

主 文

原判決を破棄する。
被告人を懲役一年に処する。
押収にかかるパンビタンびん入りの青酸ソーダ様の粉末一個（証第三号）及びネオサツカびん入り青酸カリ一個（証第四号）はいずれもこれを没収する。

理 由

本件控訴の趣意は、弁護人森健提出の控訴趣意書記載のとおりであるから、ここにこれを引用する。

控訴趣意第一点について、
所論は、原判決は被告人の所為を殺人予備幫助として処罰しているが、予備の幫助は、特別にこれを処罰する旨の明文の規定がない限り処罰の対象とならない。蓋し、予備の幫助とは予備にすらならないそれ以前の段階の行為であるから、刑法が予備、未遂についてすら特別の規定がある場合にのみこれを処罰の対象としていることに鑑みれば、予備の幫助については、ましてや特別規定のない限りこれを処罰しない趣旨であることを知るべきである。さればこそ、刑法は内乱罪の如きについては、予備の幫助について具体的にその行為を限定し、特別の明文を設けてこれを処罰することとしているのである。殺人の予備は独立に処罰の対象とされているのであるが、刑法総則の従犯の規定は、この場合に適用されるべきではないのである。次に、従犯は、正犯の実行行為を幫助した場合に成立することは、刑法六二条の明文の示すとおりである。然るに、「実行行為の予備」はありうるが、「予備の実行行為」というが如きは、刑法上の概念として考えることはできない。（「予備の実行行為」というが如きものを想定するとすれば、更に、「予備の未遂」というものも考え得べく、これは概念の矛盾である。）従つて、予備の実行行為が想定できないものである以上、予備の実行行為の幫助ということも、とうてい存在し得ないはずである。以上の理由により殺人予備の幫助は処罰の対象とならないものであるのに、被告人の原判示所為を殺人予備の幫助として処罰した原判決は、法律の適用を誤り罪とならない事実を有罪とした違法かあるものというべきである、
というのである。

さて、原判決は、被告人に対する当初の殺人予備罪の訴因に対し、「予備罪は、教唆犯或いは従犯のように、正犯者のために加功するものと異なり、自己の犯罪の目的のため犯意を実現する行為であるつて、換言すれば、いわゆる基本的構成要件の実現を目的とする犯罪意思行為であると言ひ得るから、予備罪の成立には、行為者において、基本的犯罪類型の充足を目的とする意思が必要であつて、これを殺人予備について言えば、行為者が、自ら殺人の意図をもつて、その準備行為をすることが必要である」ということを前提として、本件において、被告人は、Aから、同人がBを殺害する意図を有することを打ち明けられて、Aに青酸ソーダを手渡ししているが、被告人としては、Bを殺害する何らの動機、原因もなく、同人を殺害する意図も毛頭なかつたことが認められるから、被告人に対して、殺人予備罪をもつて、処断することはできない、と判断して、先づ殺人予備罪の訴因を排斥した。そして、Aが、Bを殺害するため、青酸ソーダを入手して、その準備をしたことは、まさに殺人予備行為であり、被告人において、右の情を知つて、青酸ソーダをAに手渡ししたことは、同人の殺人予備行為を容易ならしめたものであるから、被告人の行為は、殺人予備の幫助に該当する、として、同罪の予備的訴因について有罪としているわけである。そして、又原判決は、予備の幫助を処罰する所以について、予備罪も基本的な構成要件の修正形式ではあるが、一個の構成要件をなしているものであるから、これを充足する行為は実行行為であるから、いわゆる予備の実行行為を幫助するということも充分考え得るわけで、実行行為以前の予備を幫助する者を処罰することは、毫も刑法六二条の明文に反するものでもなく、更に、刑法七九条は、内乱罪の組織的集団犯たることの特質から、その刑について特に加重して規定したものにすぎないもので、刑法は、他に予備の幫助を罰しない趣旨とは解されず、他に予備罪の成立する場合、その従犯の成立を否定する理由もないことを、理由としてあげているのである。

