(一) 田中二郎教授は、

「専売とは国が収入を得る目的をもつて、特定貨物の販売を独占することをいう。専売は販売を独占し、独占価格を維持することにより、国の収入を図ることを目的とするもので、財政上の性質よりいえば、消費税賦課の一形式である。」（田中、行政法講義案下三六〇頁）。

従つて、専売の目的となる財貨即ち専売物件は、経済上消費税課税の対象となり得るものである。

(二) 更に田中教授は、

「専売権は、専売に属する貨物の販売その他の独占権である。各専売に共通に認められる主な効果は、専売貨物の販売を国に独占し、これを侵害する行為を一般に禁止することである。ただ、右の目的を達せしめるためには、更に進んで、私人のなす専売貨物の生産を監督し、生産品を収納し、販売人を指定する等、専売に関連する行為についても一定の監督取締を加える必要がある。」（田中前掲三六二頁）と述べている。

(三) 杉村章三郎教授は、

「専売物件の消費者に対する売渡は純然たる私法上の関係であつて、専売事業における強制権の発動は企業独占権の擁護のためになされるに止り、専売物件の販売には及ばない。」（杉村、新法学全集、専売法一二頁）と述べ、専売権が専売物件の消費者に対する販売そのものに及ばないことを明らかにしている。

(四) 鵜飼信成教授は、

「販売を独占する目的は政府が任意にその売価を決定し、もつて財政収益を得ることにある。販売の独占は政府自らが一般消費者に対する販売をも独占的に行うことを本質的に必要とするものでなく、単に元売のみを独占するをもつて足る。売捌人を指定する行為は、国家の独占に属する営業を特に私人に特許する行為である。故に売捌人は

その営業について種々の専売法上の制限に服さなければならない。」（岩波法律学辞典一五八九頁）

と、専売とは元売りであることを述べている。

(五) 杉村教授は、

「たばこ専売において、製造の直営と販売価格の決定権は専売収益を確保する二大制度である。」（杉村前掲二一頁）、

また、

「たばこ独占権は小売人の指定、販売価格の決定において実現される。」（杉村前掲二八頁）と述べている。

(六) 田中教授は、専売貨物の販売の監督について、

「生産品の販売は専売の最後の段階であり、その独占が専売に共通の主な効果であり、他はいずれもこの効果を全うせんがために外ならぬ。そのため政府は、通常販売人を指定して、これに販売せしめるとともに、販売価格を指定し、それ以外の価格での販売を禁止する等の販売の監督をしている。」（田中前掲三六五頁）、

更に販売人の指定については、

「一般人の売捌人が随意に買受けて一般消費者に販売しうるものとしていることもある（樟脳専売）が、普通は販売人（元売捌人若しくは小売人）を指定して、これに売渡し、これらの者のみが消費者に販売し得るものとしている（たばこ、塩、アルコール）。指定せられた元売捌人若しくは小売人の外は、専売貨物の販売をなし得ない（たばこ二九条、塩二一条）。右の指定行為の性質については異論があるが、財政許可の一種で、専売貨物の販売を公社の特別の監督の下に置くための一般的禁止の解除と解すべきであろう。なお、その営業に関しては種々の制限が

と述べ、小売人以外の者が販売することができないものは専売貨物であること及び小売人指定制度は、小売人を公社の特別の監督の下に置くためであつて専売権の固有の権能でないことを明らかにしている。

(七) 杉村教授は、

「行政権が自由経済組織に関与する強硬手段の一は専売なり。専売とは政府が法律によりて特定の動産の製造、販売等を独占してなす事業の方法を云う。

専売は特定企業の絶対的且つ排他的独占を行い、之に対する侵害を法律により権力を以て排除せんとするなり。又事業の施行は専ら契約の自由に基く私法上の行為を中心として形成せらるる点も専売の一特色と為すことを得。」(杉村、日本行政法講義要綱下巻三〇八頁)と述べている。

(八) 美濃部達吉教授は、

「政府の指定せる売捌人と雖も、その営業は私の営業たるに止り、公の事業を特許せられたる者に非ず、売捌人が政府より之を買受けたる上は、その完全なる所有権を取得せるものにして、これを一般消費者に販売するは、その所有権に基く効果に外ならず、敢て政府よりその特権を与えられたるにより始めて之を販売し得るに非ず。唯国家はその専売権の効果として一般にその販売を禁止し、売捌人の指定によりその禁止を解除すると共に、その営業については専売法上の制限に服せしめ、殊にその売捌価格を制限するなり。」(美濃部、行政法撮要下巻六五五頁)と述べ、小売人が消費者に販売する関係は、自己の取得した所有権を移転する私法上の関係に外ならないことを明らかにしている。

