慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | 予備罪に関する一考察 |
| Sub Title | An observation on preliminary offences |
| Author | 中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1965 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.10 (1965. 10) ,p.1- 32 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19651015-0001 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 予備罪に関する一考察

中谷瑾子

一、はじめに
二、予備行為概念
三、予備罪の基本的性格
四、むすび

## 一

最近、わが国における予備罪の研究は、まことにめざましいものがあり、刑法解釈学の領域での重要問題として、異常なまでの関心を集めているようである。(1) これは、つい最近まで、予備罪の研究は「まつたくの処女地に近い」(2) とさえいわれるほど、比較的等閑視されてきたことと、まことに対蹠的である。

もともと犯罪の実行の開始（着手）以前の予備を原則として不可罰とすることは、周知の通り、一八一〇年のフランス刑法以来、各国の立法例によつて概ね採られているところであるが、(3) とりわけ、わが現行刑法においては、予備の処罰は極めて

例外に属し[4]、かつ、現実的にも、予備罪として処断される例は比較的少なく[5]、また、当然に刑も軽い[6]。従つて予備罪が刑法学の中で、長い間、比較的等閑視されてきたのも、理由のあることではあつた。

ともあれ、最近の予備罪研究の画期的な充実については、長年の豊富な実務経験を土台としての実体的洞察力にすぐれた、ユニークな予備犯概念の確立をつとに提唱されている正田満三郎判事[7]、一貫して倦むことなく予備罪の研究を続けられ、とくに学説史等文献学的研究で驚異的な労作を発表しつづけておられる斎藤誠二助教授[8]をはじめ、それぞれ個性的で犀利な理論を展開される井上正治[9]、西村克彦[10]、下村康正[11]ら諸教授の寄与に与かること大であるが、同時に、一般に指摘されているように[12]、予備罪研究結実の直接的な要因は、新立法の動向[13]と、論争を捲きおこした、予備の従犯の成否に関する具体的事件、判例[14]の続出にあり、ことに後者が重要な役割を演じていることに注目しなければならない。この点は、かつて、予備罪といえば、もつぱら、いわゆる「予備の中止」が論じられたが、それというのも、殺人予備罪の中止犯は成立しないとした大審院判例（大判大正五・五・四刑録二二輯六八五頁）[15]がその契機であつたことと共通している。

いずれにしても、予備罪は、現在ではもはや未開の「処女地」ではなく、肥沃な土壌と化したといつても過言ではないであろう。従つて、ここで重ねてこれを論じることは、もはや、おそらくは屋上屋を重ね、蛇足を加えるに等しいか、あるいは一片の謬見を披瀝するの暴挙、愚行にすぎないかもしれない。しかしながら、世界の社会機構の複雑化、精神的―物質的文化の発展に伴つて、人間行為の社会的影響、評価も変容を遂げるのであつて、単純で、文化程度も低い社会では看過されていたようなわずかな違法行為も、複雑で高度の文化社会においては、とんでもない法益侵害の危険を孕みうる。このようにして、立法の動向からいつても、予備罪ないし予備的性格の行為と考えられていた不可罰の行為が、あらたに予備罪ないしは独立の犯罪として可罰性を付与される傾向のある現在及び将来に思いを致すとき、社会防衛の理念と個人の人権保障の理念との一つの接点ともとらえることのできる予備罪は、新たな問題意識をもつて、あらためて研究するに価する分野であ

るとも考えられる。そこで、予備罪研究もある程度の成果を得たと認められるこの時点において、問題を過小にも過大にも取り扱うことなく、その正当な位置づけに配慮しながら、予備罪をめぐる諸問題へのアプローチの手始めとして、本稿では、とくに、予備行為概念および予備罪の基本的な性格についての学説の争いを簡単にフォローするとともに、これに対する卑見を展開することによって、予備罪をめぐる錯綜した諸問題を的確に把握し、処理するための出発点としたい、というのが本稿の目的である。

(1) 最近、予備罪をめぐる論稿は極めて多い。その主なものを項目別、発表順に列挙すると次の通りである。

a 予備罪一般について。正田・予備犯について（法曹時報、昭和三五年、一二巻八号、のちに同・刑法における犯罪論の批判的考察、昭和三七年、所収）、斎藤・予備罪についての覚書（一）（二）（三）（以下においては・斎藤・覚書と略称する。政治経済論叢昭和三八年、一二巻四号、六六頁以下、同三九年、一三巻一号、六六頁以下、同三九年、一四巻一号、七四頁以下）、同・予備罪と陰謀罪の区別（政治経済論叢、昭和三九年、九〇頁以下）、西村克彦・予備罪・陰謀罪をめぐる諸問題（警察研究、昭和四〇年、三六巻七号、三頁以下）

b 予備の中止に関するもの。平野竜一・中止犯（刑事法講座二巻、昭和二七年、所収、四一八～四一九頁）、金沢文雄・予備の中止（木村亀二編・刑法（総論）昭和三〇年、三二七～三三二頁）、香川達夫・中止犯（総合判例研究叢書（3）、昭和三一年、一〇六～一一二頁）、同・予備の中止と中止未遂（木村博士還暦祝賀、刑事法学の基本問題（上）、昭和三三年、所収、のちに香川・中止未遂の法的性格所収）。

c 予備罪と共犯に関するもの。西村・予備と教唆と（判例時報、昭和三五年、二四〇号、二頁以下、のちに共犯論序説、昭和三六年、所収）、前田宏・殺人予備幇助罪の成否（一）、（二）（研修、昭和三七年、一六五号、五九頁以下、同・一六六号六九頁以下）、井上正治・予備罪の従犯（判例評論、昭和三七年、四七号一頁以下）、西村・予備罪の従犯をめぐる諸問題——井上博士の提案に答えて——（判例時報、昭和三七年三〇号、三〇号何れも二頁以下、のちに共犯問答、昭和三七年、二三二頁以下に所収）、津島裕二・予備の従犯——名古屋高裁の判例に賛成する——（判例時報、昭和三七年、三〇四号二頁以下）、正田・間接共犯と予備罪（法曹時報、昭和三八年、一五巻一号一五頁以下）、植松正・従犯——特に予備の従犯について——（刑法基本問題37講、昭和三八年、二三五～二四四頁）、前田・予備罪の従犯（法学セミナー、昭和三九年、九五号八〇頁以下）、斎藤・殺人予備罪の共同正犯の成否（警察研究、昭和三九年、三五巻三号一〇四頁以下）、正田・自己予備と他人予備（1）（2）——続犯罪論或問（判例時報、昭和三九年、三七五・三七六号）、斎藤・予備罪の従犯（一）（二）（三）（四）（警察研究、昭和四〇年、三六巻二号六一頁以下、三号三九頁以下）、下村康正・予備罪の従犯（斉藤博士還暦祝賀、現代の共犯理論、所収、昭和三九年）、斉藤・殺人予備罪の共同正犯（刑法判例百選、ジュリスト、昭和三九年、臨時増刊10月号一五八～一五九頁）、西村・予備罪の従犯をめぐって（警察研究、昭和四〇年、三六巻六号二七頁以下）。

d 個別問題に関するもの。斎藤・刑法一五三条についての一問題——いわゆる他人予備行為（Fremdvorbereitungshandlung）をめぐって——（政治経済論叢、昭和三八年、一三巻二号、二五〇頁以下）

なお、右の他、正田判事の論稿には予備罪に関するものが多い。例えば犯罪の実行と正犯意思——犯罪における因果関係とその目的整序——（予備と未遂との区別および予備罪における故意の問題にふれる。筆者注。）、未遂犯における中止の意義とその共犯への適用（いわゆる予備の中止の問題にふれる。筆者注。）（いずれも刑法における犯罪論の批判的考察所収）。

(2) 斎藤・覚書（一）六六頁。

(3) 主観主義的立場からは、犯罪を犯す意思が外部に表明されたかぎり実害の発生とは無関係に可罰的と解されるべきで、その意味では予備・未遂・既遂の区別を問わないことになる。主観主義、目的刑主義を徹底した一九二六年のソ連刑法はまさしくその立場において、一九条に「犯罪の未遂、および器具または手段の探索もしくは調達、並びに犯罪の実行に必要な条件の作成等の犯罪の準備行為も、既遂と同じく処分される」と規定したのはむしろ当然であつた。なお最近の一九五八年のソ連邦刑事関係基本法一五条およびこの原則に則つた一九六〇年ロシヤ共和国刑法典一五条はその一項に「犯罪予備とは犯罪を行なうための手段または用具を探求すること、またはそれを用意すること、その他の犯罪を実行するための諸条件を故意につくり出すことをいう。」と概念規定をし、二項に未遂概念を規定した後にその三項として「犯罪予備と犯罪未遂に対する刑は、その犯罪に対する責任を規定している法律により定められる。裁判所が刑を定めるにあたつて、犯人の行つた行為の社会的に危険な性格と程度、犯意実現の程度、犯罪を既遂に至らしめなかつた原因を参酌する」と規定し（宮崎昇訳・一九五八年改正ソ連邦刑事関係基本法、法務資料三六三号、昭和三四年、三〇頁。同宮崎訳・ロシア共和国刑法典、法務資料三七七号、昭和三七年、一二頁参照）、予備も未遂と同様、原則として可罰的であることを認めている。また、ドイツでも、ナチス初期に、予備・陰謀を含めて、ひろく「企行」（Unternehmung）一般を既遂と同一視しようとする企てがあつた。われわれはここにも全体主義国家の極端な権威主義の一端をうかがうことができると同時に、罪刑法定主義の否定といい、予備一般の原則的処罰といい、全体主義国家と共産主義国家との間の共通の Denkweise が注目される。

(4) ドイツでは重罪の未遂は常に、軽罪の未遂は明文規定のあるときに限つて可罰的のものとされ（独刑法四三条参照）、フランスでは、重罪の未遂（中止犯から除外されるは未遂）はすべて重罪そのものとみなされ、軽罪の未遂は明文規定のあるときに限つて軽罪そのものとして処罰される（仏刑法二二条参照）のに対して、わが国では、未遂処罰は常に明文規定のある場合に限られる（四四条）。これはわが現行刑法が重罪・軽罪（ないし違警罪）の犯罪種別を認めないこととも対応するもので、未遂処罰の実質、範囲において彼我の間にそれ程大きな距りは認められないとしても、未遂処罰につき、つねに明文規定を必要とするわが国においては、一般に用いられる「可罰的未遂と不可罰的予備」という対置は必ずしも妥当とはいえないのではなかろうか。その意味で、わが国の予備罪はまさに例外中の例外ともいえる。

(5)(6) 予備罪の範囲如何は、予備行為概念（後述）によつて決定されるもので、学説は必ずしも一致してはいない。わが現行刑法についてみるとき、論者によつては、実質上予備罪と解されるものとして二〇八条の二（兇器準備集合、結集罪。この罪の予備罪性を明示的に認めるものは、小野＝中野＝植松＝伊達・新版刑法（ポケット註釈全書、昭和四〇年、四三三頁、正田・予備犯について、二一頁、斎藤・覚書（一）、六九頁等）、一〇〇条（逃走援助罪）、一〇七条（多衆不解散罪）、一二三条後段（溢水危険罪）、一二五条（往来危険罪）等があげられる場合もある（以上一〇〇条以下の四罪を予備罪の範疇に入れるのは泉二新熊・日本刑法論総論、増訂四一版、昭和四年、五四八頁以下、久礼田益喜・刑法学概説、昭和一三年、三二〇頁。これらの中、溢水危険罪についてのみ予備罪性を認めるものに斎藤・覚書（一）、八三頁以下）が、名実ともに予備罪として一致して認められるのは、内乱予備（陰謀）（七八条）、外患予備（陰謀）（八八条）、私戦予備（陰謀）（九三条）、放火予備（一一三条）、通貨偽造準備（一五条）、殺人予備（二〇条）、強盗予備（二三条）及び昨年追加規定されるに至つたみのしろ金目的の拐取予備（二二八条ノ三）の八類型であろう（もつともこの点についても、私戦予備は、その既遂類型である私戦罪が存在しないため、予備罪に含ませない見解――古川・草野・江家・斎藤（金）・佐伯の諸氏――のあることは周知の通