さて、教唆犯、従犯は、自ら犯罪を実行するものではなく、他人の犯罪に加功する犯罪の一形式である。自ら犯罪を実行する者を正犯というのに対して、この正犯たるべき者を教唆して犯罪を実行させた者が教唆犯、正犯の犯罪の実行行為を幫助した者が従犯とされるわけである。そして、このような教唆犯、従犯が処罰されるのは、それらの行為が、いわゆる正犯の犯罪の実行行為に加功した点にあるのであ

つて、正犯の犯罪の実行行為が成立しない以上、教唆行為、幫助行為それだけを独立に処罰することはない。（いわゆる共犯の従属性）このように教唆犯、従犯は、抽象的にあるならかの犯罪の教唆、従犯とされるのではなく、正犯の特定の犯罪の実行を前提として、この正犯の犯罪の実行に対して、教唆犯、又は従犯といわれるわけである。刑法六一条、六二条は、このことを明文を以つて示している。教唆犯の場合は、当面の問題外におき、従犯に限つていえば、右六二条に「正犯ヲ幫助シタル者ハ従犯トス」とあるのは、論旨もいうように、正犯の犯罪の実行行為を幫助した者という意味であり、幫助行為それじたいとしては、正犯の犯罪の実行行為前に行われようとも、これを処罰するためには、正犯が犯罪の実行行為に着手することとを要件とするわけである。（正犯の犯罪の実行中に幫助する場合は、この関係は明らかである。）そして、その正犯が犯罪の実行行為に着手するといふのは、正犯が刑法各本条の規定する各犯罪のいわゆる構成要件的行為の実行に着手することとをいうものであることも論旨の指摘するところであるから、従犯か処罰されるのは、正犯の行為が、少くとも、特に未遂罪として処罰される場合であることを要するということになる。然し、このことは、刑法が正犯の既遂を処罰するのを原則とし、その未遂が処罰されるのは、あくまで例外であつて、刑法各本条に、特別に、未遂罪を処罰する旨の規定がある場合に限りという構造をとつていふことからは、きつて出される結論である。従つて、刑法が、特殊例外的にある犯罪の予備罪を処罰している場合には、特に、その場合に限り、予備罪の従犯が認められるかどうかについて、やはり特別に、考えてみなければならない。すなわち、未遂罪が処罰されるのも、このように例外であるが、刑法は、ある種の犯罪の危険性、従つて、その可罰性の著しく高いことに着目して、これを未然に防遏しようとする特殊の考慮に基づいて、この種の犯罪については、特に、実行の着手前の段階、すなわち、実行の着手前において、実行行為を準備する行為をとらえて、これを予備罪として独立に処罰することとしているのである。本件の殺人予備の如きがまさにそれである。そして、刑法各本条の規定している当該各犯罪は、正犯の既遂としてこれを典型的に刑法が規定しているもので、これを講字上基本的構成要件というならば、予備罪は、これらの基本的構成要件を離れて独立に、その犯罪の類型が定められるものではなく、ある犯罪の基本的構成要件を前提として、そこから初めてその犯罪の予備罪の類型が定められるのであるから、それは、前記基本的構成要件に修正加工を加えたもので、いわゆる基本的構成要件の修正形式として観念されるわけである。そして、このようにある犯罪の予備罪が独立に処罰される場合には、その予備罪を構成する行為も当然に考えられるわけで、それは、その予備行為が発展した場のいわゆる犯罪の実行行為を基本として、その内容を限定されるものではあるが、予備罪そのものについていへば、その予備罪というある犯罪の基本的構成要件を修正する構成要件を充足する行為がそこに予定されていることは当然である。いま構成要件を充足する行為を実行行為というのであれば、予備罪が独立して処罰される場合の、いわゆる修正された構成要件を充足する行為も又実行行為とよぶことが許されるのである。（この意味で実行行為の概念も關係的、機能的な概念である、といわれる。）そして、このように、予備罪の実行行為というものを観念するとは、予備罪の正犯を考え、あるいは、その共同正犯を考える場合に、文理解釈のうえで起る障害を取りのけることに役立つであろう。すなわち、共同してある犯罪の予備をした者、すなわち、予備の実行行為を共同にした者は、予備罪の共同正犯であるが、予備罪の実行行為を観念できない、とすれば、文理解釈上の予備罪の共同正犯も又あり得ないという奇怪な結論に達する。（二人以上の者が共同して殺人を計画し、その用に供するための兇器を共同して入手して準備した場合の如きを考えよ。）従つて、刑法総則の規定の適用において予備罪の実行行為というが如きものは観念できないという論旨は採るを得ないもので、予備罪の従犯の成立を考えるについては、実行行為の概念を固定のものとして文理解釈に依拠することは許されない次第である。この点に関する限り原判決の法解釈は正当というべきである。