(九) 高田保馬教授は、独占の意義について、

「独占又は独占的地位というは、供給(又は需要)を一の意思によつて統制することを指す。供給の統制とは供給数量を動かすことによつて間接に、又は価格を指令することによつて直接に、供給者の側から価格を左右することである。この場合独占価格が成立する。これは供給独占又は売手独占と称せられる。」、

「供給が一つの意思によつて完全に統制せらるるとき完全な独占があるという。」、

「独占には法的特権に基くものがある。これは法的独占と称せられる。」(高田、第二経済学概論一八一頁)

と述べ、この法的独占が専売である。

また、独占価格の決定については、

「独占価格は競争価格の如く、需要曲線と供給曲線との相交叉するところに定まるのではない。即ち限界費用に於て定まらぬ。独占者たる供給者が最大の利潤をあげ得る所に定まる。」(高田前掲概論一八三頁)

と述べ、独占価格は供給者の任意に定めるところによつて定まることを明らかにしている。

(十) 右学者の述べるところにより、専売及び専売法における販売の意義が明白になつたものと考える。

五、専売法二条は専売権の内容として「たばこ種子の輸入、葉たばこの一手買取、輸入及び売渡、製造たばこの製造、輸入及び販売並びに製造たばこ用巻紙の一手買取、輸入及び販売の権能は、国に専属する。」と規定している。

旧たばこ専売法は、その第一条に「煙草の製造は政府に専属す。」と規定し、煙草の販売については規定がなかつた。従つて、現行法の無指定販売罪というものは存在しなかつた。そして、「煙草の販売が政府の独占権に属することとは製造の場合と異り明文にないが専売の本質及び現行法の解釈上疑を容れない。」(杉村章三郎、新法学全集、専売法二八頁)としているが、たばこの製造の独占は、必然的にたばこの供給の独占即ち元売りの独占となることは、当然のことで、従つて、無指定販売罪の規定がなくても、たばこ専売制度及びたばこ小売人制度は立派に維持できたのである。

現行専売法二条が、旧専売法一条の専売権の範囲を拡張して、規定したことは、立法上の誤りとは言えないが、右規定の改正が、わが国法曹の専売法適用上の誤解の原因をなしていることは明白である。右誤解は「販売」という言葉が経済的用語として、「供給独占」を意味しているのに拘らず、これを売買契約における「売り渡し」と観念したことに基因するものである。たばこ専売は供給独占であるのだから、旧法第一条の方が正当な表現である。

なお、右第二条においては、売渡と販売とを明確に区別していることを注意しなければならない。

六、ところで、専売という用語は、わが国において一般的に使用されているが、その意味内容は必ずしも明確に意識されていない。

「専売」は辞典によると「他人には売らせず自分だけで売ること。」となつている。

「専売特許」という用語例があるが、法律的用語ではなく、特許法の前身である明治時代の専売特許条例から出た用語である。

特許法は、発明の実施について、独占的権利を設定しているので、右独占的権利を一般に「専売特許」と言つているが、それは製造の独占、ひいては右製品の供給を独占することである。経済学上、供給を独占するということは、元売り価格において独占価格を決定することであつて、消費者に販売することではないのである。

たばこ専売法は、旧来の用語例に従つて、「専売法」と標題しているが、各本条には専売という用語はなく、その第二条は、「製造、輸入及び販売の権能は、国に専属する。」と規定しており、右権能は、一般に専売権と言われているが、法律的、経済的には、企業独占権の設定であることが明白である。

製造たばこの専売は、販売を独占することではなく、供給を独占することで、販売は小売人をして行わしめているのである。

七、財政専売は、財政収益を得ることを目的とするもので、財政収益は、製造たばこを小売人に元売りしたときに確保されるもので、消費者に販売したときに確保されるものではない。換言すれば、公社は小売人に委託販売するのでなく、小売人に「売り渡す」のである。

しかしながら、製造たばこは、消費者によつて喫煙されたときに、その経済財としての目的を達するのであるから、公社は当然に製造たばこが消費者に販売されることに関心を持ち、殊に小売人制度は販売権の創設、換言すれば、公社の有する販売権を小売人に授与するものであるから、法により販売まで監督統制しているのである。

法二条が「製造たばこの販売の権能は国に専属する。」と規定しているため、たばこ専売の主目的がこの販売にあるような誤解を生じたものであろうが、たばこ専売の主目的は、製造たばこの供給独占にあるのであるから、旧たばこ専売法のように、「たばこの製造は政府に専属す。」(旧一条)と規定すれば必要にして十分なのである。

