

予備罪の従犯について

植 田 重 正

序 言

予備罪の従犯は処罰されるか——ということが、ここ数年、刑法論上の重要な関心の一つとなって来ている。尤も、予備罪の従犯といっても、その意味は、予備の段階での幫助行為が、幫助者の予見どおり実行の幫助にまで結実しなかった場合をいうので、はじめからだに予備罪だけを幫助するという意味でないことは固よりである。ところで、かような予備罪の幫助については、刑法七九条にこれを処罰する明文があり、又刑法一五三条に關し従来判例・学説が共にその処罰を肯定して来たところであって、とくに重要な異論を見なかつたものである。にもかかわらず、これが改めて問題とされて来たのは、周知のように、名古屋高等裁判所が、毒殺を図る者から頼まれて青酸ソーダを入手してやったところ依頼者とその毒殺行為に出なかつた事案につき、この毒物入手者に対し同地方裁判所が殺人予備罪の従犯を認めた判決を破棄し、殺人予備罪には前記七九条のような規定がないからその幫助はこれを処罰し得ないが、しかし青酸ソーダの入手は予備罪の幫助でなく、むしろ直接予備行為に出た

ものであるから、殺人予備罪の共同正犯として処罰すべきである(名古屋高等裁判所昭和三六年一月一七日判決・判例時報一八七号二七頁以下参照)としたことを契機とし、これをめぐってその後多くの批判が集中されたことに由るのである。批判は、この判決をそのまま肯定するもの、これを否定して予備罪の幫助を肯定するもの、反対に予備罪には幫助のみならず共同正犯もないとするもの等、可なり多様の見解に岐れてをり、又その理由も区々で必ずしも一様でない。のみならず、これに附随して、刑法上予備とは、いわゆる自己予備(自ら実行する意思で予備をする場合)だけをいうのか、さらにいわゆる他人予備(他人の実行を幫助する意思で予備をする場合)をも含むのか、という点が改めて問題とされ、これが前者の問題と絡み合つて、その解明をより複雑化し、その統一的理解を困難にしているというのが、現状であるといつてよい。

そこで、以下において、私もこの問題につき若干私見を述べてみたいとおもふが、論述の都合上、一応ここでこの点に関する諸家の見解を整理すると、(一) 予備罪の幫助の成立を認め、したがつてまたその処罰を肯定する説、(二) 予備罪の幫助の成立を認めないで、むしろそれを予備罪自体として処罰を肯定する説、(三) 予備罪の幫助を概念上は認めるが、しかしその処罰を否定する説、に大別されるとおもふ(尤も、この外に、(四) 予備罪の幫助の成立を認めず、したがつてまたその処罰を否定する説も考えうるが、これと右の(三)の説とは必ずしも明確に区別されていないとおもわれるので、ここでは便宜上、右の三説に大別することとする)。この中、(一)の説が従來の判例・通説の立場であり、(二)と(三)の説が少数説であることは固よりいうまでもない。ところで、予備罪幫助の処罰の点に関しては、私も従來右の判例および通説の見解にしたがい、これを積極に解するのが妥当であると考えているので、以下の考察においても、この見地から右の少数説に対する批判という形で、議論をすすめたいとおもふ。

一 まず最初に、正田判事の所説について検討することとする。判事は、数篇の論文において、この種の問題に關し、通説と可なり異なる見解を披瀝されているが、論点が多岐にわたっているので、いまここで直接必要な要点だけを抽記すると、およそつぎのようになっている。

『……予備罪の基本的性格は、これを一言でいえば、それは単なる実行正犯の直線的な前階程と解すべきではなく、正犯の実現に向つてなされる目的的な準備過程であり、正犯の実行着手を分水嶺として正犯の実行そのものと區別されこれと別異の性格をもつものである。予備罪は正犯の実現を予定するが狭義の共犯のように行爲共同（行爲結合）による犯罪共同を意図するものではなく、従つて予備罪の目的は共犯（狭義）の加担意思にみられるような具体的な正犯実行者との行爲結合の意識または正犯実行の目的の具体性が捨象されている。このように予備罪と正犯との間には教唆犯または幫助犯对正犯の關係に見ることのできない断層がある。行爲が窮極的に正犯の実現を目指しながら、共犯關係に因る拘束——共犯的結合従つてまた共犯從屬性——から解放されているという点にこそ予備行爲を独立の構成要件として規定する法の真義を窺うことが出来るのであつて、予備罪が構成要件上独立に規定されているというだけの理由で、これを基本たる構成要件と全く同性格のものとみることが出来ぬであろう』とされ、したがつて予備罪の教唆・幫助を正犯に対する教唆・幫助と同視することは不可能であり、後者は正犯の構成要件的行爲定型を媒介とし、これによつて拘束される評価であるが、これに対し『予備罪を構成する行爲はその目標が正犯の実現に向けられるという一点を共有するだけで各個独立であり、正犯にみ