然らば、このように予備罪の実行行為を観念できるとして、刑法六二条の従犯の成立要件としての正犯の実行行為というものは、右に述べた意味における正犯＝予備罪の正犯＝のいわゆる実行行為をも含むものであるか。

すなわち、刑法総則の従犯に関する規定は、予備罪が独立に処罰される場合のその予備罪についても適用されるのであろうか。同法六四条によれば教唆犯、従犯が処罰されないのは、拘留又は科料にのみ処すべき特別の犯罪の場合（但し、その場合でも教唆犯、従犯を処罰する特別の規定がある場合は除かれる）に限られるもののようにも解される。もし、そうだとすれば、予備罪＝本件では殺人予備罪＝の実

行行為を考え、それが独立して処罰される限り、予備罪の従犯も又処罰されるとい
うことになり、文理解釈上の支障も生じないわけである。然し、仔細に検討してみ
ると、この解釈には賛成する者も少なく、法益が国家的、社会的に侵害の危
基本的構成要件の結果を発生させる特殊の犯罪に限定して、これが準備行為、すなわち、
危険性が少ないわけであるから、通常可罰性はなく、特に、法益侵害の危険性が看過
すぐれて高いものと評価される行為までを、法益侵害の危険性がある。本件の殺人の予備罪
右の犯罪の実行を準備する行為を処罰の対象としていうのは、実行行為に着手する
て、刑法は、例外的にこれを処罰の対し、犯罪の予備行為というものは、実行行為を指
の如きもそうである。然し、犯罪の準備行為を含めて、犯罪への発展段階にあるすべ
前の、犯罪の準備行為を構成要件の場合の如く、特に、それが定型的行為として限
ものであり、基本的犯罪構成要件の場から、たとえ、国家的、社会的にその
定されていないところにも特色がある。従つて、予備罪の実行行為は無定型、無
な行為であり、その態様も複雑、雑多であるか、たとえ、国家的、社会的にその
危険性が極めて高い犯罪であつても、その予備罪を処罰することにないれば、その
罰の範囲が著しく拡張され、社会的には殆んど無視しても支えられない行為、延いて
は又言論活動の多くのものであつても、予備罪として処罰される虞れもないわけでは
い。そこで、刑法はこのように処罰の範囲が徒らに拡張されることを警戒して、広
般な予備行為の範囲を限定して、予備罪を構成すべき行為を限定的に列挙する場
もあり（例えば、刑法一五三条、なお特別法として爆発物取締罰則三条の如きもそ
うである。）、更に又予備罪については、情状に因りその刑を免除することもし
ているわけである。ところで、従犯の行為も同様無限定、無定型である。従つ
て、もし、予備罪の従犯（正犯が予備罪に終つた場合の従犯）をも処罰するものと
すれば、その従犯として処罰される場合が、前の予備罪の正犯の場合にもまして著
しく拡張される危険のあることは極めて明らかである。かの助言従犯の場合の如
を考えれば、言論活動の多くの場合までが、直ちに予備罪の従犯として処罰され
危険性が、高度である。従つて、予備罪の従犯を処罰するかどうかについては、特
に厳正な解釈態度が要求されるのである。しかも又、従犯の刑は正犯の刑に照して
減輕されているわけであり（刑法六三条）、従犯の違法性、可罰性は、正犯のそれ
に比し軽減されているものであることも又、否定できない。してみると、予備罪が特
に明文の規定をまつて処罰される場合においても、その刑は、既遂、未遂のそれに
比し極めて軽いのであるから（殺人予備罪の場合も二年以下の懲役であり、情状に
因りその刑が免除される。刑法二〇一条）、これより違法性、可罰性の更に軽減さ
れるその従犯までを処罰するについては、これを解釈に一任することなく、法の明
文を以つて特に明確にすべきである。

