその者の出発国に引渡すことを申入れたが引取を拒否された場合に、処罰されない犯罪者の存在はそれ自体が社会秩序に対する威嚇であるという根拠に基づき自衛の原理によって、その裁判権の正当化が試みられているが、国際法によって正当化されるまでには至っていない。

(5) このことは、犯罪捜査権の行使の限界の問題であって、刑事裁判権の存在の問題ではない。また、いうまでもなく、犯罪の可否の問題とは別のことである。

(6) G. G. Wilson 前掲 p. 51……国際法上の「反乱の承認は、一般に次のことを意味する。

- (イ) 反乱のある国内において、一時期その市民の権力を抑え切れない敵意のある武装反乱が存在すること。
- (ロ) この党派は、武力によって公共の目的を追求しつつあること。
- (ハ) 国内の諸状態は、外側の諸国に実質的に影響を与えるように乱れていること。
- (ニ) 母国による抑圧がないときは、諸外国は、反乱者と若干の関係をもちなければならないこと。」

(7) G. G. Wilson. 前掲 p. 46. 「国家の内部において、国家に反抗して武装実力を使用する部隊は、交戦者とみなされたいと欲しても、そうなる法的能力を有しない。その地位は、母国もしくは外国の処分によってのみ獲得され得るものである。アメリカ連邦憲法は、国会が反乱を抑圧し侵略を撃退するための国民軍の召集のための規定を有している（一条八節）。また、一九〇五年の海軍管理規則 (the Regulations for the Government of the Navy of 1905) 三〇八条において、外国において反乱のあることを承認している。すなわち「政治的またはその他の亡命者のための逃げ込み場についての権利は、国際法における根拠を有しない。しかし、しばしば反乱が発生して政府が絶えず不安定な国々においては、慣例は、逃げ込み場についての許可を認めている。しかしアメリカの海軍士官は、暴徒が亡命者を追跡する場合のように極端なかつ例外的な人道主義の上から必要と認められる場合の外は、逃げ込み場所に対する適用を拒むものとされ、また、直接にも間接にも逃げ込み場所を承認することを、亡命者に勧誘してはならない」と規定する。

なお、わが国の逃亡犯罪人引渡法は、政治犯罪の逃亡犯罪人の引渡を一般的に禁止している（同法二条一号）。この法律が逃亡犯罪人引渡条約に基づくものであることを以て、直ちに政治犯罪人引渡が国際法に根拠を有する原則であるとすることは、正確な見解でないであろう。

(8) G. G. Wilson, 前掲 p. 52 には、内乱における局外中立法の適用についての先例を掲げている……「一八九五年にマダガスカルがフランス当局に対して内乱をおこしたとき、イギリスは局外中立の宣言を発することを考慮したが、フランスの抗議およびイギリス植民地や保護領での反乱を考慮して、宣言の発布をとりやめた。イングランドは、一八九一年のマニプアの事件におけるように、刑法が適用される犯罪として、内乱の指導者の処刑を正当なこととして取り扱ってきたからである。

一八九五年のアビシニアの内乱の場合に、イタリヤは、同年七月二五日に、いずれの外国も反乱団体の妨害をすべき利害関係もしくは権利を有しないと声明した。

一八九七年一月六日のアメリカ合衆国のマッキンレー大統領の教書では、キューバの内乱について、局外中立の宣言の方

式をたむ言を述べてくる。」

内乱と刑事責任（飯田）

（二一三） 六九