られるような自足完了的な統一性もなければ、正犯と共犯との間にみられると同様の行為結合もない。一見、教唆とみられ、幫助とみられるような行為も実は正犯の実現を志向する独立の行為であり、そのような独自性もつ予備行為として評価をうけるのである。この理は教唆・幫助のみならず共同正犯の加功の場合についても当てはまる。即ち数名の者が対等の地位において、共同して予備行為をなすということは事実としてはありうるが、それは実行正犯の場合における共同正犯という特殊の法的関係（刑法六〇条）ではなく、ただ単に、各自の予備行為が共同でなされたという事実関係なのである。ここでは正犯・教唆・幫助という定型概念は、構成要件としての法的意味を失い、専ら人の社会的行為の型として意味をもつにとどまりそれが可罰的違法の程度を基礎づける状況となるのである』——かように説かれている。⁽⁴⁾これを、私なりの理解にしたがって要約すると、予備罪は一面において基本犯に対し目的的従属性（共犯の犯罪従属性とは別）をもってはいるが、他面基本犯と直線的につながらない断続性・独立性をもってをり、したがって一方においてかかる独立性をもたない共犯と異ると同時に、他方において基本犯ともまた異なる性質を有するがゆえに、基本犯に従属して成立する共犯を、予備罪について同様に想定することは妥当でなく、又、予備罪を共犯と同視して、いわゆる他人予備を予備でなく共犯として理解することも正当でない——およそかような主張が、判事の所説の骨子をなすのでないかとおもわれる。ところでもしかように解して大過がないとすると、この判事の見解は、前記序言における(1)の説にあたることによってよいであろう。けだし、この見解は、結論的には予備罪に対する幫助の可罰性を認めるが、しかし理論上はそれを予備罪の幫助としてではなく、むしろ予備罪そのものとしてその処罰を肯定するものに外ならないからである。いいかえると、通説とは反対に、予備罪の幫助（共犯）を否定しつつ、しかもその処罰を認められるものといつてよ

い。

二 正田判事の見解は、右のように可なり特異な内容を具えているものであり、それだけに一方からみると、予備罪につき一つの体系的認識を企図されるものといつてよいが、しかし反面それだけにまた諸種の批判を容れる余地があると考ええる。いま、この見解について、詳細に考察を加えることは固よりゆるぎされないので、ここでは、私によって直接必要とおもわれるつぎの二点について、疑義を述べてみたいとおもう。⁽⁴⁾

まず解釈論としてであるが、現行刑法はその七九条で、七八条の内乱予備罪の幫助を規定している。したがって、判事のように予備罪において正犯・共犯の区別がないとすると、一体この規定が何故に設けられているのかということが、当然問題とならざるを得ない。固より、判事もこの点を看過されているわけではなく、この間の消息について大略つぎのように説かれている。すなわち——内乱罪のような組織犯においては、予備と幫助との境目は一般の場合に比して一層あいまいであるから、立法技術上、現行法は正犯の幫助と予備の幫助とを一括し、総則規定によらない一種の幫助的犯罪の特別規定を設け、法定刑も正犯・予備犯の間どころを捉えてこれを定めたものに過ぎず、従つてこの規定をもつて深い学問的反省による予備の幫助を認めた積極的規定と解することは妥当でないといわれつつ、『……これとは反対に、七九条の規定を根拠に理論上予備の從犯を肯定しようとする立場からはこのような特別規定を欠く他の予備罪については、刑法六二条の適用を認めざるを得ないという結論とならう。特別規定を置く内乱予備罪にかぎり予備の從犯を認め、その他の予備罪につき從犯の成立を否定するという解釈は明らかに論理の矛盾を犯している。私はこのように七九条の規定を総則規定である六二条適用の一具体例（刑に修正を加えた特例）であるとはみず、むしろ、その否定を前提として設けられた特別構成要件と解す

るものであり、その規定を予備の従犯肯定の理論的根拠として重視する立場には左袒できない』——とされている。^(三)私も判事と同様、現行刑法上の内乱罪の諸規定が、必ずしも深い学問的反省によって設けられたものとは解しないが（この点は後述二を参照）、しかしそれは別として、右の判事の七九条に対する所論には了解しえないものがある。判事は、右のごとく、七九条を通説のように刑法六二条の刑の特例を定めたものでなく、その否定を前提とした特別構成要件だとされているのであるが、これは一体どういう意味なのであろうか。一部の少数説のように（後述二参照）、予備罪の幫助は存しないから（不可罰であるから）、その否定を前提として、刑法はとくにこれを処罰すべく、この規定を設けたというのであれば理解できるが、判事の見解はそうでなく、この種の幫助は右のように予備行為自体だとされるのであるから、この見地からは、もともと七九条の規定のごときは——予備罪の幫助に関するかぎり——全く無用であったはずである。したがって、七九条がその否定を前提とした特別構成要件だとされるのは論理が逆で、論理的には刑法が殊更に無用の規定を設けた、という帰結にならねばならぬ。しかし、かような帰結が解釈論として妥当でないことは、改めていうまでもないであろう。判事が、右にみたように、立法技術の観点から、この七九条の存在理由を種々説明されているのも、結局この帰結を避けるためであるが、しかし忌憚なくいって、その理由は薄弱であるのみでなく可なり主観的であって、必ずしも余人を納得せしめるものではないとおもう。むしろ、法の明文を無視して、かような特別の説明を工夫しなければならぬ点に、問題があると考える。おもうに、予備に対する幫助（共犯）が予備そのものでないことは、この七九条の規定のみならず、破壊活動防止法三八条以下の諸規定や、^(四)現在進捗中の改正刑法準備草案の諸規定（同案一三一・一三二条、一三八・一三九条、二七一・二七二条等参照）からも、容易に看取されるところであって、その意味では