〈要旨第一〉予備を独立に処罰する旨の規定があるからといつて、それを理由とし
て、予備の背後関係にあつて、予備罪の〈要旨第一〉正犯に比べその違法性、可罰性
のより減少したその従犯までを処罰しなければならぬ必要性、合理性は少しも正
当化されるものではなく、予備罪の従犯を処罰するかどうかは、やはり刑法全体の
精神から論定すべきことである。ところで、刑法七九条は、内乱罪の予備罪に
ついて特に明文を設けてこれを処罰する旨を明らかにし、内乱の如く国の政治の基
本組織を破壊するような国家の存在そのものに関する極めて重大な犯罪の予備罪に
ついては、特に、その幫助行為までを処罰する旨を成文上明定しているのであり
（この意味で右刑法の条規は内乱罪の予備の従犯について特に刑を加重した趣旨と
は解されない）爆発物取締罰則五条の如きも、特にその第一条所定の犯罪者のため
の特定の幫助行為のみを処罰し、その四条も、同条所定の予備行為の共謀者に限り
これを特に処罰することとし、そして又かの破壊活動防止法三八条ないし四〇条の
各規定の如きも、同条所定の各犯罪の予備以外の背後行為が処罰される場合につ
て、特に行為の種類を限定してこれを明定しているのである。これらのいわゆる政
治犯罪とされる特殊の犯罪についてすら、刑法（広義の）は予備罪の従犯の処罰さ
れることを特に明文の規定を設けてこれを明確にしているのであるし、そして又こ
のような予備罪の従犯を処罰する法律の特別の規定がこれらのいわゆる政治犯罪に
限つて設けられていることも看過してはならない。以上述べたいろいろの理由を綜
合して考えてくれば、わが刑法は、予備罪の従犯を処罰するのは、特に明文の規定
がある場合にこれを制限し、その旨の明文の規定のない場合は、一般にこれを不処
罰にしたものと解すべきである。すなわち、総則規定としての刑法六二条の規定
は、予備罪が独立に処罰される場合においても、当然にその適用があるものではない
い、ということになるわけである。してみれば、殺人罪の予備罪の幫助行為につ
て、特にこれを処罰する法律の規定はないのであるから、被告人の原判示所為を殺

