

## 主 文

原判決を破棄する。

被告人Aを懲役一年に、被告人Bを懲役六月にそれぞれ処する。

被告人Aに対し、原審における未決勾留日数中四〇日をその刑に算入する。

被告人Bに対し、本裁判確定の日から二年間、その刑の執行を猶予する。

押収物件中、原判決書添付の目録記載の物件を被告人両名から没収する。

## 理 由

本件各控訴の趣意は、検察官岡谷良文作成の控訴趣意書及び被告人Aの弁護人安井栄三、同横田静造、同西川金矢連名作成の控訴趣意書の各記載のとおりであり、検察官の控訴趣意に対する答弁は、被告人Bの弁護人安井栄三、同横田静造、同西川金矢連名作成の答弁書及び補充答弁書の各記載のとおりであるから、いずれもこれを引用する。

(中 略)

第二、 検察官の控訴趣意に対する判断（被告人B関係）

一、 関税法違反の罪に関する主張について

論旨は、原判決は、被告人Bに対する密輸出予備の共同正犯の公訴事実、すなわち、「同被告人は、被告人Aと共謀のうえ、所轄神戸税関の許可を受けずに兵庫県美方郡a町及び同県城崎郡b町付近から船舶により朝鮮に向けて貨物を密輸出しようと企て、昭和三五年九月末頃東京都より右a町及びb町まで、その頃購入し又は所持していたミシン一台等の貨物合計二五五点を鉄道便により又は携帯して運搬し、かつその間右貨物を船舶に積み込むため連絡手配する等密輸出の予備をした。」との事実につき、被告人Bが自ら密輸出を企図したとの証拠は不十分で密輸出予備の共同正犯ではなく、単に被告人Aの密輸出予備の犯行を幫助したのに過ぎず、しかも密輸出予備の幫助については刑法六二条の適用はなく他にこれを処罰する規定はないからとの理由で、被告人Bに対し無罪の言渡をした。しかし、同被告人については右密輸出予備の共同正犯の事実は証拠によつてこれを認め得るから、この点において原判決の事実認定には誤りがある。仮りにそうでないとしても、原判決が密輸出予備の幫助について刑法六二条の適用を否定したのは同条の解釈を誤ったものであり、この点において原判決には法令の解釈適用を誤った違法がある、というのである。

よつて案ずるに、原判決が被告人Bに対し右公訴事実につき、所論の如き理由で、無罪の言渡をしたことは記録上明らかである。

そこで、原審において適法に取り調べられた同被告人関係の証拠によつて事実関係の確定を試みるのに、これらの証拠によると、同被告人は、被告人Aが原判示第二のとおり貨物の密輸出の予備をした際、右密輸出の情を知りながら、(1)昭和三五年九月二〇日頃から同月二三日頃までの間、右被告人Aに対し、密輸出用貨物の購入資金や乗船予定地へ赴く旅費その他の経費に当てさせる趣旨で一五万円を貸与したほか、原判示シンガーミシン、ミシン用針、ライカ、カメラの購入の世話をしたりその代金を立替え支払つてやつたこと、(2)同月二五日夜同被告人に同行してF駅を発ち翌二六日かねて北鮮からの指令により乗船予定地に指定されていたa町に至つたのであるが、その間同被告人とともに本件密輸出用貨物の一部を携帯運搬し、又同町において同被告人が北鮮からの迎え船の乗員と連絡をとるためC小学校付近に行つている間に、自ら国鉄D駅に赴き、さきに手荷物として東京から同駅へ送付しておいた前記ミシン等の貨物を受取り旅宿に運び込んで同被告人からの連絡を待ったこと、(3)a町からの密輸出に失敗したため、翌二十七日、同被告人とともに予備乗船地であるb町c海岸に赴き、同日昼相共に迎え船の乗員との連絡指定地である同所共同墓地に行つて下検分をし、又同夜同被告人が右乗員との連絡のため右墓地に行つている間に、自ら国鉄E駅に赴き、さきにD駅から転送しておいた前記貨物の到着していることを確認したうえ、旅宿において同被告人からの連絡を待つていたことが認められる。