り で、私も右の点で私戦予備罪は他の予備罪とは些か性質を異にすることは認めるし、立法論としては疑義もあり、それ故にこそ改正刑法準備草案は私戦罪（準備草案一四〇条）を規定するに至っているが、現行法上私戦罪の規定を欠いているのは、おそらく、団藤教授も指摘されるように、実際に私戦が開始されるというようなことは想像できない（団藤・刑法綱要各論、一四七頁）から（万一実行の着手があったとしても殺人罪その他の犯罪の成否を問うことはできる）、というだけの話で、私戦予備罪も観念的には私戦罪の実行行為を予定し、実行行為の関係概念である点では、なお、予備罪性を否定しつくすべきほど異質とも考えられないので、さしあたって、ここでは、一般的に認められている前述八類型の予備罪を論述の前提とする）。

後表（七頁）は、最近五年間の第一審の有罪人員数、刑法犯総数に対するパーセンテージ及び科刑を表示したものである。

なお、兇器準備集合・結集罪については、筆者は予備罪そのものとは解しないが、実質上予備行為（予備罪）としての一面をも併せもつこともまた否定できない。また、前述の通り、現に実質予備罪とする見解も相当広く行なわれているので、参考のため、これも表示することにした。

（7）前注(1)引用の諸論文参照。

（8）前注(1)引用の諸論文参照。

（9）前注(1)引用の判例評論。

（10）前注(1)引用の諸論文の他に共犯論序説、昭和三六年、共犯理論と共犯立法、昭和三七年、共犯問答、昭和三七年参照。

（11）前注(1)引用の論文の他に予備行為の中止、法学新報、昭和三四年、六六巻五号、三三五頁以下。

（12）正田・予備犯について、二一頁以下、同・自己予備と他人予備(一)、三頁、斎藤・覚書(一)七〇頁。

（13）各国の立法例について見ると、原則として不可罰とされる予備を、処罰すべきものとする例外は、拡大される傾向にあり、また、少なくとも、犯罪に対する予防的機能を期待しうる点では予備処罰と共通性を認めることのできる教唆の未遂（とくにいわゆる効果のない教唆（die erfolglose Anstiftung）。もし共犯従属性説の立場に立ち、かつ、教唆行為そのものを「実行行為」から区別して観念するならば、正犯の実行の着手のない教唆の未遂は、いまだ未遂とはいえない。従ってこの段階にとどまる行為を可罰的とするためには特別な構成要件を必要とする。ドイツ刑法（一八七一年五月一五日）は、一八七六年二月二日の改正法によって四九条a（いわゆるドュシェーヌ条文 Duchesne-Paragraph）を追加規定するに至ったが、まだ共犯の未遂を可罰的とするものではなかった。ところがナチス時代になると国家社会主義的"意思刑法"（nationalsozialistisches „Willensstrafrecht"）の立場から、教唆の未遂（versuchte od. erfolglose Anstiftung）および幇助の未遂（versuchte od. erfolglose Beihilfe）をも教唆または幇助として処罰すべきものとした（一九四三年五月二九日の刑法同化命令による新四九条a一項および三項。但しこの新四九条aは一九五三年八月四日の第三次刑事法改正法律によって改正され、幇助の未遂は再び不可罰とされた。しかし教唆の未遂の可罰性は依然維持され（四九条a一項）、一般にも承認されている（なおドイツ刑法四九条aについての新旧規定、ならびに改正の経過等については、とくに Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK). 8. Aufl. Bd. 1, 1957, §49a. Anm. 1 (Mezger) Mezger-Blei; Strafrecht. I. Allg. Teil, 10. Aufl 1963. S.207, 250, 254. Kohlrausch-Lange; Strafgesetzbuch. 43. Aufl. 1961. §49a. I. Maurach; Deutsches Strafrecht. Allg. T. 3. Aufl. 1965. S. 593ff. (§53II). usw. を参照されたい）、なお、ドイツ刑法四九条aの法的性質を、共犯規定と見る（メツカー、前掲書 Baumann: Strafrecht. Allg. T. 3. Aufl. 1964. S. 546）か、特別の予備行為に関する規定と見る（連邦裁判所判例とくに BGH. 4. 310; BGH 6. 310; BGH 9. 131 BGH. 14. 378. Schönke-Schröder; Strafgesetzbuch, Kommentar. 12 Aufl. 1965. §49a. Anm 1 また、マウラハはこの対立は重要ではなく「予備行為の共同ということだけが四九条aの処罰理由となっていることについては一致しているのであるから、その実質においては同意見に帰するのだとしている Maurach; a. a. O. S. 594. ders: JZ. 61, S. 131 が、その体系から見ると前者に近いように思われる）かの一応の対立が見られるが、何れにしても共犯の未遂の処罰と予備処罰とは、何れも犯罪予防的効果を期しうること、無制限の処罰の拡張が危険なものである点では共通の契機をもつことは疑いのないところであろう。わが国では、小野博士が、夙に狭義の共犯と予備行為との共通性を強調され（構成要件の修正形式としての未遂犯及び共犯、犯罪構成要件の理論昭和二八年、所収二六九頁、二七一頁）、また、共犯従属性説の基本的立場に立ちながら、教唆犯は「正犯ニ準ス」（六〇条）という規定を根拠として、教唆犯の未遂犯を可罰的とされたこともあった（前掲書・二七四頁以下）。但し間もなくこの見解を改められ、教唆犯は、正犯の実行を待って成立するものとされ、今日に至っている。さらに、正田判事は、広義の「予備犯」の中に教唆犯をも含ませ、教唆の未遂は狭義の予備として（予備処罰の明文のあるときは）処罰されるべきものとする（正田・予備犯について、二九頁）。また、大谷教授も教唆の未遂は、「教唆のもつ予備犯的性格からして、正犯の予備に準じて処断すべ

きものと考える」（大谷英一・教唆の未遂・刑法講座四巻、昭和三八年、一三五頁）とされる。なお、この点に関して、満州帝国刑法二五条が「他人ニ対シ犯罪ヲ教唆シ、被教唆者罪ヲ犯スニ至ラサルトキハ予備ニ準ス」と規定していたことが思いおこされる。しかし、いずれにしても、教唆の未遂を予備そのものと解することは、わが国では一般に承認されてはおらず、とくに、「予備の段階から才遂を経て既遂に至る正犯路線と、純教唆と予備との両路線」は、前者が心理的な直線であるのに対して、後者はいわば平行しているものとして、刑事学的に異質的な純教唆と予備とを綜合的に考察するのは検討の余地があり（西村・予備と教唆と、共犯論序説、五五頁参照）、むしろ、教唆の未遂と予備とのあいだには、教唆と間接正犯とのあいだにおけるように、概念上、はっきりした線が引かれなければならず、これを混同すべきではない（西村・教唆の独立罪、共犯理論と共犯立法、一三一頁注（一二）とはっきりした否定論も見られる。予備を未遂・既遂の発展的段階、ないしは段階的類型の中で考え、共犯の方法的類型から区別する見解は宮本博士（刑法大綱、昭和一一年、一七四頁以下、佐伯博士（刑法総論、昭和三四年、一五四頁以下）にも見られるところであり、また、段階的類型という表現は用いなくても、予備を犯罪（正犯）の発展的段階と解することは一般である。）についてもその当否は一応別論として、一般的にその可罰性を認める立法がふえている。

前述のように、すでにドイツ現行刑法四九条a一項は重罪の教唆の未遂をも重罪の未遂同様に処罰すべき一般的規定であり、又スイス刑法（一九七年）二四条、二項オーストリー刑法九条（もっともオーストリー刑法の場合は教唆（Anstiftung）の未遂ではなく誘惑の未遂（versuchte Verleitung）という表現を用いているが、これがいわゆる教唆の未遂と同義であることは疑いがない（Nowakowski; Das Österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen. 1955, S. 94, 101, 104）も同様である。さらに教唆だけではなく、幇助を含めて、共犯の未遂を処罰する立法例としては、前述の一九四三年五月二九日のドイツ刑法新四九条a三項のほかに、ポーランド刑法（一九三年）二九条、チェコスロヴァキア刑法（一九五〇年）七条四項等がある。

なお、英米刑法では、周知の通り、共謀（conspiracy）、教唆（いわゆる独立教唆罪）（solicitation）も処罰の対象となり、一九六二年一応完成されたアメリカ模範刑法典も五・〇二条以下にこれらに関する規定をおいている。わが国においても、すでに古く爆発物取締罰則（明治一七年）四条が脅迫・教唆・煽動・共謀に止まる者を処罰し、その他国家公務員法（昭和二二年）一一〇条、一一一条、地方公務員法（昭和二五年）六二条、破壊活動防止法（昭和二七年）三八条ないし四〇条、日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法五条、いわゆる刑事特別法（昭和二七年）七条二項、自衛隊法（昭和二九年）一一九条二項、一二〇条二項、一二二条二項等特別法において「教唆」「せん動」「あおる」「そそのかす」「命じる」（以上教唆）「ほう助」（独立的形態幇助）ないしは「共謀」および特別予備等を処罰する立法があらわれ、また、改正刑法準備草案（昭和三六年一二月確定稿（以下準備草案と略称する））もいくつかの予備罪を新設したほか、独立共犯（独立教唆および独立補助罪（内乱教唆・補助―一三二条、外患教唆・補助―一三九条、殺人教唆―二七一条））をも規定している。

（14）　予備の従犯に関する論争を捲きおこした判例としては、予備の従犯の成否につき、これを積極に解しながら不可罰（無罪）とした一審判決を覆えしてこれを消極に解し、事案について結局予備の共同正犯の成立を認めた名古屋高裁判決（昭和三六・一一・二七、高裁刑集一四巻九号六三五頁。この判決がのちに最高裁によって支持されたことは周知の通りである。最高一小決昭和三七・一一・八、刑集一六巻一一号一五二二頁）があげられるが、その後、密出国企図罪（出入国管理令七一条）の幇助について、予備の従犯を積極に解する高裁判決（大阪高判昭和三八・一・二二高裁刑集一六巻一号一七七頁。確定）が出て注目されている（前田宏・前掲論文、法学セミナー九五号八〇～八一頁参照）。