旧法においては、製造たばこの輸入も供給独占に影響あるが、葉たばこの輸入はともかく、製造たばこの輸入は、これを独占としてその第一条に規定せず、また、販売の独占については、何も規定していなかつた。

もつとも明治二九年制定の葉煙草専売法は、製造はこれを民間で行わせ、政府がこれを収納していたので、当時は、元売りのみの独占であつたが、現行法のように、製造及び輸入を独占すれば、必然的に供給独占の目的を実現することになるのである。

従つて、製造たばこの密造及び密輸入は、右供給独占を侵害するもの、即ち専売権を侵害するものとして、厳重に処罰されなければならないものである。

八、以上述べたところによつて明らかになつたように、たばこ専売法の趣旨目的は、国家の財政収入即ち専売収益を得ることを目的とした財政専売であるから、その専売の中心をなすものは製造たばこを独占価格をもつて国民に供給す

ることであり、製造たばこの販売とは経済学的には製造たばこの供給独占である。

即ち、国家は、その専売権に基づいて、製造たばこの製造及び輸入を独占し、国内における完全なる供給独占者となり、その意思により任意に製造たばこの価格を決定し、その独占価格により消費者に供給して専売収益を挙げて、財政収入としているのである。

しかし、国民が右製造たばこの需要者となるか否かは、自由であつて、税金のように強制的に専売収益を徴収されることはない。しかしながら、自由契約により需要者となる限りにおいて専売収益を納付しなければならないのである。

九、専売収入は、国の収入においては、租税収入と並ぶもので、租税法の準用を受けているところ（法七〇条、七九条）もあるが、その本質は「租税としての特徴を欠くものであつて、権力によつて課徴するのでなく、その経済上並に法律上の性質においては、いわゆる官業収入として消費者の任意に基づく国家の私法上の収入に属する。たゞ、この独占を確保するために国家権力（いわゆる財政権）が発動しているのである。

しかして、その財政上の性質よりみれば、専売は消費税賦課の一形式であるので、財政政策上、当該貨物の購買によつて、その財政上の性質よりみれば、専売は消費税賦課の一形式であるので、財政政策上、当該貨物の購買に税に該当する部分の他に企業利得をも得べきものとみなければならぬ。」（鵜飼信成教授前掲岩波法律学辞典一五八八頁）。

要するに製造たばこの収入は、官業収入として消費者の任意の購買に基づく私法上の収入に属するものであるから、国民が公社製造の製造たばこを、指定小売人から正当に購買した後に、右製造たばこを、その本来の消費財として、売買したことによつて、それが行政犯として処罰される道理は全くないのである。

従つて、パチンコの景品買いが処罰されるということは、たばこ専売法立法者の全く考えていなかつたところであつた。

一〇、昭和三五年度における日本専売公社の製造たばこの売上高は二九一〇億円、国庫に対する専売納付金は一五〇一億円であつた。

また、製造たばこの定価に対するいわゆる税金は約七割で、定価四〇円のピースについては、消費税相当額が一九円二七銭、地方消費税が七円六〇銭で、いわゆる税金合計は実に二六円八七銭である。

一一、ところで専売収益は、製造たばこの販売のどの段階において現実化されるかというと、それは、公社が小売人に小売人手数料約八分引で売渡したときに現実化されるのである。従つて、製造たばこが公社から小売人に売渡された時に、製造たばこは専売貨物としての拘束を脱却して、自由経済市場に流通することになるのである。

しかしながら専売法はその第五章に販売と題する規定を設け、小売人が製造たばこを販売することについて監督統制している。換言すれば、たばこ専売権の効力の及ぶ人的限界は小売人までである。

法第五章販売の各規定を検討すれば明らかなように、この第五章の規定は小売人に対する監督取締を規定したものであつて、本件のような、国民が公社製造たばこを再売買するのを監督取締するための規定でないことが容易に理解できる。

一二、たばこは、もと〳〵自由市場において生産され、製造され、販売されていたものであるが、消費税課税の一形式として、国家の専売権により専売貨物として統制され、消費税相当額が賦課されて自由市場に供給されると、こゝに製造たばこは、消費財としての本来の自由を回復して、交換市場に流通することになるのである。換言すれば、たばこ専売権の効力の及ぶ物的限界は小売人が販売するまでの製造たばこである。