すでに罰則上の一つの基本観念となっているものといつてよい。したがって、判事のように、予備の幫助（共犯）は共犯でなく予備そのものだと解されるのは、現行法に内在するこの基本観念に反するのみならず、さらに七九条をもってこの反基本観念を前提とした特別規定だとされるのは、恰もこれを倒置した思考といふべきであつて、現行法の解釈論としては到底承認し得ないものといわねばならぬ。

つぎに、判事は、予備罪には教唆・幫助のみならず共同正犯もまた存し得ないとされているので、この点について簡単に触れておきたい。もしかように、予備罪に共同正犯もないとすると、たとえば甲乙が丙殺害を共謀し、甲が長刀を乙が短刀を入手しようとしたところ、乙は短刀を入手しえたが、甲が長刀を入手しえなかつた場合、あるいはABCが強盜を共謀し、Aが灯火を、Bが被害者捕縛用の繩を、Cが脅迫のための匕首を、それぞれ持ちよつた場合、一体これをどう解すべきであらうか。この場合、甲は現実に長刀を入手していないのであるから、単独には殺人予備罪を構成しないと解すべきであり、又ABも各単独には強盜予備行為としての定型性を欠くと解されるがゆえに、これまた強盜予備罪を構成しないと解さねばならぬ。しかし、かような帰結が果して承認しうるかは——とくに共謀共同正犯を認められる判事の見地からは——^(四)明らかに問題であるといわねばならぬ。あるいは、この場合、共謀は陰謀の一種であり、したがつて甲乙の共謀、ABCの共謀自体が、各自独立の予備罪を構成するという考え方があつても知れないが、しかし現行法上予備と陰謀とは明らかに区別されているがゆえに、この議論はゆるぎされない。そうだとすると、この場合の各自は、共謀という事実によつて事実上共同關係に立ち、したがつてまた全体として觀察されるがゆえに、予備罪を構成する外はないが、しかしそのかぎり、この主張はすでに理論上、予備罪にも共同正犯を認めるものといわねばならぬ。判事は、右に抽記したよう

に、予備における共同の事實は事實関係であり、未遂におけるそれは法的関係であって、共同正犯はただ後者の場合にのみ適用があるとされている。しかし、もしこの趣旨が、予備の段階ではたとえ共同の事實があっても、それは法的関係でないから、各自は相互に法上他者の行為に責任をもたないとされるのなら固より別論であるが、さもないかぎりには、予備罪における実質上の共同正犯を、ただ共同正犯と呼ばないというだけのことであって、理論上実益のない議論であるのみならず、また根拠のない議論であるといわねばならぬ。

〔註一〕 正田「間接共犯と予備罪」法曹時報第一五卷第一号二六頁以下。

〔二〕 判事の所説に対する私の根本的な疑点は、判事が基本類型に対し予備類型と共犯類型とを明確に区別されながら、しかも教唆・幫助を予備の特殊形態として論じられる理論内容にあるが、これについて論及することは紙幅上困難であるし、又議論も可なり抽象論になる憾みがあるので、ここではとくに別の観点から論ずることにした。

〔三〕 正田「自己予備と他人予備」(判例時報三七六号二頁以下。なお、この点については後述三を参照)。

〔四〕 けだし、もし予備の教唆や幫助が予備そのものだとすると、内乱予備・外患予備の教唆を定めた同法三八条二項一号の規定や、予備・陰謀の外に教唆・せん動を定めた同法三九条・四〇条の規定も無意味に帰するからである。尤も、この後者の場合、教唆・せん動は予備・陰謀と対置され、処罰上同一に評価されているから、実質上これを同一視する考え方が生ずるかも知れぬが、しかしこれは評価と概念とを混同したもので妥当でない。ここでは、予備との評価関係よりもむしろその対置関係が、理論上重要なのである。なお判事が教唆・幫助はそれ独立で予備を構成するとされていることも、ここで併せて注意すべきである(正田「予備犯について」刑法における犯罪論の批判的考察・二八頁参照)。

〔五〕 正田「共犯理論について」前掲・批判的考察八四頁以下。

一一

一 つぎに、予備罪に対する幫助の処罰否定説について、考察することとした。尤も、この否定説も、微視的には、それぞれ立論上の相違があつて必ずしも同一であるとはいえないが、巨視的にはほぼその内容を同じく