（15）　いわゆる予備の中止については、戦後、最高裁判所も大審院同様、中止未遂を認めない。例えば、最高三小判昭和二四・五・一七及び同大判昭和二九・一・二〇刑集八巻一号四一頁があり、とくに後者は大法廷判決で、「予備罪には中止未遂の概念を容れる余地がない」とはっきり**これを否定している。**

| | 昭和33年 | 34 年 | 35 年 | 36 年 | 37 年 |
|---|---|---|---|---|---|
| 刑法犯総数 | 88546 | 87159 | 83823 | 78241 | 75612 |
| 内乱予備(78条) | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 外患予備(88条) | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 私戦予備(93条) | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 放火予備(113条) | 3(0.003%) | 3(0.003%) | 3(0.004%) | 4(0 005%) | 2(0.003%) |
| 3 年 | (0) | (0) | (0) | (0) | (0) |
| 2 年 以 上 | (0) | (1) | (0) | (0) | (0) |
| 1 年 以 上 | (1) | (1) | (2) | (0) | (1) |
| 6 月 以 上 | (2) | (1) | (1) | (2) | (1) |
| 6 月 未 満 | (0) | (0) | (0) | (2) | (0) |
| うち執行猶予 | (2) | (3) | (3) | (4) | (1) |
| 通貨偽造準備(153条) | 1(0.001%) | 0 | 0 | 0 | (0) |
| 2 年 以 上 | | | | | |
| 1 年 以 上 | (1) | | | | |
| 6 月 以 上 | | | | | |
| うち執行猶予 | (1) | | | | |
| 殺人予備(201条) | 23(0.026%) | 19(0.02%) | 5(0.006%) | 15(0.02%) | 11(0 014%) |
| 3 年 | (1) | (2) | (0) | (0) | (0) |
| 2 年 以 上 | (3) | (1) | (0) | (2) | (1) |
| 1 年 以 上 | (9) | (5) | (3) | (3) | (3) |
| 6 月 以 上 | (9) | (11) | (2) | (8) | (6) |
| 6 月 未 満 | (1) | (0) | (0) | (1) | (1) |
| うち執行猶予 | (10) | (14) | (3) | (9) | (6) |
| 強盗予備(237条) | 46(0.05%) | 45(0.05%) | 25(0.03%) | 20(0.025%) | 28(0.04%) |
| 2 年 | (1) | (2) | (3) | (2) | (0) |
| 1 年 以 上 | (23) | (14) | (4) | (6) | (11) |
| 6 月 以 上 | (21) | (28) | (15) | (10) | (15) |
| 6 月 未 満 | (1) | (1) | (3) | (2) | (2) |
| うち執行猶予 | (29) | (32) | (15) | (15) | (17) |
| 兇器準備集合(208条の2, 1項) | 22(0.025%) | 73(0.08%) | 75(0.09%) | 79(0.1%) | 144(0.2%) |
| 5 年 以 下 | (0) | (1) | (0) | (0) | (1) |
| 3 年 | (0) | (0) | (0) | (0) | (0) |
| 2 年 以 上 | (0) | (1) | (0) | (1) | (1) |
| 1 年 以 上 | (2) | (18) | (8) | (13) | (17) |
| 6 月 以 上 | (16) | (35) | (45) | (46) | (82) |
| 6 月 未 満 | (4) | (14) | (17) | (16) | (35) |
| うち執行猶予 | (11) | (41) | (47) | (7) | (81) |
| 兇器準備結集(208条の2, 2項) | 6(0.007%) | 5(0.006%) | 8(0.01%) | 15(0.02%) | 8(0.01%) |
| 2 年 以 上 | (0) | (3) | (0) | (3) | (1) |
| 1 年 以 上 | (1) | (0) | (3) | (4) | (6) |
| 6 月 以 上 | (5) | (2) | (5) | (6) | (1) |
| 6 月 未 満 | (0) | (0) | (0) | (2) | (0) |
| うち執行猶予 | (2) | (0) | (3) | (0) | (1) |

## 二

1　予備罪をめぐる諸問題、とくに具体的な問題の解決は、結局予備行為概念およびその基本的性格の理解如何に微妙にかかっている。[1] わが現行法上は、予備罪に関する一般的規定をもたず、また、外国の立法例を見ても、予備を定義づける例は少ない。[2] また、明文規定のない場合はもとより、たとえその明文規定はあったとしても、予備行為の無定型、無限定な——少なくとも未遂以後の段階にくらべてルーズな定型性をもつにとどまる——性質上、[3] 疑義がなくなるわけのものでもない。

近代刑法が「実行の開始」(commencement d'exécution, Anfang der Ausführung) によって（可罰的な）未遂以後の犯罪行為と、それ以前の、原則的には不可罰的な予備・陰謀とに分けることにして（一八一〇年のフランス刑法以来の原則）以来、予備行為の概念は、結局、刑法上意味のある未遂（国により、時代によってその扱いを異にはするが）と、法的に何らの意味をもたない（例外的にも可罰性を帯びることのない）予備・陰謀以前の段階と、[4] 両側からの制約によって定義づけが試みられることになろう。しかし、一方ではヘルムート・マイヤーのように、[5] 予備と未遂とは単に段階上の区別にすぎず、したがってこの区別においては厳密な概念決定はできないとする見解も二、三に止まらず、[6] また概念規定をするにしても、学者によってその内容が多岐に分れることは、すでに斎藤助教授によって論証ずみであって、もはや加えるべきものとてないであろう。[7]

一口に予備といっても、およそ、一般的、不特定犯罪の予備というものがありえないことは、いうまでもない。それは、あたかも、およそ何らかの、不特定犯罪の未遂または既遂というものがありえないのと同様である。その意味では、予備行為の実質概念は、各個の構成要件との関係で具体的・個別的に考察されなければならず、結局は各構成要件の解釈の問題に帰するといえよう。ドイツの実務、学説の中に、[8] 予備と未遂との区別を事実問題とし、量的区別だとするものがあるのも、

正田判事が予備と未遂の区別を「単なる事実問題」だとされるのも、右の限度で、一応理由のあることといえよう。[9] 又そう考えれば、予備行為の概念規定が一般的には試みられていないのも理解できるし、また、これを定義づける場合にも、不充分の印象を払拭できないのも、右にみた予備罪の本性からいつて、やむをえないものといえよう。

(1) 同旨、正田・予備犯について、三〇頁、同・間接共犯と予備罪、二六頁及び香川・前掲書、一五四頁。

(2) その数少ない立法例の一が前記ソ連刑法であるが、その他一八八六年のポルトガル刑法一四条一項が「予備行為 (actos preparatórios) とは、犯罪の実行を容易にし、又は準備する外部的行為であつて、いまだ実行の着手にいたらないものをいう」(Basedau; Das Portugiesische Strafgesetzbuch, Sammulung ausserdeutscher Strafgesetzbucher, Nr. 79, 1962, S. 19) と規定し、かつ、ソ連と異なつて、その二項において、予備行為の原則的不可罰を規定しているのが注目される。

(3) 前記名古屋高裁判決は、予備罪の従犯不処罰の理由の一として予備行為の無定型無限定性をあげており、同旨の学説が多い(正田・斎藤・吉川等。学説の詳細については斎藤・覚書(三)、七七頁以下参照)が、必ずしも無定型無限定ではないとされる見解(井上・前掲判例評論一頁以下、前田・前掲論稿(二)、六九頁以下)、もある。しかし、ここに無定型無限定といつても、全く定型性がない、何一つ限定されない、という意味なのだろうか、前記判決では必ずしも明らかではないが、同旨とする学説は少なくとも何らかの限定の契機を認めている。又反対説の側についてみても、井上博士が「一概に予備行為を無限定無定型といい捨てることはできない」、「ある限度において一応定型性を考えうる云々」といわれながら、他方「予備とその幇助とを区別するためには、主観的に区別するほかない(この限りでは予備行為の定型性は十分でないことは認めざるをえない)」(前掲判例評論三頁) ともいわれるのであるから、少なくとも予備の定型性のルーズな点まで否定する趣旨でないことは明らかである。してみると前述二つの立場は相対的な有無、単にアクセントの相違があるにすぎず、その意味で、斎藤助教授がこの両見解をかならずしも背馳するものとはいいえないとしていることに賛成である。(斎藤・覚書(三)、八一頁)。

(4) „Cogitationis poenam nemo patitur" (何人も考えることによつては罰せられない) というローマ法以来の法格言は、今日でもなお一般に承認、支持されている。

(5) H. Mayer; Strafrecht, Allg. T. 1953, S 283

(6) ドイツの判例は、未遂か予備かは、本質的には事実評価の問題だとしており(例えば、ライヒ裁判所刑事判例集五三巻二一七頁)、ボッケルマンも、未遂と予備との区別は、法律問題ではなくて事実問題に関するもの、ないしは、実際には事実認定の問題というよりは量刑の問題であるとし、かつ、これを量的区別であるとする (Bockelmann; Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, Strafrechtliche Untersuchungen. 1957, S. 137) 又、スティーフンも、個々の事件の具体的な事情から離れて実行の開始の時点を決定することはできないとしている

(Stephen: A digest of the criminal law, Art 67, sec. 2) のをヘルムート・マイヤーは引用している (H. Mayer; a. a. O. S. 289, Anm. 28)。しかし、私は、後述のように、一般的には、単なる量的差にとどまらないと考える。

(7) 学説の詳細については、とくに斎藤・覚書（二）参照。斎藤助教授の諸論稿は、一般に、学説の詳細について驚異に値する努力によつて追及しておられる。本稿もこれら斎藤助教授の労作に負うところが多いので、論述の必要上欠くべからざるものを除いては、なるべく重複を避けることにした。

(8) 前注（6）参照。

(9) 正田・自己予備と他人予備（一）、二頁。筆者は、正田判事のこの論文に、少なくとも全面的には賛成するものではないが、本文引用の限度においては、支持できるものと解する。

2　予備行為概念の中に、いわゆる他人予備行為[1](Fremdvorbereitungshandlung)ないし不真正予備行為(unechte Vorbereitungshandlung)も包摂せられうるかどうかの問題が学説上争われている。しかし、これも前述の原則に従つて、実定法上の個々の構成要件を手がかりとして、その個別具体的な解釈によつて、その可否を検討しなければならない。

フランチウスは、「予備は、犯行計画の展開、本来的犯行のための手段の調達および整備、要するに、犯罪実行のための諸条件を作出することを対象とする」と定義づけた上で、最広義の予備概念は、自己予備（Eigenvorbereitung＝狭義の予備。行為者自身が犯そうとする犯罪のための基礎を設定すること）の他に、他人予備（行為者の意思が、他人の犯罪行為の所犯へ向けられている場合で、効果のない要請（煽動）(erfolglose Aufforderung) と効果のない幇助 (erfolglose Beihilfe) という二つの形態であらわれる）、混成（混合）予備 (gemischte Vorbereitung, 行為者が一人又は多数の他人と共同して犯罪を犯そうとした場合であつて、陰謀、英米法にいわゆるコンスピラシイ、諸国（イタリー、ポーランド、フランス等）に見られる一定の犯罪行為を目的とする協定、結合、集合等がここに含まれる）の三つを含むものとしている。[2] これらのうち、自己予備については問題なく、又、最後の混成（混合）予備についても、陰謀を予備にほかならないと考え、または陰謀についても概念の相対性を認める立場[3]にたち、かつ、共謀共同正犯を認める限り、陰謀を予備概念に包含することにさして抵抗はないであろう。問題が残るのは結局他人予備で、それ故にこそ学説の論争もさかんで