一三、要するに、たばこ専売とは、製造たばこに税金を賦課して供給することである。換言すれば、消費者は税金のかゝらないたばこを喫煙してはならないということである。

それ故、税金のかゝらないたばこについては、僅か一本であつてもその取締りは厳重でなければならない。これが即ち密造及び密輸入を厳重に取締つている理由である。しかし、税金のかゝつたたばこについては、専売はすでにその目的を達したのであるから、国家は、右税金のかゝつた製造たばこの行方を追い廻して、その製造たばこを没収したり、その取扱者を処罰したりする必要がないのみならず、そのようなことは許されないことなのである。それ故、消費者はその買受けたたばこを喫煙しようと転売しようと廃棄しようと自由なのである。

これが即ち、公社又は小売人が販売した製造たばこは、小売人が販売し、パチンコ店がこれを買受けて、景品としてお客に譲渡した被告人が所持していた製造たばこは、ものであるから、明白に税金のかゝつた適法な物品である。

いわゆる「一厘事件」は耕作者がその自己所有の葉たばこを喫煙した事件で、その葉たばこには税金がかゝつていないから、税金のかゝらないたばこを喫煙してはならないとの専売法の目的に従つて、厳重に取締られたものであつて、右判例により現在においても、耕作者が少量の葉たばこを喫煙しても罰せられないということにはならない。しかしながら、その取締の厳重さが本件のような公社が正当に販売した製造たばこの再売買にまで及ぶと考えることは、全く非常識であると言わねばならない。

一四、従来の裁判所は、製造たばこの供給独占と販売という用語の法律的、経済的、社会的意義を十分理解していないため、専売即ち販売と解釈し、供給独占を侵害する密造及び密輸入の厳重な取締規定が同様に販売にも及び、更に一旦販売した製造たばこの再売買にも及ぶというような、とんでもない拡大解釈を行つて、罪のない多くの国民を処罰

して来たものと認める。

一五、従来の裁判所は、公社の販売した製造たばこの再売買がいかなる法益を侵害するから処罰するというのであろうか？

一旦賦課された税金は、国民がこれを再売買するときには振り落されて、四〇円のピースがその製造原価の九円二二銭に還元するので、国民がこれを再売買する時には何回でも税金を賦課することができるというのだろうか？　また右のように考えるならば、その時の専売収益の納付義務者は何人であると考えているのだろうか？　換言すれば国民は、小売人から正当に定価で、即ちピース一個四〇円で買受けたものが、消費しきれないのでこれを他に転売するときには、更に消費税相当額一九円二七銭を賦課して販売したことになるので、これを国に納付しなければならないと法定されているのだろうか？　右のような義務を国民に課した法律はない。裁判所は重複課税排除の原則などを全く理解していないものと認められる。

国が景品たばこの再売買によつて、たばこ専売権が侵害され、その財政収入が減少したというのであろうか？

わが国の裁判官は計数的に弱いので、そんな計算は必要でないと回避しているらしいが、財政収入がいくら減少したかを調査した上で、はじめて国民を処罰すべきである。

昭和三五年度の専売納付金は一、五〇一億円で、それは国の歳入の実に一〇%に及んでいた。（昭和三七年度の専売納付金は、一、五九五億円であつた。）

また一方、同年におけるたばこ専売法違反事件は、通告処分事件二、九六九件、うち罰金相当額六、八一二、〇〇〇円、追徴金相当額三、一六四、一三九円であり、直接告発事件一、五三七件、うち有罪人員一、〇二三名、罰金額八、九四一、六〇〇円、追徴金額一四八、八五四、八一八円で、通告処分を含める罰金及び追徴金の総合計は実に一

六六、七七二、五五七円である。

右一億六千六百万円の金額は、たばこ専売法違反を理由に国民の財産を強制徴収したもので、国民は右金額の不利益を受けたことは明白である。そして、右金額は専売納付金の〇・一一%になつているのであるから、国は、景品たばこの再売買によつていくらの損害を受けたか計算できない筈がない。

ところが、国は一円の損害をも受けていないのだから、損害の計算ができないのも当然である。

景品たばこの再売買により国が一円の損害も受けず、また法律が何等の処罰をも規定していないのに、毎年四、五千人の国民が処罰されて来たのである。

一六、弁護人の本件のような主張に対し、ある判決は、「弁護人主張のように、法の根本目的とする財政収入の面からいえば、国家は直接の侵害を蒙るものとは言い得ないが、他面において、法が右根本目的の下に、企業の独占確保及び該企業の健全な運営並びにその信用の維持、向上を期し、その販売の段階において励行しようとしている諸種の監督統制を乱し、完全専売の実を失わしめ、延いては右根本目的を阻害するに至らしめるから、かような行為は法二九条二項に違反し、法七一条五号の罰則の適用を受けるものと断ぜざるを得ない。」と判断しているが、右判決の内容は最高裁判例の内容を引用したものであつて、全く法の解釈を誤つたものと言わねばならない。