しているので、以下その代表的見解ともいべきつぎの二つの説について考えることとする。

まず、植松教授の否定説であるが、教授はこの理由を大略つぎのように述べていられる。すなわち——「従犯は正犯の実行を容易ならしめるものであるが、直接に正犯の実行をその段階で容易ならしめる要はなく、その予備段階でなされても固より支障はない。しかし実行を予定していたのに、正犯が実行にいたらない場合も勿論ありうるわけであって、たとえば正犯が実行に出ないうちに発覚したような場合がこれである。これがいわゆる予備の補助であるが、かような補助行為は果して犯罪となるであろうか。これは一つの難問であるが、その難問の結節点は、従犯が正犯の実行に従属するという点にある。ところで、刑法六一条一項は「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ実行セシメタル者」と規定し、教唆犯が犯罪として成立するためには、正犯が少くとも実行に着手したことを必要としている。だから、教唆をしたが被教唆者が実行に出なかったときは、いわゆる教唆の未遂で、かような未遂は処罰すべきでないと解されている。けだし、未遂は実行行為についてだけしか、その処罰規定がないからである。そうだとすると、狭義の共犯として教唆犯と同一に取扱われねばならぬ従犯についても、その成立には正犯の実行着手が前提条件とならねばならぬ。ゆえに、正犯の予備行為を補助したが、正犯が実行に出なかったような予備の補助は、従犯として処罰すべきでないという帰結になる。尤も、かような解決に対しては、形式論理を追いつぎるといふ非難があるかも知れないが、しかし形式的に論理上出てくる帰結は、実質上法感情に反する特段の事情のないかぎり尊重されねばならぬ。予備罪の補助の処罰の是非は、感情的には五分五分の問題であるから、その不可罰を認めたとて現実遊離の事情は存しない。予備罪を規定しているのは、実行以前に遡って処罰の要を認める重大犯罪に関するものであるから、これを助長する行為を憎む感情を伴いがちであるが、しかし

他面予備を罰するのはきわめて例外である。この例外に対し、それより一層犯罪の実現からみて間接的な地位にあるその幫助までも、罰せねばならぬと考える必要はないのではないか。そうだとすると、予備の幫助は、刑法七九条のような特別規定のないかぎり、これを一般に処罰すべきでない⁽⁴⁾と解すべきである——かように説かれている。したがって、この教授の見解は、前記序文における(三)の説にあたる⁽⁵⁾といつてよいであろう。

教授の否定説は、およそ右にみたような内容を具えているが、そこから窺われるように、その根拠は従犯(共犯)の従属性と、予備罪幫助の間接性との二点にあるといつてよい。そこで、以下この二点について考えてみたいとおもふが、まず最初の共犯の従属性について述べると、教授は、右のように、この根拠を教唆犯の規定に求め、教唆犯が犯罪として成立するためには正犯が実行に着手することが必要であり、したがって教唆犯と同列に立つ従犯の場合も、その成立には同様正犯の実行が必要であり、予備罪の幫助のごときはこの条件を欠くがゆゑに、これを処罰しえないとされている。この議論はきわめて明快であつて、形式論的には一応筋が通つてるといつてよい。しかしひるがえつて考えると、この論理の前提となつてゐるいわゆる『共犯の従属性』を、果して右のように解してよいかは問題がある。なるほど、共犯の従属性は、一応通説では——教唆・幫助はそれ自体では犯罪の実行ではなく、正犯の実行を条件として成立する——ことをいうと解されているが、しかしこれは必ずしも正確ではない。教唆・幫助はそれ自体固より実行ではないが、しかし右にもみたように、同時にそれは予備行為でもないのであるから、単に正犯の実行のみでなく、理論上はその予備行為にもまた従属するのである。ただ、予備は一般に犯罪とされてい⁽⁶⁾ないがゆゑに、一般的標語として——共犯は正犯の実行を前提として成立する——とされるに過ぎないのである。尤も、この標語も、さらに厳密にいうと、未遂を処罰しない罪の場合には妥

当しない。したがって、通説にいわゆる共犯の従属性といつても、それは正確には——教唆・幫助はそれ自体では原則として犯罪でなく、正犯の犯罪（可罰的違法行為）を条件として成立する——ことを意味するものと解さねばならぬ。かようにみると、共犯の従属性の見地から、直ちに予備罪の幫助はないとする帰結は生じないのであつて、理論的にはむしろ逆にこれを肯定することが、その意義にかなう所以といわねばならぬ。

のみならず、もしかように刑法六一条一項の『実行』を、未遂的実行にかぎって理解すべきものとする、刑法六〇条における『実行』もまたこれと同様に解さねばならぬ。教授は、この点に關し、『予備』というものが実行行為でないという上述のような理論的前提をとれば、実行行為でない段階に共同正犯というものを考えることは法の明文にも反すること、とうていできない』として、この立場を貫いていられるが、しかしそうだとすると、右の正田判事の見解について述べた批判が、ここにもまた妥当するといわねばならぬ。別例をあげると、この見解では、かりに数名の者が通貨偽造を共謀し、偽造用器械の部分品をそれぞれ手分けして入手した上、これを協力して独立の器械に組み立てたような場合でも、これを無罪とするのでなければ、各人を刑法一五三条の単独犯としなければならぬが、しかしかような帰結が、果して法感情上からも法理論上からも素直に肯定されるかは、深い疑惑があるといわねばならぬ。のみならず、教授は、一方で『正犯は実行行為者である』とされつつ、他方で『正犯者は実行行為だけをするわけではない。当然のことながら、彼は実行の着手に至らない以前の行為——予備——をも行うのである。したがって、予備行為の段階で、正犯を幫助することも、もとより可能である』とされ、予備行為にも理論上正犯（と従犯）の存することを認められている。そうだとすると、予備の段階で正犯の一種である共同正犯を認めることも、理論上可能なはずであつて、これを否定する理由はないということ