ある。

周知の通り、実行の着手に関しては、客観説、主観説の対立がある。客観説は、「基本的構成要件に該当する行為の少くとも一部分が行われたこと」[4]、または犯罪構成要件に属する行為およびこれに直接密接する行為を行なうこと[5]、又は最初の法益侵害行為が行なわれたことが実行の着手だとするのに対して[6]、主観説は「犯意の成立が其の遂行的行為に因りて確定的に認めらるるとき」[7]、「行為者の犯罪的意思が、二義を許さず、取消が不可能なやうな確実性を示す行為のあつた場合」[8]、「犯意の飛躍的表動」のあるとき[9]に実行の着手があると説く。この問題自体については、私は主観・客観の両面について綜合的に判断すべきものと解するが[10]、ここで注目したいのは、実行の着手にいたらない予備における、行為者の主観面は、（主観説の表現をかりるならば）、いまだ犯意の成立は確定的には認められず、行為者の犯罪的意思は未だ一義的なものとはいえず、従つて取消し可能な程度に不確実なものであるということである。従つて、この段階においては、青柳博士も指摘されるように[11]、自ら実行するのか、他人に実行させるのか、未だ判然としないうちに準備行為をしておくということも充分考えられる。しかし、この場合は、「自ら犯罪を実行する目的」を緩やかに解するならば[12]、狭義の予備にあたる、というのも困難ではない。問題は、もつぱら、単に、他人の犯罪の実行のための準備をしてやるという意思で、自ら犯罪を実行しようなどという意思は毛頭認められない場合にも、その客観的行為の意義からみて、予備（犯正）といえるか、ということである。等しく共犯形態といつても、教唆犯の場合は、実行正犯たるべき者の行為とすでに予備の段階でも、外形的－客観的な区別が可能であるが、幇助犯の場合、しかも単独で犯される場合には果して実行正犯たるべき者の準備行為（予備）なのか、それとも幇助としての準備行為にすぎないのか、外形からだけでは区別できない。実行着手後の段階では正犯は構成要件的行為＝実行々為を行なうのに対して幇助犯は実行々為以外の行為によつて正犯の実行を容易にするに止まる点で外部的－客観的行為自体によつて明らかに区別されるのときわめて対照的であるといつてよいであろう。従つて「正犯と幇助犯を区別するばあいと

違い、予備罪とその幇助とを区別するためには、主観的に区別するほかない」[13]といわなければならないことになる。原則として不可罰である予備が可罰的として宣言されるのは、いうまでもなく、重大な法益侵害の脅威を排除して、法益侵害の結果の発生を防止しようとするための例外的場合である。そして予備行為は、犯罪実行の目的ときりはなしてみれば、多くは刑法上無意味な――適法――行為である（例えば殺人の予備としての登山用ナイフの購入等）。そこで、植松教授が「予備の実質的内容をなす準備行為は、みずから実行を予定する者にとつてのみ刑法上の予備なのであつて、他の者にとつては予備ではなく、実行の幇助か予備の幇助かのいずれかであり、一般論として、前者は可罰、後者は不罰と解すべきである。[14]とされるのは、後段の「前者は可罰、後者は不罰と解すべきである」という部分はなお検討を要するとしても、前段の部分は一般的原則論としてまさしく正当である。しかし、それは予備行為の一般的原則論としてであつて、予備に関するある構成要件が、右の正犯予定者の行なう準備行為（いわゆる自己予備行為）のみを規定するのか、それとも正犯に対する共同加功的形態（いわゆる他人予備）のものをも、直接、可罰的のものとして、併せ規定しているかについては、個々の条文の解釈によるべきであつて、右とはまたおのずから別論というべきではあるまいか。現行法上この観点からとくに問題視されているのは一五三条と七九条である。そこで、ここではさしあたつてこの二か条を概観することにしよう。

(イ) まず一五三条についてであるが、これが、予備という語を用いてはいなくても通貨偽・変造の特定の予備に関する規定であることに疑問はない。この規定が他人の用に供する準備行為をも含むとする結論に判例ならびに大多数の学説は一致する。[15]ただ、斎藤助教授[16]ならびに植松教授[17]は一五三条も一般の予備罪同様、予備である以上、自己予備のみを意味し、他人の用に供する準備行為を含まないと解すべきだとされる。この点について、私見は、本来予備行為は自己の犯罪実行のための準備行為にはちがいないが、通貨偽造罪においては、他の予備罪とは異なつて、器械又は原料の準備が、通貨偽造罪の実行のため欠くことのできない必須の事前行為である点で他の予備行為の無限定、無定型な性質とは格段の差があり、しかも

ここにあげられた行為は物的準備として確認容易であるばかりではなく、その準備は何人の手によるも正犯の実行に資する点でほぼ同価値である。さらには、通貨偽造のような行為は単独では行なわれ難いこと、また本罪の流通過程に喚起する混乱等を併せ考えるならば、実行正犯たるべき者の予備行為と併せて幇助的形態の行為をも処罰の対象としたものと解するのが妥当ではないか、と考える。[18] かくて前記三説の中、結局、青柳・井上・団藤諸教授と結論を同一にし、原則的、前提的な考え方は同一でありながら、通貨偽造準備罪に関するかぎり、植松教授らと、結論的に袂をわかつことになる。

(ロ) 次に七九条については学説はいつそう多岐に分れ、錯綜している。これは、内乱罪が多衆犯[19]であること、[20] および同条が内容的には内乱罪、内乱未遂罪および内乱予備・陰謀罪に対する一定の形態の幇助を併せて同一に処罰するという例外、独立の規定であるところに胚胎しているのではあるまいか。従つて、斎藤助教授のように「わが現行刑法典は、第七九条を置いて、明らかに、少くとも、第七八条の内乱予備罪においては、他人のための準備行為は、これに包摂せられないことを示している。そこで、現行刑法典における「予備」なる文言を、統一的に解釈して、現行法における「予備」とは、他人のための準備行為を包含しない趣旨だ、と理解することも、充分に可能なことだ」[21] とする解釈にはにわかに賛成することができない。多衆犯の本質から考えると、単独犯を前提として設けられた総則の共犯規定をここに適用するのは妥当ではない、[22] という考えもかなり一般的であり、この見地よりすれば、内乱幇助罪の規定のあることが一般的に予備の従犯（他人予備）を否定する根拠とはなしえないのではないか、と考えられるからである。

右の他、一般の予備罪[23]における予備行為は正犯としての実行を予定している者の準備行為と解してよいであろう。しかし、このような予備も、現実には共同して（共同正犯又は、教唆的もしくは幇助的な形態で）[24] なしうることはいうまでもない。問題はただそれが刑法上ある予備罪の共犯としての可罰性があるかどうかである（この点についてはいわゆる予備の従犯の問題として、最近の予備罪論争の焦点であり、私見はいずれ別稿で展開するつもりである）。そしてドイツ刑法四九条a、スイス刑法二四条

二項、オーストリー刑法九条、ポーランド刑法二九条、チェコスロヴァキア刑法七条四項、又は英米刑法におけるSolicitationのような共犯の未遂に関する一般的な規定をもたないわが現行刑法典については、右の意味で個々の予備罪についてその共犯の成否を問えばよいのであつて、極端に云えばそもそも自己予備と他人予備という、対立概念を認めなければならない必要はないのではなかろうか。

（1）自己予備行為と他人予備行為とをめぐる学説の詳細については斎藤・覚書（三）九七頁以下、同・殺人予備罪の共同正犯の成否、一〇七頁以下、同・刑法第一五三条についての一問題、正田・自己予備と他人予備、等を参照されたい。

（2）Frantius; Versuch und Vorbereitungshandlungen, Materialien zum Strafrechtsreform, 2. Bd. Rechtsvergleichende Arbeiten, I. Allg. T 1954, S. 320

（3）西村・前掲予備罪・陰謀罪をめぐる諸問題、とくに一九頁以下。

（4）団藤重光・刑法綱要総論、昭和三二年、二六四頁、同旨・小野・新訂刑法講義、総論、昭和二三年、一八二頁、同・刑法概論、昭和二七年、一五七～一五八頁、同・犯罪構成要件の理論、二六四－二六五頁、大場茂馬・刑法総論下巻、大正六年、七八四頁、滝川幸辰・犯罪論序説、改訂版昭和二二年、一八二頁、宮崎澄夫・刑法総論、昭和二五年、一三一～一三二頁、Liszt-Schmidt; Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd. 26. Aufl. 1932, S. 182, 298, 305（リスト＝シュミットは客観説として引用されるのが常であるが、実行行為をもつて「個々的に法律によつて刑を科せられた行為に相応する意思活動」であるとし、その開始を実行の着手とするが、未遂が成立するためには、行為者が、主観的に、全構成要件を実現しようと決心し、かつ、客観的に、構成要件に該る行為をした時に未遂となる、と云つているので、主観面をも重視している点が指摘されるべきであろう）。その他、ヒッペル、シュワルツ、H・マイヤー等をここにあげることができる。

（5）岡田（庄）・刑法原論総論、二〇版、昭和二年。三二三頁、島田武夫・刑法概論総論訂正五版、昭和一〇年、一三八頁、佐瀬昌三・刑法大意第一分冊、昭和一二年、二〇六頁、植田重正・改訂刑法要説総論、昭和二七年、一九〇頁等。又フランクも「構成要件的行為と必然的に関連するがゆえに、自然的見解にとつてその構成要件的行為の一部と見られる行為はすべて実行の開始である」（フランクの公式）とするFrank; Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl 1931, S. 87 のも結局は同一に帰する。この他コールラウシュ＝ランゲ前掲書一四四頁は、フランクの公式をそのまま引用している。

（6）M. E. Mayer; Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts, 2 Aufl. 1923, S. 353. はほぼ同旨のものとしてMezger-Blei; a. a. O. S. 210, Sauer. Allgemeine Strafrechtslehre, 3 Aufl 1955. S 98

(7) 牧野・日本刑法上巻、二五四頁。

(8) 木村亀二・新刑法読本（全訂版）、昭和三〇年、二五一頁。但し、木村博士は、刑法総論（法律学全集、昭和三四年）では、シェンケ＝シュレーダー（Schönke-Schroder; a. a. O. S. 243）によつて、主観的客観説（もつとも、シェンケ＝シュレーダーはこの立場を、いわゆる主観説・客観説に対して正しくは、客観的および主観的見地を綜合すべきであるとするのみで、主観的客観説と命名しているわけでない。又、ウェルツェルは同様な見解に個別的客観説〈individuell-objektive Theorie〉と名づけている〈Welzel; Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 9. Aufl 1965, S. 172〉）を、行為者の全体的企図（Gesamtplan）を基礎として当該構成要件の保護客体に対して直接危殆化に至るところの行為の中に犯罪的意図が明確に表現せられた時に実行の着手があると解するもの（なお、ドイツでこの立場をとるものとしてはシェンケ＝シュレーダー、ウェルツェルのほかに Jagusch; LK 8. Aufl. S. 213, Baumann; a. a. O. S. 461 があげられる）とし、これは「未遂の本質的要素たる危険概念を加味したものとして　妥当である」（木村・刑法総論、三四五頁）としておられる。

(9) 宮本英脩・刑法学粋、昭和六年、三六七頁、同・刑法大綱、昭和一〇年、一七八～九頁。

(10) 日沖教授も、フランクの公式を承認しながら、その構成要件との必然的関連について、行為者の企図を顧慮すべきであるとするヤーグシュ（Jagusch; LK. 8. Aufl. S. 213）に賛成し、「客観説は主観説に結びつくのを妥当とするであろう」としておられる（日沖憲郎・実行の着手、ジュリスト、法学教室 No. 1 一九六〇年、一一七頁）。

(11) 青柳文雄・刑法通論Ⅰ総論、昭和四〇年、三三一頁。

(12) 斎藤・覚書(二)、九一頁以下。ここでは通説の、予備の故意を未遂以後の故意同様、基本的構成要件に該当する事実の認識と解する立場ではいわゆる未必の故意として、予備における基本犯の認識が確定的なものでなくともよい、とするのは当然だが、斎藤助教授のように、予備罪を目的犯とし、予備に固有の故意を認める立場でも、いわゆる「短縮された二行為犯」（die verkümmert zweiaktige Delikte, Vgl. Mezger-Blei: a. a. O. S. 86）である予備罪における目的は、未必的認識をもつて足りるとしておられる。