右判決の「国家が直接の侵害を蒙つたものとは言い得ないのであれば、もうそれだけで国民を処罰する必要はないのみならず、処罰することができないものである。

また、「企業の独占の確保」は本件製造たばこを定価で国民に販売したことによつて十分に達せられたものである。

更に「該企業の健全な運営並びにその信用の維持、向上」は、小売人を法第五章の規定で監督取締ることによつて、十分に達せられるものであつて、一度、国民に販売した製造たばこを追いかけ廻して、国民を監督取締らねば、「企業の健全な運営並びにその信用の維持、向上」ができないということは、全く社会的、経済的事象を認識しないものと言わねばならない。

更に、「その販売の段階において励行しようとしている諸種の監督統制を乱し」と判断しているが、公社がその販売の段階において監督統制している者は小売人であつて、国民ではない。国民が製造たばこに関係するのは販売の段階ではなく、販売された後の段階であつて、そこには、乱すべき「諸種の監督統制」が行われていないのである。

公社の製造たばこの販売に対する監督統制がいかなる内容のものであるか否かを、御庁は、もう少し法律的頭脳によつて判断していただきたい。

原審の判決理由は、誠に牽強附会のもので、真面目に裁判しているものとは到底認められないものである。

一七、専売法第五章販売の各条項を通読すれば容易に理解できるように、この第五章は公社が小売人を監督取締ることができることを規定したもので、それは一方では小売人の権利義務を規定したことにもなる。専売法は第二九条で、小売人を特別に監督取締りするために小売人指定制度を設け、公社又は小売人でなければ製造たばこを販売してはならないと宣言したのである。

右二九条一項は、「公社は、その指定した製造たばこの小売人に製造たばこを販売させることができる」と規定し、公社は自ら販売しないで指定小売人によつて販売することができることを第五章の冒頭に掲げて、以下第五章の条項によつて小売人を監督統制しているのである。

そして、小売人の指定は、法第三〇条により、営業所の位置を定め、営業所ごとに指定しているのであつて、換言すれば、小売人指定は人について許可するのではなく、営業所について許可するのである。

次に法二九条二項は「公社又は小売人でなければ製造たばこを販売してはならない」と規定して、右財政許可権の根拠を設定するために、一般的禁止条項を規定すると共に、右許可権を侵害する行為を一般的に禁止しているのである。

右規定は、小売人なら販売してもよろしいということではなく、小売人は、その指定された営業所においてのみ販売することができるというのである。従つて、指定小売人についても、右第二項違反があるのである。

本件公訴事実によると、「被告人は、日本専売公社より指定を受けた製造たばこの小売人でないのに、」として構成要件を記載しているが、指定を受けた小売人でも、右二九条二項違反があるのである。

右構成要件が正しいのであるならば、指定小売人は、営業所外で販売してもよいことになるのであつて、そうなると、自由販売競争となつて、指定小売人制度は根本から崩れて了うことは必定である。

それ故にこそ、法二九条二項の制定の趣旨目的があるのである。

販売してはならないというが、製造たばこは公社が供給独占しているものであるから、公社以外から仕入れることができず、従つて公社又は小売人でなければ販売することができないものであつて、法二九条二項違反とは後述のように僅かに四つの場合が考えられるのみで、その違反など殆どあり得ないような現状である。右違反がないということは、刑罰が恐いのではなく、財政許可の取消（四三条一項）が恐いためである。

一八、第五章販売において、消費者について規定した条項は一か条もない。

しかしながら、消費者が製造たばこを自由に再売買できることを前提とした規定には第三七条第一項があり、同条は

「小売人は、販売のために公社以外の者から製造たばこを譲り受けてはならない」

と規定している。右の「公社以外の者」とは、小売人及びその他の一般国民を意味しているのである。この規定は、公社以外の者が譲り渡すことができることを前提としたものであり、小売人は自家用のためならよろしいが、販売のために例えば喫煙しない者に贈答されたたばこを譲り受けてはならないというのである。

またその第二号の「競落により取得するとき」との規定を解釈すれば、右競落における債権者及び債務者は一般国民であり、その競落価格は当然に、競争で定まる低い価格であることが理解できるであろう。