従つて、被告人Bが、被告人Aの企図した本件貨物密輸出の、準備行為をしたことは明らかである。そこで次に、被告人Bの右準備行為が、原判決が判断したように単に被告人Aの密輸出予備の幫助行為に過ぎないか、或いは検察官の主張するように同被告人との共同による密輸出の予備行為であるかどうかを検討する。

一般に、共同正犯とは、数人が特定の犯罪を行うために共同意思のもとに一体と

[illegible]

従つて、同被告人につき密輸出予備の共同正犯の成立を否定して無罪の言渡をした原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな事実の誤認があるから、原判決中この点に関する部分は、その余の所論（密輸出予備の幫助につき刑法六二条の適用がある旨の主張）について判断するまでもなく、破棄を免れない。

（被告人Bにつき右の如く密輸出予備の共同正犯を認定すべき以上、被告人Aに対しても同罪の共同正犯を認めざるを得ず、従つて同被告人に対して同罪の単独犯を認定した原判決にはこの点において同被告人関係についても事実の誤認があるといわざるを得ないが、この誤りは判決に影響を及ぼすことが明らかであるとはいえない。）

## 二、 出入国管理令違反幫助に関する主張について

論旨は、原判決は、被告人Bに対する密出国企図（予備）の幫助の公訴事実、すなわち、「同被告人は、被告人Aが原判示第一の（一）の密出国を企てた際、その情を知りながら、昭和三五年九月頃同人に東京都より出航地までの旅費等の資金を提供するとともに、同月二六日頃同人に随伴して東京都よりa町及びb町付近に至り、旅館その他に対する交渉連絡に当る等同人の右密出国の企てに便宜を与え、その犯行を容易ならしめて幫助した。」との事実につき、右密出国予備の幫助を罰する旨の特別の規定はなく、又従犯に関する一般規定である刑法六二条は予備の幫助に適用がないからとの理由で、被告人Bに対して無罪の言渡をした、しかし、右刑法六二条は予備の幫助についてでも適用があるのであつて、この点において原判決には法令の解釈適用を誤つた違法がある、というのである。

よつて案ずるに、原判決が被告人Bに対し右公訴事実につき、所論の如き理由で、無罪の言渡をしたことは記録上明らかであり、又本件密出国予備につきその幫助を罰する旨の特別の規定のないことも疑問の余地がない。

〈要旨〉そこで、密出国予備の幫助につき刑法六二条の適用があるかどうかを審究するのに、予備罪についても共同正犯ないし正犯と従犯との区別が考えられることはさきに説示したところにより明らかであるから、その従犯の行為（幫助）も、刑法六四条の如き除外規定にあたらぬ以上、同法六二条、六三条により処罰の対象となるものと解すべきはむしろ当然である。そして、この見解は、予備罪である通貨偽造準備罪（刑法一五三条）の幫助を認めこれに対して右六二条、六三条を適用した大審院判例（昭和四年二月一九日宣告、同院刑事判例集八卷八四頁）の趣旨にもそうものである。従つて、刑法六四条の除外規定の適用のないことの明らかな本件密出国予備の幫助をした者も同法六二条にいわゆる従犯として同法六三条により法律上の減輕のされた刑の範囲内で処罰を免れないのであつて、これと反対の見解を採り密出国予備の幫助につき同法六二条の適用のないことを理由に被告人Bに対して無罪の言渡をした原判決には所論の如き法令の解釈適用上の誤りがあり、かつその誤りが判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決中この点に関する部分も破棄を免れない。（結局、当裁判所は、檢察官の論旨とその結論を同じくするものではあるが、しかし密出国予備罪が殺人予備罪等の如き基本的構成要件の拡張ないし修正形式としての予備罪とは類型を異にするものであることを前提として、その可罰性を主張する所論は採用しない。）