になる。ところで、予備にもかように共同正犯を考えると、刑法六〇条にいう実行も、当然、予備（の実行）行為を含む意味で理解されねばならぬ。そうだとすると、六一条一項にいわゆる実行もこれと同様に解すべきであり、さらにこれと同様に取扱われねばならぬ従犯についても、これに準じて考えるのが当然であるという帰結になる。かようにみると、共犯の従属性の理論的見地からも、又、その成法上の根拠とされる教唆犯の規定の解釈からも、必ずしも予備罪幫助の不可罰性は生じないのであって、むしろその可罰性を認めることが理論上可能であり、又、より合理的であるということになる。

つぎに、第二点の予備罪幫助の間接性の問題であるが、教授は、右のように、未遂を罰することがすでに例外であるのに、それよりさらに例外に属するのが予備罪なのであるから、この例外に対し、それよりもなお一層犯罪の実現からみて、間接的な地位を有するにすぎない予備の幫助までも、これを罰しなければならぬと考える必要はないのでないか、とされている。なるほど、予備罪が例外中の例外であり、その幫助がさらにそれより遡及する間接的な行為であることは、固よりこれを認めねばならぬ。しかし、このことから、直ちにその幫助を不処罰とする結論は生じないのであって、むしろ逆に、刑法がかく例外的に予備罪を認めているがゆえに、その幫助もまた共犯理論の適用によって、例外として処罰されると考えるのが、正しい筋道であると解する。けだし、予備処罰の例外性と、共犯理論適用の例外性とは、問題が全然別個であるからである。おもうに、刑法が、例外にしろ犯罪の重大性を考慮して、とくにその予備行為を犯罪として認めている以上、これに該る行為は、国家が刑罰を以て對抗することを必要とする行為——つまり可罰的違法行為として認めているわけであって、その点では他の一般の可罰的違法行為ととくに異なるところはない。のみならず、これらの可罰的違法行為のうちには、その違法性

の評価において、この予備よりも可なり低いものが、相当存することを忘れてはならない。したがって、かような低い可罰的違法行為（たとえば賭博・遺棄・浄水汚穢・信書隠匿等々）への加功が禁止され、それより高い可罰的違法行為（予備）への加功が放置されるということは、卒直に考えて納得のいかない議論であるのみならず、刑法六四条の明文にも反する議論であって、正当でないといわねばならぬ。教授は、右のように、これを罰する必要はないのではないか、といわれているが、しかしこの要・不要の判断は、固より個人の主観的判断ではなく、現行法がその必要を認めているかどうかの判断である。そのかぎり、現行刑法の理論にしたがって、これを決するより外に途はない。通説もまた同様であって、単なる主観的判断によって、予備罪の幫助を認めているわけではない。そうだとすると、右に考察したような理由によって、理論上予備罪の幫助の成立が認められる以上、やはりその処罰を肯定するのが正当であるといわねばならぬ。

二 つぎに、齋藤助教授の否定説について、考えてみたいとおもう。助教授の見解も、結論においては、右の植松教授のそれと全く同一であるが、その理由については教授とその所見を異にし、むしろそれを否定しつつ、全く別の見地から、およそつぎのようにその見解を明らかにされている。

すなわち、『いま、かりに、予備罪にも、刑法第六二条が適用されるものとしよう。この場合、もし第七八条に、第六二条を適用すれば、その刑は、「六月以上五年以下の禁錮」ということになる筈である。ところが、他方、第七九条の内乱予備幫助罪の法定刑は、「一月以上七年以下の禁錮」である。そこで、これと、第七八条に一般原則を適用した結果とを比較してみると、明らかに、第七九条の刑は……その上限においては、加重され、その下限においては、減輕をうけている。……しかし、内乱罪のような重大犯罪の予備罪の従犯について、何故、