(13) 井上・前掲判例評論、三頁。これに反して、正田判事は、予備罪を独立の目的犯と解し、基本犯に対する目的従属性をその本質的特徴と見、そこから、予備罪には正犯におけるような実行の概念はなく、また予備罪に共犯理論の適用もなく、予備の教唆、幇助、共同正犯とみられる行為はすべて予備そのものに外ならない、とする。従つて、正犯実行の目的か、正犯へ共同加功の目的かの主観的な差異は全く問題視されないから、そもそも自己予備と他人予備との概念区別をすることが方法として誤りだとされる。正田・間接共犯と予備罪二六頁以下、同・自己予備と他人予備(一)、二頁および(二)、二頁参照。私見とはその前提を異にするが、結論は同一に帰する。

(14) 植松・前掲従犯、二四四頁。

(15) しかしこの立場は更に二つに分れる。多数説はいわゆる他人予備行為を含むものと解するのであつて、例えば柏木教授は「偽造・変造の用に供する意思を有する者がいることは必要であるが、それが誰であるかは問わない（大判大五・二・二・二一録二二・一九二五参照。自分じしんでない場合には教唆的または幇助的予備行為ということになる。）」とされ

る。柏木・刑法各論(中)、昭和三五年、二三七頁。これに対して、団藤・青柳・井上諸教授は、通貨偽造罪の予備ないし幇助の一形態を独立の罪としたものとされる。

(16) 斎藤・刑法第一五三条についての一問題、同・覚書(三)、九七頁以下、同・殺人予備罪の共同正犯の成否、一〇七頁以下参照。

(17) 植松教授はかつて刑法学各論、昭和二七年、九六頁および再訂刑法概論II各論、昭和三六年、一二八頁において、一五三条の実質が予備罪であることはいうまでもない、としながら、「行為主体に制限はないから、みずから偽造・変造を行おうとする者でなく、たとえば、他人の実行を幇助するために準備することも本罪(通貨偽造準備罪、筆者注。)となる」としておられる。表現はかなり微妙で、果してここでいわゆる他人予備を一般に認めたものか、通貨準備罪についてのみ他人予備を認めた趣旨か、これだけではかならずしも判然としないが、前掲「従犯——特に予備の従犯について」(刑法基本問題37講、二四四頁)では「この犯罪(通貨偽造準備罪、筆者注。)はみずから通貨偽造を実行する意志のある者でなくても犯すことができるとの解釈が、あたかも全く疑いのないもののように普及しているが、もしその解釈が正しいならば他人の殺人実行のための予備をする者も殺人予備罪の罪責を免れないことになるであろう。このような考えは、この種のものを処罰したいという気分には合致するが、わたくしは組しない。」といっているので、少なくとも後者の場合は他人予備を認めない趣旨があきらかである。

(18) もつとも、斎藤助教授の刑法第一五三条についての一問題における詳細な論証によれば、このようなことは本条の立法に際して実際に考慮されたわけではないようである。しかし法の趣旨、および解釈は、芸術作品がその作者の意思からは独立した作品価値をもちうるのと同様、立法者の意思にあまり拘泥することなく、法秩序全体の中で正当な法の精神を探究すべきであろう。その意味では、立法理由、法成立史は、法解釈にとつて一つの指針を与え、法規の内容を明確化するのに大いに役立ちはするが、本質的な合理性を犠牲にしてまで立法者の主観的意思に捉われ、これを金科玉条とすることは、危険でもあり、また、言語学的解釈とは異なる法解釈の特質にも悖ることになろう。

(19) 「多衆犯」という語は、団藤教授の用法(綱要総論、三三三頁他)に従つた。同一義の語として柏木教授は「衆合犯」(各論(上)、一九頁他)を、西村教授は「輻合犯」(必要的共犯とは何か、法経学会雑誌、一九六四年、一四巻三号、同・予備罪の従犯をめぐつて、二九頁等)を、又その他一般的には「集合犯」という語を用いている。

(20) 多衆犯のような必要的共犯の場合にも総則の共犯規定が適用されるかどうかの問題がある(消極説としては、例えば、小野・新訂刑法講義各論、昭和二八年、一三頁、六九頁、団藤・綱要総論三三四～三三五頁、同・刑法綱要各論、昭和三九年、一八頁、一五七頁、同・注釈刑法(3)、一二～一三頁、江家義男・増補刑法各論、昭和三八年、九頁、西村・予備罪の従犯をめぐつて、三〇頁、平場安治・判例体系刑法各論、昭和二年、五頁等。積極説として、柏木・刑法各論(上)、昭和三五年、二〇頁、牧野・刑法各論上、昭和二九年、八二頁、泉二・日本刑法論各論、四二版、昭和六年、三四頁、宮本・刑法大綱四二六頁、木村・刑法各論(復刊版)、昭和三二年、一八五頁等。

(21) 斎藤・殺人予備罪の共同正犯の成否、一〇九頁。

(22) 団藤・注釈刑法(3)、一三頁。

(23) 九三条の私戦予備罪については、これを予備罪から除外するもののあることおよび私見については前述（四～五頁、注(5)(6)）した。

(24) 陰謀もまた予備の一種かどうかは争いのあるところであるが、陰謀もまた予備の一種であると解する場合（例えば柏木・各論（上）、五六頁）はもとよりたとえ陰謀を予備から区別する見地に立つ（例えば斎藤・予備罪と陰謀罪の区別、一二二頁以下）としても、予備を物的予備に限定しない限り、陰謀を予備と一緒に処罰する規定を除く一般予備罪においては、実質陰謀にあたる行為が予備と目される可能性がある。そのいみでも、又、共同正犯は要するに正犯だとの見地からも、共同の予備行為は容易に肯定されうる。従つて問題として残るのは教唆的、幇助的共犯形態だけ、ということになる。

**3** 次に、予備行為は物的準備行為に限定されるか、[1] という問題がある。通説が、予備行為を必ずしも物的準備に限定しないことは、すでに斎藤助教授の詳細な論証によつて明らかである。予備行為を物的準備行為に限定することは捜査手続の段階における人権保障[2]の面からも、証拠法上の立証容易という点からも目的合理的とはいえよう。しかし、例えば、同じく殺人の目的で待ち伏せをするのでも、道具をもつていれば物的準備行為となり、殺人予備として処罰可能、これに反してもし道具を携帯していないときは、たとえ柔・剣道、レスリング等で腕力等すぐれた者が待ち伏せをしていたときにも、物的準備があつたとはいえないから、予備とはいえない、と果していい切れるであろうか。同様にしてピストル等の兇器の購入と、いわゆる「殺し屋」の雇い入れとの間に、果してどれだけ実行行為への直結性、行為の危険性、立証の難易の相違が認められるであろうか。[3] 一九六〇年のロシヤ共和国刑法一五条一項が、予備行為として犯罪用具の探求・用意という物的準備行為の他に犯罪手段の探求、その他、犯罪実行のための諸条件の故意の作出という物的準備以外のものをも包含しうる行為をあげているのも右の意味で理解できる。犯罪実行のための準備といつても、それが心理的事実にとどまるかぎり、刑法上、行為ですらありえないから、予備行為といえるためには、外部的=有形的な行為を必要とするのは当然であり、かつ、それで充分なのではなかろうか。[4] ただそれがいかなる程度、種類において可罰的予備となり、また未遂に至らない予備にとどまるかは個別具体的な判断をまつ[5]のであつて、前述の、予備と未遂の区別が事実問題と解されるゆえんでもあろう。従つてこ

こでは物的準備と人的準備という対立概念をたて、前者を可罰的、後者を不可罰的と区別するのは、方法論として正当とはいえないのではなかろうか。私見は、結局、予備行為を物的予備に限定しない点で、[6] 結論において多数説と一致する。[7]

（1）予備行為を物的準備行為に限定する立場は、わが国では、例えば、青柳・刑法通論Ⅰ総論、三三一頁、同・刑法通論Ⅱ各論、昭和三八年、一七頁注(1)団藤・綱要各論、一八頁。なお、斎藤助教授はここに植松教授の旧説（刑法総論、一九四頁以下）を引用しておられる（斎藤・覚書(三)九四、五頁）が、すでに改説しておられる以上、たとえ引用に際して、植松教授がすでに改説しておられる旨明示されているとしても、物的準備に限る立場として引用されるのは、植松教授にとつて、本意ではなかろうと思われる。

（2）青柳・前掲各論、一七頁。

（3）しかし、このようないわゆる人的予備が予備として認められるためには、よほど明確に把握しうる程度に至ることが必要であろう。西村教授も「少なくとも物的準備に相当するほどに、相手の人間を掌握していることが必要であろう」（西村・予備と教唆と、五二頁）と限定しておられる。

（4）この観点から小暮助教授が外患予備罪に関して「外患誘致の意図に出た有形的な（傍点筆者）準備が予備である」と定義づけておられるのが注目される（もっとも同助教授は、私戦予備罪の項では、予備は「物的準備行為」であるとされるから、有形的準備＝物的準備と同一義に解しておられるようである。）・小暮得雄・注釈刑法(3)、二九頁及び三七頁。

（5）もつとも、小野博士は予備行為と実行行為とは前法律的に、国民的道義観念として、直観的に（傍点筆者）区別されるものとしておられる。小野・犯罪構成要件の理論、九〇頁。

（6）もつとも一五三条については、構成要件上行為が限定されているので別論であること、いうまでもない。

（7）このように予備行為を物的予備に限定しない立場でも、具体的にどのような行為を予備として観念するかについては説くところが分れる。ヤーグシュは、判例を引用しながら、典型的な予備行為として手段、道具および原動力の調達と製造、それらの整備と準備、共犯者の勧誘、効果のない教唆、被教唆者ないしは間接正犯の場合は御しやすい道具となる者の獲得、陰謀の樹立、共同の実行意思の完成、犯行機会の単なる探索、犯行場所へ道具をとどけること、犯行場所へ赴くこと、行為客体への接近、犯罪行為の発覚を防止するための予防手段（アリバイ工作）、犯罪利益を確保するための準備（隠匿場所の入手）等をあげている。しかしこれらの中、教唆の未遂が予備といえるかについてはドイツでも争いのあるところであることは前述した。また最後の二者は、直接、実行行為のための準備とはいえず、判例の引用もない。それらの点でなお疑問が残るように思われる。Jagusch. LK 1. Bd. 1957, S. 218 その他の諸説については斎藤・覚書(三)、八六頁以下参照。

## 三

**1** 予備罪をめぐる具体的問題、すなわち、いわゆる予備行為の中止、予備の従犯、罪数等の諸問題の帰趨は、予備罪の基本的性格の理解如何にかかること、すでに指摘した通りである。(1)

この点について学説は一般に、(1)構成要件修正形式説、(2)独立罪説、(3)構成要件の修正形式（ないし本来の構成要件の拡張 die eigentliche Tatbestandsausdehnung）の場合と独立罪の場合とに分ける両分説（二元主義）の三説があげられる。(2)

予備罪の基本的性格をいかに解するかは、実は、構成要件論の再検討から、未遂論、共犯論、罪数論にまたがる広汎なものであり、時間的にも、また紙幅の点でも、詳論の余猶がないので、本稿ではさしあたつての私見の概要を略述するにとどめたいと思う。