仮りに製造たばこの再売買が専売法違反になるのであるならば、債権者はこれを競売することができないのであるから、債務者は数万個のたばこを一度に買入れて、自己の財産を保全することができるので誠に有難い法律である。

一九、法第二八条但し書で、個人は自家用のために許可を受けて製造たばこを輸入することができると規定しているが、右個人は、輸入した製造たばこを他に転売しても処罰されることがない。それは、輸入のときにその価格の三五%の関税が課せられているので、国の専売収益が侵害されたと認められないから処罰しないので、当然のことである。

最高裁の判例に従えば、右輸入たばこの転売は、当然に法二九条二項違反となつて、処罰されることになるのである。

二〇、法七九条は、専売法違反事件について、国税犯則取締法を準用する旨規定しているが、右規定は、専売法違反事件が税金事件即ち租税犯であることを表明したものである。

間接国税を課せられた物品、例えば酒、ビール、砂糖等が、製造又は販売のどの段階で課税され、その課税された物品が国内市場においてどのように流通し、国民がその課税された物品を再売買すると処罰されるか否かを、とくと御検討願います。

酒税法は、酒類の販売につき免許制度をとつているが、「酒場、料理店その他酒類をもつぱら自己の営業場において飲用に供する業についてはこの限りでない。」（酒税法九条）としている。即ち、一度酒類販売業者から販売された酒は、すでに酒税が賦課されているので、酒税法はその目的を達成したのであるから、その後準消費者である酒場、料理店が更に販売する行為は、酒類販売業と言わないのである。

一般に、酒はたばこと共に重い税金をかけられているものとされているが、酒については一度販売業者から販売されたものは、酒場などで更に販売されても酒場業者を処罰しないが、たばこの場合は、一度販売したたばこを国民が更に販売すると処罰するというのが御庁の判例である。

酒とたばこの消費過程における売買について、十分に比較考量したならば、右のような相違があり得る筈がないことが十分納得が行く筋合のものである。

国税通則法八五条は、酒類の販売業の免許については、国税通則法を適用しない旨を規定している。右は、右免許が国税に関する免許ではなく、一般的行政免許であるから行政不服審査法の適用を受けるものとしているのである。

たばこ小売人の免許もまた、行政免許の一種であることは後述のとおりである。

右八五条のような規定を理解することは左程困難であるとは認められない。

この法七九条のみでも、本件被告事件が無罪であることを証明するのに十分であると考える。

二一、従来の判決が、しばしば、景品たばこの再売買を取締る理由として、景品たばこの再売買は小売定価（法三四条三項）で販売されないから、法の規定する定価販売制度を無視して公社の専売収益を侵害するので、右再売買を法二九条二項違反として取締るのであると判示しているが、右は経済的、社会的事象を全く認識しないものである。

定価販売制度は、小売人に義務を課し、消費者が必ず定価で買受けられる権利を保護する規定であつて、公社や小

売人のための規定ではない。それは、国民が税金を納付することに対する権利であり、国民は平等に納税する権利と義務を有するからである。

右規定を援用して、国民が小売定価以上又は以下で製造たばこを再売買することを取締る理由とすることは、全く法を理解しないものと言わねばならない。

前記酒税法の規定に従つて、酒場で酒を定価で販売させたらさぞ面白い世の中となるであろう。

公社から販売された製造たばこは、国民の所有物になつたとき、それは純然たる経済財として消費又は流通することになるのである。そして、製造たばこが流通市場に出現するとき、その価格は限界効用の原則に従つて自由に形成されるのである。

製造たばこは耐久消費財でないから、その保存が困難で、いわゆる買置きができないし、また、たばこが個人の欲望を充足する限界効用は非常に大且つ性急である。従つて、個人の所有する貨幣の限界効用によつて、たばこの価格が自ら決定される。これが経済法則である。販売された製造たばこに労働と資本が附加されゝば、その価値が増大するのは当然のことであつて、専売法は、右価値の増大を国家権力をもつて否定しているものではないのである。

パチンコの景品たばこが定価より安く取引されることが定価販売違反となると主張するならば、公社はこれを販売価格で引取るべきである。公社はそんな用意をしていない。

わが国の裁判所は、自由な国民経済市場に介入し、その自由市場を違法裁判によつて攪乱し、これをもつて司法における正義の実現であると解釈しているのであろうか？

裁判所が国民経済市場に対しいかなる方法で関与することができるかをとくと御検討願います。

公社が税金込みで売渡した製造たばこは、国民がこれを喫煙するまで専売法によつて監督取締ることができると考えることは誠に常識を欠くものと言わねばならない。

公社が製造たばこを販売したとき、その所有権は消費者に移転したのである。従つて、その後において、専売法違反の発生する余地は全くないのであつて、換言すれば、違法性の評価を受けることは全くないのである。