一般原則によるよりも、その刑の下限が減輕されているのであろうか。その理由は、かならずしも分明でない』とされ、刑法が内乱予備罪について、とくに重くこれを既遂と同様に評価している点を強調されつつ、『……もし、予備罪にも第六二条の適用がある、との前提をとるとするならば、他方において、刑法は、内乱予備罪の従犯においては、一般の場合より軽い刑罰をもって、のぞもうとしている、といわざるを得なくなる。これは、明らかに、一個の矛盾である。では、この矛盾は、一体、どこから発生してくるものなのだろうか。思うに、これは、予備罪にも、刑法六二条が適用される、としたところから由来したものである。したがって、いま、われわれが、矛盾なく、刑法第七七条ないし第七九条を説明しようとするならば、われわれは、よろしく、予備罪には、刑法第六二条の適用なし、との前提をとりつつ、しかして、刑法は、内乱罪が重大犯罪なることに着目し、内乱予備罪について、それを既遂と同一に評価し、しかも、とくに、第七九条を設け、その幫助行為をも処罰しようとしているのだ、と説明すべきものではあるまいか』とされ、したがって予備罪には、特別の規定のないかぎり、刑法六二条の適用がないと解すべきである、とされている。^(四)これを要するに、助教授の見解は、刑法は七八条で内乱予備罪をとくに重く処罰しながら、七九条でその幫助を一般従犯刑より軽くしているのは矛盾であるから、この矛盾を避けるためには、予備罪の幫助は原則として処罰されないと解すべきである、——かように説かれるものといつてよい。

この主張は、現行法の解釈として、一応理由があるといつてよいが、しかし七九条の性格については、従来学説上に異論があるので、この助教授の批判には、若干制限がある。たとえば、同条の罪は前二条の罪の成立を条件とせず、幫助自体を独立に処罰する規定であるとする学説があるが、かような見解からすると、右のような刑

の下限の減輕は、必ずしも矛盾でないことにならう。これに対し、多数説はいわゆる從屬性説の見地に立ち、そこから七九条は刑法六三条によらない刑の特例を定めたものと解している。ところで、この見地からすると、七九条が七八条の一般の從犯刑より、その上限を重くしたことは、内乱罪の重大性から一応了解されるとしても、その下限をとくにそれより軽くした点に疑義が生ずるが、学説はこの理由についてとくに説くところがない。右に助教授が指摘される矛盾も、この点にあると解すべきであつて、そのかぎり、この多数説の不備を衝かれたものといつてよい。しかし、ひるがえつて考えると、かような刑の權衡論から生ずる矛盾は、助教授が指摘されるように、七九条の方にあるというよりは、むしろ七八条の方にあると解すべきでないかと考える。すなわち、もし内乱罪が未遂におつた場合（七七条二項）、犯罪者は四三条によつてその刑を減輕されるのであるから、その最下限は六月になりうるわけである。そうすると、原則として未遂よりも軽いはずの予備の刑の下限が、それより重い一年の刑であるということは、刑の權衡を重要視する立場からは納得しがたいことであつて、すくなくとも後者の下限を六月又はそれ以下にすることが、より合理的であつたといわねばならぬ。そうだとすれば、不合理はむしろ七八条の側にあるとすべきであつて、この不合理は内乱罪の重大性を理由にして解消しうる問題ではない。けだし、内乱罪が重大ではあるにしても、その未遂より予備の方が、たとえ下限にもせよ、より重くなるということは、およそ理由のないことだからである。ところで、もし右のように解すべきものとする、七八条と七九条との間には、とくに指摘されるほどの矛盾はないという歸結になる。かようにみると、助教授が、この七八条の規定をそのままに前提とされつつ、七九条が一方的にこれと矛盾することを強調されるのは、合理的な解釈の態度として問題があり、したがつてこの矛盾を理由として、理論上特別規定のないかぎり予備罪に從

犯はないとされるのは、正当な根拠を欠く主張であるといわねばならぬ。

註(一) 植松「従犯」刑法基本問題37講二三八頁以下参照。

(二) 植松・前掲書二四四頁。

(三) 植松・前掲書三三五、三三六頁。

(四) 斎藤「殺人予備罪の共同正犯の成否」警察研究第三五卷第三号一二三頁以下。

(五) 小野「刑法講義」各論一三頁、滝川幸「刑法各論」二九六頁。

三

一 右において、予備罪の従犯（共犯）の問題について考察したのであるが、つぎに予備罪の正犯の問題について考えたい。すなわち、刑法上予備とはいわゆる自己予備だけのいうのか、他人予備をも含むのか、という問題がこれである。尤も、これを裏がえすと、他人予備は予備罪の正犯か従犯かの問題となるから、これをどう解するかによって、前記の問題とも、密接につながっていることを忘れてはならない。

この点につき、直接問題を提供するのは、刑法一五三条の通貨偽造変造準備罪である。判例はこの罪について、『……通貨偽造変造準備罪は、法律の規定上一の独立罪を構成するも、本来通貨の偽造変造に対しては予備の關係にあるを以て、此犯罪の成立する場合には通貨の偽造変造を実行する意思を有する者の存在を要す。然れども其実行の意思を有する者が自ら準備すると又は其実行の意思を有する者を幫助する為め他の者が之を準備するとを問はず、苟も偽造変造の用に供する目的を以て其器械原料を準備する行為は、即ち偽造変造に対して予備たる性質を有するものと謂ふべく、偽造変造の実行意思を有する者が単に抽象的に之を実行する意思を有するに止ま