(1) 本稿二のI注（1）参照。

(2) 第一説は平野教授によつて代表される。平野・前掲中止犯、四一九頁。第二説は正田判事・前掲諸論稿によつて代表される。他に補充的独立罪と解するものに泉二・前掲総論、五四八頁以下。ドイツでは M. E. Mayer; a. a. O. S. 349 Anm 17° 又第三説はわが国では香川教授によつて代表される。香川・前掲書、一五二頁以下。斎藤助教授もこの立場に好意的であるが、予備罪を一般的に目的犯と解することとどのように調和するのか、覚書（四）（未発表）に予備罪の法的性格を詳論されるという予定を示される（斎藤・覚書（三）六五頁注（12））だけで現在のところ不明である。ドイツのコエスター、マウラッハもここに分類されるが、マウラッハは、可罰的予備として、(1)本来の構成要件（＝基本犯、筆者注）の拡張としての予備、(2)特別罪（＝独立罪）の創設としての予備、(3)予じめ行なわれた共犯としての共同の犯罪予備（ドイツ刑法四九条a二項に規定されている、重罪犯行の協定、重罪を犯すべき他人の申出の受理、自ら重罪犯行の用意のある旨の表示、の諸場合をさす、筆者注。）の三グループをあげて、かつ、独立罪としての予備の場合も、その実質から見て、その未遂は考えられないとしている（Maurach: a. a. O. S. 416f.）から、両分説というのは、少なくとも正確ではないと思われる。

**2** さて、わが国では小野博士の構成要件充足の理論が、すでに刑法学における共通の文化財的地位を認められているとい

ても過言ではないであろう。そしてこの構成要件論においては、未遂と共犯とは基本的構成要件の修正形式と考えられているが、また、未遂の一歩前の段階である予備も「未遂と異り、構成要件の一部ではなく、その外にあるものであ」り、又、「確かに各則に規定されているが、理論的には一定の構成要件の発展段階であつて、やはり構成要件の修正形式と考えなければならない」[1]とされる。なるほど基本的構成要件に対して、その未遂・予備は一つの犯罪行為の発展的階梯であつて、既遂に対して未遂が修正形式ならば、今一歩前の予備も同じ意味で修正形式だとすることは一見首尾一貫して論理的破綻は見られないように思われる。しかし、果してその推論は正当であろうか。これは本来、行為の発展過程に対する実質的な洞察にあわせて、犯罪構成要件論そのもの、ないしは「構成要件の修正形式」というものの反省から出発すべきことではないだろうか。

いうまでもなく、構成要件の理論における構成要件とは、刑法各本条に規定された特別構成要件であり、構成要件の修正形式とは提唱者である小野博士によれば「或る刑罰法規における構成要件をそのまま充足するに至らないが、しかしそれと同じ類型に属する或る行為について、さらにそれを可罰的なものとして規定する場合」をいい、[2]立法上このような修正形式は各則的に特種な犯罪として規定する場合と総則に一般的にすべての特別構成要件に対する修正形式を規定する場合とがあり、後者が未遂犯と共犯である、とされる。そして、刑法各本条の独立の構成要件と修正形式との差異は、各本条の構成要件が単純に充足されるか、其の修正された形式において充足されるかの違いである、とされる。[3]小野博士の所論によつて明らかなことは、共犯と未遂が構成要件の修正形式である、ということで、予備については、各則に規定された修正形式とも、「特種の犯罪」としての独立罪とも解しうる余地があるように見える。[4]しかし、私は、構成要件の修正形式が、立法上、各則に規定されるか、総則に一般的に規定されるかということは、単に立法技術の問題で、規定の所を異にするにすぎないものではなく、無視することのできない性質上の差異をもたらすものではあるまいかと考える。

予備罪は、私戦予備罪（条九三）のように、私戦既遂罪ともいうべき基本犯のない、それ自体完全に独立の犯罪である場合はもとより、通貨偽造準備罪[5]（一五条）のように、一般にその独立罪的性格が指摘されるものも、放火・殺人・強盗の予備のように、純然たる予備罪の形で規定されたものでも、等しく形式上は「特別構成要件」の形で規定され、法定刑も個別的に規定されていて、修正の契機としての総則規定は存在しない。その意味では、予備罪の構成要件は、すでに一応自足的であつて、各本条の構成要件プラス修正形式（総則規定）という形で、総則と各則にまたがる、観念上一個の修正された特別構成要件を表象すべき未遂、共犯の場合とかなり異なるものがある。従つて、予備罪を形式的に見る限り、それは独立の犯罪（delictum sui generis）である、と解することも[6]決して不当とはいえないであろう。もともと構成要件の修正形式の理論によれば、各本条の独立の構成要件を修正することによつて成立する観念的形象もまた、まぎれもなく一個の「特別構成要件」なのであるから、[7]その実体において特別構成要件であるという点では、修正形式と基本的構成要件との間に何らの径庭もない。従つて、極端にいえば、両者の異なるのは、単にその客観的な規定の表現形式の差でしかないともいえる。そしてこのような推論が承認されるならば、一般の構成要件の修正形式（未遂・共犯）と予備とが、形式上、前述のような差異のある以上、予備は構成要件の修正形式と解すべきではなく、独立の犯罪と解すべきであるという結論をひき出すことは、十分に可能である。[8]

これに対して、予備を構成要件の修正形式と解する立場においては、実質的に考察した上で、未遂も予備も基本的構成要件に関係せしめられた概念であること、ともに犯罪の完了を目的としながら、その完了に至らない点で両者間になんらの差異もないこと、ただ実行の着手の有無、従つて基本的構成要件の内にある（未遂）か、その外にある（予備）か、の差異はさけられないが、構成要件の外にある点では教唆・幇助も予備と同様であるから、共犯を修正形式と理解するなら、予備をも同様に解して妨げない。又故意の点でも、予備に特有の故意があるわけではなく、既遂・未遂と同一であるから、主観・客観のいずれの側面からみても、予備は構成要件の修正形式である、[9]と主張する。しかし、このような見解については、予

備と未遂との関係が「本来量的なるものの質的なるものへの転換」であるという特質を把ええぬことになりはしないか、という疑問が残り、また故意について、既遂・未遂のそれと、予備のそれと同一だとするのもいかがであろうか。[10] 未遂以後の段階においては、行為者の主観的認識は、直接、構成要件該当の、又はこれに接着する事実の認識及び将来の事実（＝結果）についての予見であるが、[11] 実行の着手に至らない予備の段階では、基本的構成要件該当の事実の認識ないしは意欲（目的）、より正確には、構成要件に該当する事実の意欲的な予見――この場合の予見は、単に将来の結果の発生についての予見とは異なり、実行行為そのものの予見である――と併せて、[12] より直接的な現実的・具体的な認識としては、犯罪実行のための準備、例えば殺人、強盗の手段に用いる道具の購入そのものが主たる内容である。従ってよく引用される「未遂の故意は故意ではない」[13] というM・E・マイヤーの言葉は、未遂についてはまさしく妥当しえても、予備についても同じく妥当するとは云いきれないのである。ところが、「予備に固有の故意を認めるかぎりそれは予備罪を独立罪として把握するよりほかない」と香川教授はいう。[14] それは予備もまた基本的構成要件の修正形式とされるかぎり、その予備に必要な故意とは基本的構成要件に該当する事実の認識そのものを意味すること、未遂のそれと異ならないはずだから、とされる。[15] しかし、予備は構成要件の修正形式だから、故意は、予備、未遂、既遂を通じて同一のものと解さなければならない、という論理は、必ずしも論理必然の帰結ともいえないのではなかろうか。たとえ予備が構成要件の修正形式だとしても、そのことから、予備の故意を未遂、既遂と同一内容のものと解するのがコロラリーとはいえないことは、同じく構成要件の修正形式としての教唆・幇助の故意と比較するとき、容易にこれを理解することができよう。教唆・幇助の故意は、自ら犯罪を実行するの認識ではなく、被教唆者（正犯）に犯罪実行の決意を生じさせ、かつ、実行へといたらしめ、又は正犯の実行行為を援助する意思で足りるので、正犯の故意と同一ではないことは、定型説の立場では、とくにいうまでもないことである。従つて、構成要件の修正形式と正犯の故意とは直結していなければならないものではない。しかし、論者は、或いは、等しく構成要件の修正形式と

は云つても、予備と既遂（または未遂）との関係と、共犯と正犯との関係とはもともと路線がちがう[16]のであるから、共犯に妥当することが予備に妥当するとはかぎらない。予備に固有の故意を認めることは、予備、未遂、既遂が行為の一連の発展段階として関連する事実を阻止する結果となる、と反駁するであろうことが予期される。[17]予備もまた基本的構成要件の修正形式とされるかぎりという一見不充分な論理も、この趣旨からは一応の合理性が認められよう。しかし、一連の事実行為の時間的、量的発展が、法的評価において質的な差異に転換するという予備と未遂の関係[18]の実質的考察によれば、右の反駁・非難も該らないといわなければならないであろう。

基本犯の実行の着手の観念をぬきにしては、予備行為も考えられないから、つとに小野博士が指摘されるように、予備と未遂とはいずれも基本的構成要件の関係概念である点で同一である。しかしながら、だからといつて予備を未遂と同様、構成要件の修正形式と簡単にわりきることは困難で、小野博士の構成要件充足の理論を忠実に、徹底させるならば、前述のように、予備罪は結局構成要件の修正形式という枠をはみ出すことになるというべきではなかろうか。ただ、実質的には、予備行為が論理的に基本犯の実行行為を予定していることは否定できないから、その意味では、予備罪はなお実質上第二次的、補充的な犯罪構成要件である、といわなければならない。このことは、形式上完全独立的な予備罪についても、また、柏木教授のいわゆる引用形式（後述二六頁注(19)および三一頁(注5)）たる純予備罪についても等しく妥当する。そしてこれをしも構成要件の修正形式と呼ぶためには、少なくとも、従来の構成要件の修正形式の枠をこえた、いわば広義の修正形式についての概念的、体系的な再確認が必要[19]であつて、これをしないで、ただ漫然と実質的な修正形式だとすることには賛成できない。

ともあれ、構成要件の修正形式そのものに右のような疑問があるのであるから、もし、かりに、予備罪の基本的性格を構成要件の修正形式と解する、いわゆる修正形式説をとるにしても、少なくとも未遂、共犯という一般的な（ないしは狭義の）修正形式と、予備罪とでは、形式的にも内容的にも、かなり異質なものがある、との明確な認識を前提としなければならな

いと考える。

（1）平野・前掲論文、四一九頁。同旨、香川・前掲書、一六三頁以下、斎藤・予備罪の従犯（三）、六五頁注（12）等。予備罪を全面的に、又は部分的に構成要件の修正形式と認めるものは、同じように考える。

（2）小野・刑法概論一三一頁。なお新訂刑法講義総論、一七九頁も、表現にニュアンスはあるが、同旨と見られる。

（3）小野・犯罪構成要件の理論、二五五頁。

（4）もつとも小野博士は明らかに教唆・幇助、予備・陰謀は必ず或る特定の構成要件に関係してそれ自らの内容を限定するもので、「私はかようなものを構成要件の修正形式とよんでいる」（小野・前掲概論、七二頁）ともいう。しかし他方博士は「予備と未遂とは行為の時間的発展の上に於ける段階であり、其は本来量的なるものの質的なるものへの転換である」（刑法総則草案に於ける未遂犯及び不能犯、犯罪構成要件の理論所収、三一五頁）と。「特種の犯罪」ともいわれる（前掲講義総論、一七九頁、構成要件修正形式としての未遂犯及び共犯、犯罪構成要件の理論所収、二六三頁）ので、斎藤助教授は、小野博士は、予備を独立罪と解するものとしておられる。斎藤・予備罪の従犯（三）、六五頁、平野・香川両教授が修正形式説をとられるのは、予備が実質的な構成要件の修正形式である点を重視されたからである。

（5）一五三条と同様兇器準備集合罪（二〇八条の二）を実質予備罪と解するものがある（斎藤・覚書（一）、六九頁、正田・予備犯について、二一頁等）、しかしこの場合は殺人、放火等の目的をもつている場合に殺人予備、放火予備と考えられるだけで、すでに個人的法益侵害の予備と社会的法益侵害の予備とを包括する広範囲におよぶものであり、しかも全体的には社会的法益に対する罪としての性格が強いという複雑な性格をもつていること、さらには等しく予備的行為といつても殺人予備、放火予備等すでに他に予備処罰規定と競合的に考えられる場合と建造物損壊予備のような本罪において始めて独立の可罰的な予備行為となるものを併せ含んでいること等から、単純に実質予備罪とわり切れない面をもつているように思われる。そのことは他の予備罪の場合は、たとえ一五三条のように独立の形式をとる場合でも実行の着手以後においては通貨偽造・変造の未遂、既遂に吸収されて一五三条は成立することはないと考えられるのに対して、二〇八条のこの場合は目的達成（既遂）の場合でも既遂犯に吸収されることはなしに、本罪と目的とした罪（既遂又は未遂）とは、牽連犯ないしは併合罪となるものと解されている（牽連犯とするもの、小野＝中野＝植松＝伊達・新版刑法、ポケット註釈全書(1)、昭和四〇年、四三三頁〈ここでは本罪を目的たる加害行為に対する実質上の予備行為であるとしている〉。また、判例として兇器準備集合罪と殺人罪との牽連犯を認めたものに甲府地判昭和三八・三・二八、判例時報、昭和三八年、三三二号、三三頁以下がある。これに対して併合罪とするものに、河井信太郎・刑法、刑事訴訟法の一部改正・暴力関係立法について、法曹時報、昭和三三年、一〇巻五号、六四頁および同旨の判例、大阪地判昭和三六・二・四、判例時報、昭和三六年、二六三号、三三頁がある）。

（6）M. E. Mayer; a. a. O. S. 349 Anm 17.