国はいかなる権限に基づいて、国民のたばこ所有権を侵害することができるというのであろうか？

一箱のたばこは、国民の財産であると認めることができないというのであろうか？

最高裁判所は、国民の財産権であるたばこ所有権を明白に侵害して、憲法二九条一項違反の裁判をしているのである。

二二、公社や警察は、いわゆるパチンコの景品買いを取締るのは、右景品買いが街の暴力団の資金の供給源になつているからと主張し、国民もそれを納得しているが、誠に法の濫用といわねばならない。

裁判所の誤判が右のような取締手段を提供したのだろうが、年間四、五千人の罪人を作るのなら、何故に製造たばこをパチンコの景品に使用することを禁止しないのだろうか？

公社は、製造たばこがパチンコの景品として使用されるようになつて、その販売量が急速に増大し、消費者の嗜好が低級品からパチンコに使用されている高級品に移行してきたので、パチンコの景品の取締りは風俗営業等取締法により都道府県公安委員会の権限であると逃げているのである。行政とは何をすることであるかを当局者は知らないようかみそり刃等の景品売買は未だ処罰されていないようである。

そこで現在、国民は自発的に、製造たばこの景品を止めて安全うである。

昨年の東京都におけるぐれん隊防止法制定に当つて、景品買いのうち製造たばこの取締りは、たばこ専売法によつて十分であるが……としているが、その刑罰を比較考量してみれば、おかしいことは直ちに判明するものと認める。

別紙三は、朝日新聞の昭和三八年二月二七日付朝刊の報道で、右報道は、衆議院予算委員会第一分科会における質疑応答で、田中蔵相は「昨年度から今年度にかけてたばこの売行きが悪く、歳入面に支障が出ても困るので販売面のテコ入れとして小売手数料を改定した。」と述べている。

右たばこの売行きが悪くなつたのは、裁判所が違法裁判によつて、罪のない国民に対し、数万人を処刑し、数億円の追徴金を課し、トラック数百台分という製造たばこを押収して廃棄するという、全く常識で考えられないことを強行しているためである。

前述のようにパチンコの出現によつて、たばこの売行きが急速に増大したが、裁判所が検察官及び専売監視と協力して、違法な取締りを強行して、たばこの売行きを低下させているのである。国民は正直者であるから、パチンコ遊びで儲けたと思うと一日一箱のところを二箱吸うし、四〇円のピースを三五円で手に入れゝば、一週間には一箱余分に吸う気になる。

裁判所の違法裁判によつて、パチンコ店ではたばこを取扱わなくなつたので、それによる売行きの低下は約一三〇億円と見込まれている。

御庁第一小法廷は、その名誉のために、同庁昭和三七年(あ)第四一〇号たばこ専売法違反被告事件（以下(あ)第四一〇号事件という。）において、弁護人の本件と同様な無罪の主張を、故意に、違法に、政治的に棄却して、これを握り潰そうと努力したことが認められるが、そのようなことが可能であろうか？

最高裁判所がその豊かなる学識経験によつて、立法者の予想もしなかつたような独自の見解を立て、違法裁判を強

行し、国に一三〇億円以上の損害をかけたことについて、国会が放置しておくと考えているのだろうか？

二三、要するに原審は、従来の裁判所と同様に、被告人の所為を違法であると認定している。

第一審は、「被告人の本件所為が、直接には企業の健全な運営とその信用の維持、向上をそこない、窮局においては専売権を侵害する危険性を有し、国家的法秩序に違背するものであることは明らかである。」と判断しているが、右は誠に独自の見解を展開して自己満足しているに過ぎないものである。

専売収益が僅か一円の侵害さえも受けるおそれがないのに、「侵害する危険性を有し」とは一体どんな危険性なのであろうか？　その判断の内容は誠に空虚なもので何等の法律的意味をも有しないものである。

「国家的法秩序に違背する」というが、どんな法秩序が存在するのだろうか？

あくまでも自己の違法判決を固守することが裁判所の名誉を維持することになるとでも考えているのだろうか？

裁判所は、国が農民から原料を買い集めて、加工して、もうけ放題の値段をつけて国民に売り付け、国民がこれを買つた者から入手して、よそに売るのは不届千万であるというのである。

裁判所は、国が殿様商売をしているのだから勝手なことをすることができるのだというが、今の世には殿様がいないから、裁判所の権力によつて適法が化けて違法となることはない。