人予備罪の幫助（予備幫助罪）として処罰した原判決は、既にこの点において法律の解釈を誤つた違法があるものというべき<要旨第二>である。（なお、原判決は殺人予備罪の正犯行為とその従犯行為とを区別するについて、特に、犯人の主観的</要旨第二>意思の面を重視して、自ら自己の行為として殺人罪＝本件ではBに対する殺害行為＝を執行する意思であつたか、それとも他人の殺人罪に加功する意思＝本件ではAが右Bを殺害する行為に加功する意思＝であつたかにより、被告人の本件所為が殺人予備罪を構成するか、それともその従犯を構成するかを区別すべきものとしてしているのである。そして、この見解は、予備罪が本来、着手の段階を経て既に遂に発展すべき性質のものであり、従犯はそれじたいとしては発展しない行為であつて、ただ正犯が着手、既遂と発展するその各段階に相応じて、場合により正犯の未遂の幫助、あるいは又は既遂の幫助とそれぞれに異つて評価されることを考えれば、一理ある見解たることは否定できない。然し、正犯と従犯とを区別するのことに、このように単に犯人の主観的側面、すなわち、行為者の音思の面だけを基準とすることには相当ではない。やはり、犯罪が、犯意の遂行過程としての外部に表現された行為を基本とするものである限り、その外部に表現された行為としてのいわゆる構成要件的行為の形式を無視することは許されない。従つて、正犯と従犯とを区別するに ついても、いわゆる主観、客観の複合体としての行為の性質、すなわち、行為者の意思とその外部に表現された行為の形式の双方を併せて考察し、これを区別の基準とするのが相当である。そして、このことは、犯罪の執行の着手に至る以前のすべ ての行為、そして実行行為を準備する行為を処罰する予備罪の場合についても同様 である。その予備罪を組成する無限定の行為の中にも、正犯の実行行為を基 本として考えれば、自らそこに主、従の差、軽重の別を設けることも可能であ る。もし、原判決のいうが如く行為者の意思の面だけに着目して予備罪の正犯と 従犯とを区別するものとするれば、かの通貨偽造罪の予備罪の場合の如きにも、 通貨を偽造する目的、意図を有する者に、その偽造の用に供するための機械、器 具の調達を依頼され、その者のためにその意図を知りこれらの機械、器具大の 一切を買い揃えたり、法が特に、通貨偽造のためにその機械、器具を準備する 行為そのものを、＝そして、この機械、器具が整わなければ通貨を偽造する 行為は不可能であるから、特に、この通貨偽造の目的の機械、器具の準備 行為を危険な行為として、法は通貨偽造罪の予備罪として処罰しているわけ である。予備罪として処罰しているわけである。予備罪として処罰している ことにも矛盾するところはない。すなわち、この場合、法は、機械、器具を 準備した者が自ら通貨を偽造する意図、意図であつたか否かを問はず、通貨 偽造の目的で、それに必要な機械、器具を用意し整えた者をすべて、ここ に予備罪の正犯として処罰したものと解すべきである。これに対し、通貨偽 造の音思を有する者にその意図を察知して機械又は原料を準備すべき資金を 貸与した者がある場合に、その偽造を意図した者が予備の段階で終つた場 合にはいわゆる通貨偽造罪の予備罪の幫助行為があつたものといえるわけ である。このことは、殺人罪の予備罪についても又同様にいえるわけである。）

そして右の誤りは判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決はすでにこの点において破棄を免れない。したがつて弁護人のこの点の論旨は理由がある。よつてその他の弁護人の控訴趣意の判断を省略し、刑訴法三九七条一項に則り原裁判を破棄することとするが、本件は原裁判所において取り調べた証拠により当裁判所において、直ちに判決できるものと認められるので、同法四〇〇条但し書に依り当裁判所において被告事件について、更に判決することとする。

（罪となるべき事実）

被告人は、昭和三五年三月上旬ごろ、従兄にあたるAから、同人がかねてから密通しているCとの関係が続けるため、同女の夫Bを殺害したいとの意図を打明けたうえ、その殺害の方法等について相談をもちかけられていたが、当初は真剣こ右相談に乗る気持はなく、むしろ右Aの言動をからかき弄しているうち、同人のB殺害の決意は固く、しかも、度々重ねてその殺害方法について相談をもちかけられるうち、これをあしらいかね、同年六月二五日ころに至り、Aから右B殺害の用に供するための青酸カリの入手方を受け、同人がこれを手交すれば同人がこれを使用して右殺人の用に供することのあるべきを認識しながら、その青酸カリの入手方を承諾し被告人において知人Dから青酸ソーダを譲り受けたうえ、同月二七日ころの午後九時ころ愛知県西春日井郡a村大字b字c番地のe村営住宅f号のA方において、ビニールに包んだ青酸ソーダ約三八瓦（証第三、第四号在中のものはその一部）をAに手交し、もつて右Aと共同してBに対する殺人予備の行為をしたものである。

(証拠の標目)