（7）小野・犯罪構成要件の理論、二二〇頁および二五五頁。

(8) なお正田判事は、独自の立場から広義の予備犯（各種の予備罪・陰謀罪・教唆罪）の概念をたて、その中で、予備罪は、本来の正犯の実行を準備する目的犯だと解される。正田・予備犯について、二二頁以下、同・間接共犯と予備罪、二六頁。

(9) 香川・前掲書、一六二頁以下。

(10) 小野・刑法総則草案における未遂犯及び不能犯、三一五頁。なお、かつて滝川幸辰博士も観点は異なるが（法益侵害危険度という実質的観点から）「予備と着手との間には、法益危険の程度につき著るしい変化、謂ば質的差異（傍点筆者）がある。一般的にかかる質的差異があつたと考えられる時期が予備と着手との分界線である」としておられる。滝川・刑法総論、昭和四年、現代法学全集一〇巻所収、一五三頁。

(11) 滝川・刑法講義、昭和五年、一八五頁、柏木・前掲各論(上)五七頁、大塚・目的犯、現代法律学演習講座、刑法（総論）、昭和三九年（第一刷は昭和三〇年）、一一〇頁以下、木村・犯罪の目的とその証明、法律時報二四巻一一号、昭和二七年、一二頁、金沢・前掲書、三一〇頁等。木村博士、大塚教授は予備罪における「目的」とは故意に外ならないと解しておられる。

(12) 正田判事は、前注（8）に述べたように、予備犯をもつて本犯の実行を準備する顕著な目的犯だと解するが、その目的は、共犯の加担意思に見られるような具体的な正犯実行者との行為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おり、予備罪と正犯との間には、共犯対正犯の関係に見ることのできない断層があるとされる（前掲間接共犯と予備罪、二六頁）。これは、前述のように、予備と実行との差が単に量的な差異にとどまらないことを正当にも指摘したものであり、又判事の独得の「正犯意思論」、「予備犯論」の体系からは首尾一貫した主張として理解できなくはないが、それにしてもなお私は、予備と基本犯（正犯）との関係を目的従属性という特質でとらえるのはよいが、正犯意思を予備から完全に遮断して考えることに本質的な疑問をとどめるものである。この批判は、正田判事からは、目的と正犯意思（狭義の故意）との概念の混乱にもとづくとの再批判を受けることになろうし、理論的には中途半端のそしりを免れないとは重々承知しつつも、予備の故意は実行着手以後の段階における故意と全く同一ではないが、そうかといつて完全に独立のものでもなく、本文に述べたように密接不可分の関係にあるものと考える。

なお、予備罪を目的犯と解するのは右の正田判事の他、泉二博士（前掲総論、五四八頁以下。ただし、博士は、一般予備罪の他に純独立罪の予備（陰謀罪）として、七三・七五・一〇〇・一〇七条の諸条文、一二三条後段、一二五条をあげていることが注目される）、佐伯博士（「目的犯」法学論叢三、七巻二号、昭和一二年、三四五頁）、江家博士（刑法講義総則篇、昭和二八年、三〇〇頁）があり、最近斉藤助教授もその立場を明らかにされた（覚書(二)、八九頁）。また、吉川教授も予備をもつて「犯罪の実行を目的としてなされる準備行為」であり、その成否は「基本的構成要件の実行の目的という主観的違法要素の存否に左右され」る一種の目的犯である（刑法総論、一九六三年、二一〇頁＊＊＊、二四〇頁注）とされるので、予備を目的犯と解していると思われるが、他方、故意に関しては、「犯罪意思は、予備・未遂・既遂のすべてを通じて同一である」（前掲書、二一六頁）ともされる。従つて、吉川教授が、予備罪を「一種の目的犯」とするとき、予備罪を独立罪と解する趣旨か、それとも構成要件の修正形式と解するのかは、必ずしも明確にされているとはいえないので、暫らく疑問を留めておく。

(13) M. E. Mayer; a. a. O. S. 343

(14) 香川・前掲書、一六六頁、注（一八）。
(15) 香川・前掲書、一七六頁。
(16) 本稿一の注（13）参照。
(17) 香川・前掲書、一七六頁参照。
(18) ヤーグシュは、行為者が自己のプランに従つて、構成要件にてらして、直接構成要件の実現にかかる前に、事実故意（Tatvorsatz）をもつてなしたすべてが予備に止まる。これらのすべては、いまだ「実行の開始」とはならず、いまだ四三条（未遂規定、筆者注）の範囲外（又は前段階、〈Vorfeld〉）にあるが、犯罪行為の将来の実行を可能にし、促進し、又は容易にするはずのものである。従つて予備行為は未遂および既遂とは性質上区別され、例外を除き、それだけではいまだ違法ではない、とし、または「予備行為の多くはすでに行為者によつて意欲された因果の経過（Ursachenablauf）の一環――いまだ構成要件には該らないが――をなす。行為者（正犯）意思（Täterwille）が予備行為を構成要件の実現へと方向づけ、従つてすでに、結果に対する条件の意味で、間接的な寄与をなすのである」として予備の故意を正犯故意と同一視し、また、予備と未遂との区別は、個別的には事実問題にすぎない、としながら、予備と未遂以後との間の質的な差異を認めているのが注目される。Jagusch; LK 8. Aufl. S. 218f.
(19) 構成要件の修正形式についての新構想を示しておられるのは柏木教授である。教授は、「ある構成要件を一般的・抽象的な概念によつて修正したものが修正された構成要件であるとするならば、それは必ずしも総則の未遂・共犯に限られるわけではなく、内乱幇助罪（七）や各種の予備・陰謀罪（七八・八八・九三・一一三など）などもやはりそうである」とされ、これに対して従来の一般的修正形式としての未遂・共犯を狭義の修正形式と呼び、さらに修正された構成要件は別の角度からみれば引用形式の一種だとされる（柏木・各論（上）、一六頁以下）。後述のように私も予備罪の大部分のものが引用形式だということは認める（弁解のようであるが、これは偶然の一致であつた）が、引用形式には性格的に諸種のものが含まれているから、予備罪が引用形式の一種だと認めることが、ただちに予備罪独立罪説を否定することにもならないであろう。いずれにしてもこの点に関する教授の理論は、刑法各論の緒論として簡単に述べられているだけなので、詳細はわからず、誤解をおそれる。正確には教授の総論体系書にまちたい。

## 3

最後にいわゆる両分説（二元主義）であるが、予備罪の範囲を如何に解するかとも関係する。予備罪を広義に解するときは、実質予備罪としての独立罪（四頁注（5）（6）にふれたように、わが国において指摘されるものとして一〇〇条・一〇七条・一二三条後段、一二五条等があげられている）と本来の予備罪とでは、規定の形式上完全に区別されるので、構成要件の修正形式としての予備罪と、独立罪としての予備罪とに分類することは極めて合理的根拠があるように見える。実質上ある犯罪の予備と解せられる行為ということになるとこれまで学者の指摘したものの他に住居

侵入罪（一三〇条）は強・窃盗、殺人、放火、強姦の予備、印章偽造（一六四条以下）は有価証券偽造、文書偽造、詐欺、横領の予備、賭場開張、博徒結集罪（一八六条二項）は賭博（一八五条）、常習賭博（一八六条一項）の予備と解せられなくもない、というように、予備概念はむやみに拡大され、かえつて概念の混乱を来すおそれがある。もとより教唆の未遂（煽動）、幇助の未遂をも含めて、犯罪予防措置としての共通性をもつグループを基本的犯罪類型から分離して新たに犯罪体系を再編成することも可能であろうし、また立法に際してとくに有意義であろうと考えられる。その意味では刑法改正事業が進められている現段階においてはその必要性も認められよう。そして、賛否は別論としても、正田判事の「予備犯について」を始めとする予備罪研究の諸論稿は、まさにそうした画期的で野心的な提案[1]として高く評価されなければならず、また私共後学の者の謙虚に傾聴すべき理論である。[2]ただ、このような犯罪体系の新編成の実益については不敏にして未だ十分理解し得ないことを告白しなければならないうえに、直接本稿のテーマである予備罪を、最広義に解することはいたずらに混乱を招くのみと考えられ、さしあたつては一般に予備罪と解されているものの概念と性質を明らかにすべきであると考えたので、狭義の予備罪（正田判事のいわゆる各種の予備罪）をもつて考察の対象としたのであつた（四頁注(5)(6)）。しかし、この場合でも「…条ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其予備ヲ為シタル者」（一一三条、一二〇条、二二八条ノ三、二三七条）、「……ノ予備又ハ陰謀ヲ為シタル者」（七八条、八八条）のように、明らかに基本的構成要件の存在を前提とし、これに関係づけられて規定されている場合（柏木教授のいわゆる引用的表現形式）と、一五三条及び九三条のように、少なくとも、形式的には、他の条文にかからしめられず、完全に独立の構成要件の形（柏木教授のいわゆる自足的表現形式）をとるものとの区別が認められる。この場合、前者のように基本的構成要件の存在を名実ともに前提としているような、いわば補充的な構成要件[3]の充足は、果して、小野博士のいわれる、単純な充足といえるのか、それとも修正された形式における充足といわなければならないのか、が検討される必要がある。前述（三の2）のところとやや重複のきらいはあるが、これを一般的修正形式としての未遂・共犯との対比においてあらためて考察することにしよう。