弁護人は、

（１） 刑法六二条にいわゆる「正犯」とは刑罰法規各本条の実行行為すなわち基本的構成要件に該当する行為を行う者に限る。このことは、同法六〇条が二人以上共同して「犯罪を実行」した者は皆「正犯」とするとの表現を用いていること等に照らして明白である。従つて実行に着手する前の行為である予備行為をしたに過ぎない者は「正犯」ではなく、従つてこれを幫助したとしても刑法六二条を適用する余地はない。

（２） 仮りに予備罪についても「実行行為」の觀念を容れることができるとしても、なお予備の幫助には刑法六二条の適用がない。すなわち、元来、予備は一般に基本的構成要件上の結果を発生させる蓋然性は極めて少く、法益侵害の危険性も輕微であるから、通常可罰性がなく、ただ法益が国家的、社会的に極めて高い特殊の犯罪に限つて法は特に例外的に予備を罰することとしたのである。他方、従犯も、これに対する刑が正犯の刑に照らして減輕されるべきものとされていること（刑法六三条）によつて明らかなように、従犯の違法性、可罰性が正犯のそれに比して本質的に低いものであることは否定できない。従つて本来既遂又は未遂に比しその危険性、可罰性の輕微な予備罪について、さらにその従犯をまで処罰するためには、特にその旨の明文の規定を必要とするのである。又予備は実行行為に着手する前の準備行為のすべてを総称するものであつて、基本的構成要件上の行為が定型

的であるのとは異り、無定型、無限定であり、その態様も雑多であるから、予備を罰する場合にはその処罰の範囲が著しく拡大され、社会的には殆んど無視しても差支えない行為までが処罰の対象とされる危険がある。そこで、法は、或る種の予備罪（例、刑法一五三条、爆発物取締罰則三条）については特に当該予備罪を構成する行為の範囲を限定列挙しているほどである。他方、従犯の行為もまた無定型、無限定である。従つて、もし予備の従犯が一般に処罰されることとなると、処罰の対象は著しく拡大され、なんらの可罰性もない社会的に無視しても差支えない行為までが処罰の対象とされる危険は一層大となる。この見地からも予備罪の従犯の処罰については特に明文の規定が必要であると解すべきである。刑法七九条が特に内乱罪の予備の幫助を罰する旨を規定し、又爆発物取締罰則五条、破壊活動防止法三八条ないし四〇条がそれぞれ幫助行為の種類を限定したうえで当該予備の幫助を罰する旨を規定しているのはこの理によるのである。

というのである。

しかしながら、

（１） 法がある基本的構成要件の準備行為を予備として処罰の対象とする場合（予備罪）には、それ自体一個の構成要件であるから、これについても固有の実行行為を觀念することができるとはさきに述べたとおりである。もつとも、この意味における予備の実行行為が予備の共同正犯ないし正犯とその従犯とを区別する基準とならないこと、すなわち、その正犯と従犯との区別の基準は自ら予備の実行行為をしたかどうかにあるのではなく、むしろ犯人の主観、すなわち基本的構成要件上の実行行為をする意思があつたかどうかにあることも前説示のとおりである。従つて、予備罪に対して、犯罪を実行した者を正犯とする旨の刑法六〇条を適用する場合には、その性質上、或る程度の解釈上の修正を必要とすることは明らかである（しかし、それは刑法六〇条を拡張解釈するものではなく、むしろ予備罪の実行行為をした者でもその正犯とならないものがあるというふうに制限的に解釈するのである）。しかしながら、予備罪についてその正犯の觀念が認められる以上、正犯を幫助した者を従犯とする旨の刑法六二条の予備罪への適用を否定することはできない。

（２） 予備が基本的構成要件上の行為に比し危険性、違法性ないし可罰性が輕微であることは弁護人の所論のとおりである。しかしながら、なお、予備といえども、その危険性、違法性を道義的に無視できないときとか或いは行政取締上の必要がある場合などには、特に法はこれを処罰の対象としているのである。