り、具体的には実行に関する何等の計画を立てざるも、其予備たる性質には消長なし……』と判示し、他人予備は本罪の幫助でなく正犯であるとしてゐる。⁽⁴⁾これと関連して、又判例は『犯罪の幫助は犯罪なることを知りて犯人に直接又は間接に犯罪遂行の便宜を与へ之を容易ならしめるのみを以て足り、其遂行に必要欠くべからざる行為なることを要せず。原判決の認定したる事實に依れば、被告は犯人が兌換券偽造の情を知り之に對し偽造用に供する機具類買入れの為に金員を提供し、以て犯人の通貨偽造準備の犯行を容易ならしめたりと云うに在るを以て、被告の金員提供は右準備罪の幫助行為たること勿論なり。加之刑法第一百五十三条は通貨偽造準備罪を獨立罪として規定したるものなれば、所論の如く被告が通貨偽造の完成に必要な機械、器具其他の直接必要且欠くべからざる物件を提供したりとせんか、却て前記準備罪を以て間擬すべきものにして、幫助行為を以て論ずべきものに非ず』と判示し、⁽⁵⁾本罪につき幫助犯が成立することを認め、併せて他人予備が本罪の従犯でなく、正犯を構成することを承認している。そして、この二つの判例は、学説においても、ほぼ通説的に承認されているというのが現状である。

この判例・通説の見解を要約すると、刑法一五三条所定の準備行為に出た者は、その意思の如何にかかわらず、同条の構成要件に該当する行為、すなわち同条の実行行為に出たものに外ならないのであるから、同条の正犯であつて従犯でなく、この後者が成立するためには、かような同条の実行行為以外の行為（事案のような金員提供行為）をもつて、前者の行為を容易ならしめる場合にのみ成立する、ということにある。つまり、準備（予備）罪においても、未遂罪に準じて、実行行為と非実行行為の区別を認め、これによって正犯・共犯の区別を認めようとするものに外ならない、といつてよい。したがつて、この見解によると、たとえ他人のためであつても、同条

所定の行為にでるかぎり同条の正犯となるが、もしその他人が未遂・既遂の段階にすんだときは、前者は改めてその従犯を構成する、という帰結となる。刑法一五三条に対し、判例・通説はかような見解をとつているのであるが、そのかぎりこの態度は、他の予備罪の場合にもまた同様に貫かれねばならぬ。けだし、一五三条所定の準備行為は、その実質においては予備行為（たとえその全部でないにしても）であるから、これに妥当する理論が、とくに他の予備罪において排斥されねばならぬ理由は見出しえないからである。^(四)

二 しかし、かように予備の正犯を、自己予備者のみならず他人予備者をも含めて理解することは、一部に異論があるように、問題があると考える。なるほど、予備罪にも正犯・従犯の区別を認める以上、その予備行為に出た者は、予備の実行行為者であり、したがってこれを予備罪の従犯でなく正犯と解することは、一応理由のある考え方だといってよい。しかし反面から考えると、同じ予備行為（たとえば殺害のための兇器の入手）であっても、自ら実行する意思で入手する場合と、他人の実行に資するために入手する場合との間には、行為の客観面だけからみると一応異らないようにみえるが、しかしその主観面をも併せて全体的に観察すると、明らかに相違がある。けだし、他人予備者は、自己実行の意思を当初から欠いているのであるから、たとえ現実に兇器を入手したとしても——その意味で外形的には殺人の予備行為に出たとしても——自己予備者が兇器を入手した場合と異って、それ独立には直接実行への危険性はなく、ただ後者を介してのみはじめてその危険性を具えることになるからである。このことは、かりに他人予備者が現実に兇器を入手しても、何らかの事情に因って、それを自己予備者に手交しなかった場合を想定すれば、容易に理解されるであろう。ところで、予備行為が処罰されるのは、それが実行（したがってまた既遂）への危険性を有するからであって、もしかような危険性がないときは、その可罰性を

もたないことは、改めて説くまでもないであろう。そうだとすれば、他人予備者の兇器入手行為は、右のように、それ独立では実行への危険性を欠如するのであるから、それが独立に予備行為を構成するということもまたあり得ない。いいかえると、他人予備者は、自己予備者が独立に予備行為を構成するのに対し、ただそれに従属してのみ刑法上意味をもちうるに過ぎないのであって、この後者とのつながりを離れては、可罰性をもちえないものといわねばならぬ。したがって、たとえ行為の外形では一見同一のようであっても、自己予備行為と他人予備行為とは、刑法上その性質を異にするのであって、後者は予備の正犯（実行行為）でなくその幫助であり、前者のみがその正犯となる、という帰結に導かれる。⁽⁴⁾かように考えると、前記の判例・通説が、刑法一五三条の準備罪には、自己予備者の外他人予備者をも含むとしていることは正当でなく、前者のみがこれに含まれると解するのが合理的だということになる。かような帰結は、現に、右の当初にかかげた判例が、別の個所で、他人予備者は『……通貨偽造準備の実行行為を以て幫助したる者なるが故に、是れ亦同上準備罪を構成するものと云ふべく……』と判示し、一方で他人予備行為の幫助性を承認しながら、他方でその行為が準備罪の実行行為に該るとして、いることから、間接的に窺われるかと考える。けだし、予備の実行行為をもって、他の予備者の実行（準備）行為を幫助するというようなことは、従来、判例が『従犯は実行行為に属さない行為を以て正犯の実行行為を幫助するもの』⁽⁵⁾として来た態度と、明らかに矛盾するといつてよいからである。ゆえに、かような矛盾をさけるためにも、予備正犯はこれを自己予備者にかぎって理解するのが、妥当であると考えねばならぬ。