- 一、 原審第一回公判調書中被告人の供訴記載。
- 一、 被告人の検察官に対する昭和三五年九月一二日付並びに司法警察員に対する同年九月三日付及び同月二四日付各供述調書、
- 一、 原審第二回公判調書中正人A及び同第三回公判調書中証人Cの各供述記載、
- 一、 Dの司法警察員に対する昭和三五年九月二四日付の本籍、住居の記載ある供述調書、
- 一、 Aの検察官に対する供述調書抄本並びに司法警察員に対する昭和三五年八月三〇日付及び同年九月二日付各供述調書謄本、
- 一、 E、Fの司法警察員に対する各供述調書、
- 一、 G作成の検査報告書及び検査報告書謄本、
- 一、 H作成の調査結果報告書、
- 一、 押収にかかる五〇〇瓦びん入りの青酸ソーダ一個(証第一号)、パンビタンびん入りの青酸ソーダ様の粉末一個(証第三号)及びネオサツカびん入りの青酸カリ一個(証第四号)。

(法令の適用)

被告人の判示所為は刑法二〇一条、六〇条に該当するところ、被告人の本件犯行は、既に見た如くAの執拗なまでのB殺害についての依頼をあしらいかねたことによるとはいえ、結局判示の如く、Aの企図に同意して殺人の用に使用すべき致死量を遥に超えた猛毒青酸カリを入手して、これをAに供与したもので、通常の者ならば斯る場合最後までAの翻意を促し、犯意を放棄させるために相当の努力を重ねるべきであるのに拘らず、被告人が進んで本件の行為に出たことは、被告人において反規範的性格が大であることがうかがわれるのみならず、被告人は右AからB殺害の相談を持ちかけられるや、当初はこれを利用してAから金員を騙取しようとする、前記Dと共謀のうえ、Aに対し、Bを殺害することに協力することを承諾するように装い、もしくは同人を殺害してきたと申し欺き、Aから報酬手付金もしくは報酬名下に合計金十五万円を騙取するが如き悪らつな行為に出で、そのうち五万円を自己において利得した形跡すらうかがわれ、全体として、被告人の本件犯情は悪質なものであること、その他被告人の経歴、特に、強盗準強盗罪により懲役五年に処せられた前科のあることその他諸般の情状にかんがみ被告人を懲役一年に処することとし、押収にかかるパンビタンびん入りの青酸ソーダ様の粉末一個(証第三号)及びネオサツカびん入りの青酸カリ一個(証第四号)は本件犯行を組成したもので、被告人の共犯者A以外の者に属しないので、同法一九条一項二号二項本文を適用して、いずれもこれを没収することとする。

弁護人は本件殺人予備行為は不能犯であり、仮りにそうでないとしても殺人予備行為の中止未遂である旨主張しているもので、この点について判断を加えると、なるほど事の実際においては、本件青酸カリを供与されたAはBを殺害するについてCと共謀のうえ、Bに睡眠薬を服用させたうえ、その頸部を絞扼する方法に出でその目的を達したもので、被告人の供与した青酸カリは遂にB殺害の用に供されることとなかったことは記録上明らかであるが、被告人が判示の如くB殺害の用に供する目的でAのために青酸カリを同人に供与した行為は、それじたい殺人罪の予備罪を構成するもので、結果の点からだけこれを判断してこれを不能犯と主張するが如きことはとうてい理由のないことであり、又中止未遂の概念は実行の着手以後の行為であるから、実行の着手以前の予備行為については中止犯の概念を容れる余地がないと同時に、被告人の行為が予備罪として既に成立してしまつた以上この予備行為の中止ということは考えることができないのであるから、弁護人の右主張も又採るを得ない。

(なお、本件は殺人予備罪の単独正犯を訴因とするものであるが、これを判示の如く右予備罪の共同正犯と認定するについては、起訴状の記載そのものからも判るように、本件において、特に被告人の防禦に不利益を招来するものとは考えられないので、訴因変更の経緯を経ることを必要としないと解する。)よつて主文のとおり判決した。

(裁判長裁判官 影山正雄 裁判官 谷口正孝 裁判官 中谷直久)