他方、従犯が正犯に比しその違法性、可罰性の低いことも弁護人所論のとおりであり、それ故にこそ刑法六三条は従犯の刑を正犯の刑に照らして減輕すべきこととしたのである。しかしながら、それだからといつて、予備罪の従犯に可罰性なしとは直ちにいうことはできないし、予備罪の従犯を処罰するためには特に（予備を罰する旨の規定及び従犯処罰に関する刑法六二条六三条のほか）その旨の規定を必要とするということとはできない。その可罰性の遞減に應じてその刑も遞減されるだけである（例えば殺人罪の法定刑と殺人予備罪の法定刑ならびに殺人予備幫助の処断刑を比較せよ）。又予備及び従犯の行為が基本的構成要件上の行為ほどには定型でないことは明らかだが、しかしなお所論のように無定型、無限定であると断ずることはできない。そこにはおのずから社会通念上の限定があり、解釈上も基本的構成要件との関連において一応の定型が考慮されるのである。所論刑法七九条、爆発物取締罰則五条、破壊活動防止法三八条ないし四〇条が予備又はその幫助行為を列挙し又はこれを列挙しないで当該予備の幫助を罰する旨規定しているのは、いずれも立法者が特に、その予備又は幫助行為の限定を裁判所の解釈に委ねるよりも立法的に解決するほうが適當であるとして、それらの行為を法文上列挙し、又はこれに対する刑罰についても刑法六三条、六八条による一般従犯減輕例に従うことが適當でないとしてそれぞれ固有の法定刑を規定したのに過ぎないのであつて、このような立法例があるからといつて、予備の幫助には従犯処罰に関する一般規定である刑法六二条の適用は全然ないと解釈することは妥當でない。

第三、 結論

以上の次第であるから、原判決中、被告人Aに関する部分は刑事訴訟法三九七条一項、三八一条により、又被告人Bに関する部分は同法三九七条一項、三八二条、三八〇条により、それぞれこれを破棄し、同法四〇〇条但書により被告人兩名に対して更に次のとおり判決する。

（中略）

二、 被告人Bについて

(罪となるべき事実)

被告人Bは、

(一) 被告人Aと共謀のうえ、原判決書添付の目録記載の物件合計四八九点を所轄税関の許可を受けずに本邦から北朝鮮へ輸出しようとして企て、昭和三五年九月二五日夜相共に右貨物の一部を携帯して東京都を発ち、翌二六日船積み予定地である兵庫県美方郡a町へ、更に翌二七日同様船積み予定地である同県城崎郡b町へ順次携行し又その間他の貨物のうちシンガー・ミシン等はこれをF駅より、毛糸はG駅よりそれぞれ国鉄手荷物便を利用して右a町及びb町へ順次輸送し、さらにフィルム、印画紙はa町に到着後これを購入したうえ、右二六日にはa町で、又二七日にはb町でかねて連絡手配しておいた北朝鮮からの出迎いの船を待ちその船積みの機会をうかがったが、迎え船が来なかつたため、右貨物の無許可輸出の予備をしたにとどまり、

(二) 被告人Aが原判示第一の(二)記載のとおり旅券に出国の証印を受けずに本邦より北朝鮮に出国することを企てた際、その情を知りながら、昭和三五年九月二三日頃、同被告人に対し、その居住地東京都より乗船予定地たる前記a町までの旅費等出国のための諸経費に当てさせるため、一五万円を貸与し、又同被告人が帰鮮に際して携行する身廻品等の運搬等を手伝い、もつて同被告人の右密出国の企てに便宜を与えてこれを幫助したものである。

(証拠説明省略)

(法令の適用)

被告人Bの右(一)の所為は刑法六〇条、関税法一一一条二項、一項に、同二の所為は刑法六二条一項、出入国管理令七一条にそれぞれ該当するから、いずれも所定刑中懲役刑を選択するところ、右(二)の点は従犯であるから刑法六三条、六八条三号により法律上の減輕をし、以上は同法四五条前段の併合罪であるから同法四七条、一〇条により重い右(一)の罪の刑に法定の加重をした刑期の範囲内で同被告人を懲役六月に処し、かつ同法二五条一項を適用して二年間右刑の執行を猶予することとし、なお没収の点につき関税法一一八条一項を適用する。

(裁判長裁判官 松村寿伝夫 裁判官 河村澄夫 裁判官 細江秀雄)