なお、他人予備者を予備正犯だとすると、予備を未遂や既遂と同一に処罰したり（関税法一〇九条以下）、予備を未遂・既遂の従犯より重く処罰しているような場合には、理論上では、他人予備者は、自己予備者が予備にとど

まっている場合が重く、未遂・既遂にすんだ場合が、却って軽くなるという結果を招来する。尤も、かような場合は例外だといえ、それまでであるが、しかしこの場合も予備正犯を自己予備者にかぎると、これをとくに例外視することなく、現行法がかような規定を設けた趣旨にそって、これを統一的に理解しようという実益がある。したがって、この意味においてもまた、やはりこの見解がより正当であるといわねばならぬ。⁽⁶⁾

註(一) 大判大正五年二月二日刑録三卷一九四三頁。

(二) 大判昭和四年二月一五日刑集八卷八六頁。

(三) 尤も、この点については、一部において異論がある。たとえば、前田検事は一五三条と二〇一条との文言の相違から、解釈上前者は他人予備を含むが、後者は自己予備にかぎるとされ(前田「予備罪の従犯」法学セミナー九五卷八一頁)、又、井上教授は一五三条は予備の範囲を限定しているから他人予備を含むが、二〇一条はかような制限がないから自己予備にかぎるとされているが(井上「予備罪の従犯」判例評論四七卷三頁)、共に十分な理由があるとおもわれない。ただし、二〇一条の文言が解釈上自己予備を定めたものとすると、かような文言に依らない七八条・八八条等の規定も、他人予備を認めることとなるが、しかしそれは他人の内乱罪を幫助するために兵器・金穀等を準備した者も七八条となる点で問題があり、又、一五三条はなるほど予備の範囲を限定しているが、しかし一般の予備罪では予備(正犯)者たり得ない他人予備者が、その予備の範囲を制限されることに因って、何故その中に内含されるようになるのか、その理由が不明だからである。尤も、一五三条の文言形式から、そう解釈されるのだという考え方があっても知れぬが、しかしこの文言が果して他人予備を含むかどうかは正に当面の問題なのであるから、これでは答えにならない。

(四) 植松「従犯」前掲書二四四頁。斎藤「刑法一五三条についての一考察」政治経済論叢第一二卷第二号二六八頁以下。なお福田「通貨偽造・変造予備罪」注釈刑法(4)三一頁も、一五三条に対する通説的見解に対し疑義をもたれている。

(五) この点について別の立場からの考察であるが、たとえば殺人を教唆して兇器を入手させた教唆者と、殺人をしようとする者から頼まれて兇器を入手してやった他人予備者との刑責は、いずれが重いと解すべきであろうか。通常、学説では、教唆と幫助の刑責上の相違は、前者が犯罪の発起者・誘発者であり、後者が単に受動者・加担者である点に求められているが、この見地からすると、この場合も教唆者の方が他人予備者より重いと、いうことになるであろう。したがって、かような観点から見ると、他人予備者を予備正犯とすることは、教唆者より軽い筈の他人予備者に、不当に重い刑責を認めることとなって妥当でなく、むしろその従犯と解するのが妥当であるということになる。

(六) 大判明治四三年九月二〇日刑録一六卷一五八二頁、同大正六年七月五日刑録三卷七八七頁、同昭和十五年五月九日刑集一九卷二一九七頁、最判昭和二年一〇月一日刑集三卷一六二九頁参照。

(4) 現行刑法にはかような場合は見当たらないが、準備草案ではその一八六条一項（準爆発物使用罪）・三項（同未遂罪）と一八七条（予備罪）との関係で、この種の事例が見られなくはない。これは草案が予備罪を拡大し、しかもその刑を加重している結果で、立法論上考慮を要する点である。尤も、これを認めても、事実問題としては、本文におけるような結果は生じないであろうが、理論問題としてはやはり疑義があるといわねばならぬ。

(4) 尤も、ここで注意を要するのは、たとえば職人を雇って通貨を偽造させるべく、偽造用器械を準備したような場合である（大判昭和七年一月二四日刑集二卷一七二〇頁参照）。かような場合は、判例が指摘しているように『他人をして自己の為に其の偽造に従事せしむる意思を以て偽造の用に供する器械又は原料を準備したる場合』であって、他人のために準備してやった他人予備の場合でないから、同条の準備罪を構成すると解すべきである。ただし、かような準備者は、いわゆる他人予備者が一般に自己実行に出るだけの意思を欠如するのに対し、ただ自己の拙劣な印刷技術上の障害を他人によって補なおうとしたに過ぎないもので、むしろ自己予備者と同一視すべきものだからである。