例を、わかりやすく殺人罪にとることにしよう。殺人罪は人を殺そうとして（殺意）殺すに足る実行行為を行ない（実行行為）、被害者の死亡という結果が発生した（結果）ときに既遂となる。一九九条が「人ヲ殺シタル者」というとき、まさしく右のことを意味する。これに対して殺人未遂の場合は、殺意、実行行為は存在するが結果の発生のない場合であるから一九九条の基本犯に関するかぎり、構成要件の充足はありえない。一方未遂罪規定（二〇三条）によれば「一九九条……ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」とあるだけで二〇三条だけでその充足を考えることはできない。どうしても二〇三条に併せて、四三条、四四条、六八条以下を基本的構成要件にミックスし、これを修正することによつて、初めて二〇三条の真の構成要件（および刑罰）の内容が確立し、その構成要件要素を全部充したときに、初めて構成要件の充足があつた、ということになる。文字通り修正された形式における充足である。共同正犯は二人以上共同して犯罪を実行した者である。行為者はいずれも実行行為を為す者であるから、修正の契機は存在しないように見えるが、構成要件に該当する行為の一部を分担したにすぎない場合にも、共同行為の全経過についての責任が問われなければならない（共謀共同正犯の理論によれば単に共謀に参加したにとどまる者もなお共謀共同正犯となることを考えよ）意味でまさしく修正形式である。さらに教唆犯・幇助犯の場合は、いずれも自ら実行者ではない。従つて共犯規定なしには基本的構成要件を充足することはできない（さらに、幇助犯の場合は加減例の参加がなければその刑罰も定まらない）。そして「教唆犯及び幇助犯と共同正犯との関係は、其の一方が構成要件外に在る行為であり、他方が構成要件内に在る行為である点に於て、恰も予備行為と未遂犯との関係に類するものがある。[4]」とされる。しかし、構成要件のもつとも重要な要素は行為（――実行行為）であるから、その一部にも該当しない、全く構成要件外の行為について修正形式を論じることに、私はまことにプリミティヴな疑念を禁じえない。教唆・幇助の場合は、構成要件の外にある、とはいつても、共犯従属説に立つかぎり、結局は正犯の実行行為に従属するものである。その意味では完全に構成要件外にあるともいえない。これに比べて予備行為の場合は、なるほど基本犯の実行行為を論理的、観念的に予定しているとはいうものの、実行行為への従属性というものは全く見られない。なぜならば、実行行為の着手の段階に至ればすでに

未遂又は既遂が論じられることになつて、予備はもはやそれらに吸収されてしまうと考えられるからである。従つて、予備の場合、犯罪実行の意思――というよりは、より正しくは目的――はあるが、それだけであつて実行行為は自・他何れの手を通じても存在せず、当然に結果犯の場合の結果も発生しない。この意味で、予備こそ完全に構成要件の外にある行為といわなければならない。この観点からも予備は構成要件の修正形式とはいえないという帰結が可能であろう。さらに具体的考察によつても、予備罪の場合は、主観的要素としての目的の内容を決定し、(予備)行為の具体的内容をきめるために基本的構成要件を必要とするだけであつて、未遂・共犯の場合の修正とは異なるのではなかろうか。すなわち、未遂・共犯の場合は、それぞれ未遂規定、共犯規定によつて基本的構成要件が修正されるのに対して、予備の場合は、むしろ、予備罪規定の具体的内容が基本的構成要件によつて補充されるという関係にあるのではなかろうか。少なくとも、現行法の規定の上からは右のように解することも可能ではあるまいか。

ところで、現行刑法がその各則規定において、他の構成要件の存在を前提として規定したいわゆる引用形式は未遂、予備に限らず、他にかなりの数をあげることができる。それらの性質を検討してみることも、予備罪の性質決定に何らか奉仕することになりはしないだろうか。これらはさらに性質上大体三つのグループに分類できよう。(5) (一)は行為の客体又は刑(或いはその両者)について、規定の繁雑化をさけるために他の条文を引用するにとどまるもの(例えば、職務強要(九五条二項)、建造物等以外の物の放火(一一〇条一項)延焼罪(一一一条)、自己所有物放火の特例(一一五条)、失火(一一六条)、贈賄(一一八九条)、器物損壊(二六一条)等多数)、(二)は刑又は処罰に関する特例(例えば親族間犯罪に関する特例(一〇五条、二四条、二五七条)、泡告罪規定(一三五条、一八〇条一項、二〇九条二項、二二九条、二三二条、二六四条)、自白による刑罰免除の特例(一七〇条、一七三条))、そして(三)は行為自体、その内容が他の規定によつて決せられるもの(そのもつとも顕著な例がいわゆる白地刑法とよばれる九四条であり、その他結合犯としての一九一条各項の結果的加重犯(一四五条、一八一条、一九六条、二一六条、二一九条等)である。以上の中、(一)および(二)は立法上の便宜の要請のみに基づくもので、予備罪とは異質的なものであるから、これを別論とし、また(三)のグループ中九四条はいわゆる白地刑法の問題であり、また一九一条の結合犯は完全に独立の二個の条文(一八九条、一九〇条)を結合させこれに加重刑を規定したにとどまり、むしろ上述分類に従えば(三)グループに近い性質の規

定である。結局残るのは結果的加重犯であつて、これは、抽象的・客観的に見るかぎり、予備罪が基本犯の前提的犯罪であるのに対して基本犯の結果的犯罪であり、基本犯を中心として、その時間的前後の関係にある点でパラレルな存在と見ることも出来る。[6] もとより予備罪はつねに個別・具体的な基本犯の予備罪であつて、抽象的、一般的な犯罪予備というものは刑法上は意味がない。予備罪と結果的加重犯とを基本犯を中軸としてパラレルに論じようとする場合、中軸たるべき基本犯が同一でなければ、もとより論外である。現行法上、前述の予備罪の範囲で、右の意味で予備罪と結果的加重犯とを一般的にパラレルに論じうるのは強盗罪のみである。[7] その意味で前述予備、結果的加重犯パラレル論ないしは予備犯・正犯・結果的加重犯段階論には例外を普遍化する誤りを犯すものではないかという疑問は残る。しかし、たとえこの疑問が正当なものであつたとしても、結果的加重犯が基本犯に対して補充的な存在であり、しかも独立の特別犯であるという認識にまで影響があるとは考えられない。そして、結果的加重犯について右のように論じうるならば、同様の形式で規定された予備罪もまた独立罪（基本犯に対する補充性、附随性が認められる点で基本犯そのものとはやや異なるが）である、ということも可能なのではなかろうか。

これに反して、予備罪を構成要件の修正形式と解する立場では、主として表現形式如何が重視されるから、九三条、一五三条のような完全独立の予備罪（従つて二〇八条の二についても同様に論じられる）は、これを予備罪から除外した上で、結果的加重犯をも含む広義の修正形式を新しく構成、整序しなければならない。また両分説によるときは、前提として構成要件の修正形式について、右のような新構成についての確認を必要とすると同時に、完全独立の予備罪をも包括する広義の予備罪概念を確立すべき任務を果さなければならない。前者については、前述のように、九三条、一五三条を他の予備罪と区別し、これを予備罪から除外すべき積極的理由を見出すことは困難で、これを除外することによつてかえつてこれら予備罪に共通する性格を見失うおそれがあり、また、後説によるときは、実質予備概念の限界を劃することが困難で、予備概念にあまりにも多くのものをもちこんでかえつてその内容を空虚にしてしまい、概念の無用の混乱を招来する危険がないでもない。以上の理由から、以上両

説のいずれをもとらなかつた。

何れにしても、少なくとも、従来一般に説かれてきた修正形式説（従つてまた両分説）は予備罪の修正形式性を確証していない点で不充分であつた、ということは指摘できよう。

結局、予備罪はすべて独立の特別構成要件であり、その大部分が「……ノ目的ヲ以テ……」という立言形式[8]をとつていることからも窺われるように、一種の目的犯[9]と解するが、この場合、独立罪といつても、基本犯の意味における独立罪とはやや性格を異にするものであり、また、共犯、未遂という一般の修正形式とは、前述のようにその性質を異にはするが、基本犯に附随し、補充する性格をもつことも否定できない。

私は、予備罪の、このような形式的な独立性と、実質的な補充的、附随的な性質との断ちがたい連繋に注意したいと考える。

(1) もつとも、正田判事の体系は基本たる犯罪（人倫の重要且つ根源的な規範を侵犯する行為）定型（＝正犯類型）と基本たる犯罪構成要件の直接の保護対象をなす根幹的法秩序をその周辺において間接的に保持する役割を演じている第二次的犯罪類型としての広義の予備犯（各種の予備罪・陰謀罪・教唆罪）、幇助犯及び過失犯とに分類されるのであるから、本文にのべた私見よりももつと広汎な構想である。しかし、反面予備罪を七八、八八、九三、一一三、一五三、二〇一、二三七及び二〇八条ノ二の八か条に限定しておられる（予備犯について、二一頁）のは、基本たる犯罪とその周辺にあつて間接的に基本的法秩序の侵犯を未然に防止すべき第二次犯罪類型を考える立場からは、適当ではないのではないか、との印象がのこる。

(2) 正田判事の論稿に対しては晦渋であるとか、理解し難い、との批判に接することがあるが、正田判事の理論は、まことにユニークではあるが、その特徴ある理論は首尾一貫していて、本稿もその示唆に負うところが大であつた。前記の批判は、おそらくは誤解にもとづくもののように思われる。

(3) この種のものを柏木教授は引用的表現形式として独立の、教授のいわゆる自足的構成要件に対置される。各論(上)、一五～一六頁。

(4) 小野・犯罪構成要件の理論、二六九頁。

(5) 柏木教授は引用形式を、引用の仕方によつて、省略による暗示の引用、二〇五条二項、刑の引用、九五条二項、構成要件と刑との引用、一

一五条、二つ以上の刑罰法規の一括引用、一一七条、他の法令の引用（白地刑罰法規）、九四条などに分けておられる。私は教授とはちがつてもう少し実質的な観点から一応の分類を試みてみた。

(6) 正田判事は、通説の認める予備・実行の着手、未遂・既遂という行為の発展段階区分に対して正犯類型を中軸として、これに対する事前の犯罪類型としての広義の予備犯（各種の予備罪・陰謀罪及び教唆罪）と、事後の犯罪類型としての結果的加重犯を行為の発展段階（予備犯・正犯・結果的加重犯）としてとらえる（正田・前掲、犯罪の実行と正犯意思、四三頁以下）。

(7) もつとも、この他にみのしろ金目的の誘拐（二二五条ノ二、一項）犯人が被拐取者を監禁中に致死傷の結果を発生せしめた場合を考えることはできるが、一般的ではない。

(8) 内乱予備（七八条）、外患予備（八八条）の規定にはこの目的は明示されていないが、明示されている場合と同一に解すべきである。

(9) 予備罪をこのように目的犯と解する見解については、二五頁注（12）参照。また狭義の予備罪にいう「目的」は目的犯における目的ではなくて故意そのものとするのは、二五頁注（11）に示したように、木村・犯罪の目的とその証明、一二頁、大塚・目的犯、一一一頁。

## 四

以上において、私は、近時急にまぶしいほどの脚光を浴びるに至つた予備罪研究の、私なりのアプローチの第一歩として、まず、さしあたつて狭義の予備罪に対象を限定して、その概念をさぐり、また、その性格については、現行法上の予備罪に関する限り、厳密には構成要件の修正形式とは指称できない旨を、各観点より推論し、結局予備罪は補充的、附随的性格の独立罪である旨を論証したつもりである。もとより試論の域を出ない愚見の披瀝にとどまり、しかも論述の過程において、蒙昧のため先学の貴重な御教示を正当に理解するに至らず、とんでもない誤解にもとづく暴言・強弁に及んだことも少なくないことをおそれ、先学並びに同学諸賢の御叱正と御寛恕をたまわりたい。

（なお、予備罪をめぐる具体的問題――予備の中止、予備の従犯・罪数等――は予備罪の基本性格の理解如何にかかつている。当然に上述の基本態度をもつてこれらの諸問題に対する日頃の疑問も提示したい、というより提示しなければならないが、すでに予定の紙幅をはるかにこしてしまつたので、右は別稿に譲り、本稿は一応ここで擱筆する。）