ともかくも、小売人が販売した製造たばこは、消費税が課税されたものであるから、たばこ専売権は右販売においてその目的を達したのであつて、右製造たばこを再売買しても専売権を侵害するということ、即ち違法性は全くないのである。

よつて被告人の所為は国家的法秩序に違背しない適法な行為である。

第二、原審は本件公訴事実が、たばこ専売法二九条二項及び七一条五号の規定する罪の特別構成要件に該当しないのに拘

らず、これを該当するとして違法に処罰した。

一、最高裁判所第一小法廷昭和三二年三月二八日判決（以下一小判例という。）は、「たばこ専売法第二九条第二項の販売とは不特定、多数人に対してなす目的を以てなされる有償的譲渡行為を指称し、必ずしも営利の目的を要するものと解すべきでない」と判示しているが、右は全く法の解釈を誤つたものである。

二、法二九条二項の販売とは、公社又は小売人が専売の本質上、国内の一般消費者に対して製造たばこを売渡す行為を指し、その相手方は不特定、多数人という限定されたものでなく、国内の消費者全部であり、その譲渡行為は売り渡し以外の有償的譲渡行為を指すことがなく、当然に利益を得ることを目的とするものである。

三、有償的譲渡行為には、売買のほか、代表的なものとして、交換及び利息付消費貸借がある。

公社が製造たばこを交換や利息付消費貸借で譲渡することはない。また、小売人が製造たばこを交換で消費者に譲渡することは法三四条三項の定価販売違反になり、利息付消費貸借で譲渡することは、その製造たばこは同種同量で返還されることになるので、法三七条一項の譲受販売制限の規定に違反することになるから一般に行われていない。

四、そうすると、右一小判例の判示した販売の意義は誤りでなければならない。大は小を兼ねるのであるから、右一小判例の定義でも誤りであるとは言えないとの主張は、右一小判例が適用されている具体的被告事件をみれば、到底認められないところである。

五、一般に販売とは、売り捌くこと又はあきなうことであつて、それは売買のうちの売渡行為を指している。

そして民法の規定する売買は、或財産権と金銭を引換えることである。

六、専売の目的は、製造たばこに税金相当額を賦課して売り渡すことであるから、税金相当額の収益を得ることが目的で、その収益は常に金銭で実現することを前提としている。そして、右税金相当額は独占利潤に当るものであるか

ら、当然に営利の目的を有している筈である。

七、法七一条五号にいう販売の場合には、法二九条二項とは少し範囲が異り、「必ずしも営利の目的を要するものと解すべきでない」と定義してもよさそうであるが、右条項が財政上の行政取締りのための罰則であることを考えると、営利を目的としないものなど取締る必要がないから、結局右一小判例は誤りである。

八、わが国の裁判所は、パチンコの景品たばこの再売買を、単純に違法行為と観念し、これを処罰することが正義であるかのように錯覚し、専売法にいう販売という意義を、罪刑法定主義の原則の一適用である類推解釈禁止の原則に反して適用し、販売の概念を有償的譲渡行為の全部に拡大して、毎年五千人以上の罪なき国民を処罰して来た。

九、しかしながら、右のような不正義がいつまでも維持される筈がなく、右一小判例が販売の意義に与えた独自の解釈は、精巧に組立てられている専売法のみによっても容易に誤解であることを明らかにすることができる。

一〇、専売法は財産権を移転する行為につき、次のような用語を、それぞれ正確に使い分けている。

(一)販　売　二、二九、三〇、三四、三七、三八、三九、四一、四三、四四、六〇、六五、六七、六八、六九条

(二)譲り渡し　四八、六六条

(三)譲り受け　三七条

(四)譲り渡し又は譲り受け　一二、二六、六五、六六条

(五)売り渡し　二、四六、五〇、六〇、六二、六三条

(六)買受・買い受け　四三、四七、四八、四九、五〇、六一の二条

(七)一手買取　二条

(八)買戻・買い戻し　四五、四九条

(九)輸　入　二、二八、六一、六四、六五、七二条

(一〇)輸　出　四六、四七、四九、五〇、五四、五五、六〇、六一、六一の二条

(一一)収　納　五、一九、五四条

(一二)納　付　一八、五五、七〇条

(一三)取　得　三七条

(一四)交　付　六四条

(一五)没　収　六六、七五条

一一、右一小判例のように販売が有償的譲渡行為であるのならば、譲り渡し及び売り渡しを区別せずにこれを販売一本で規定したらさぞかし簡単であろうと考える。

しかるに専売法は、右用語を明確に区別して使用している。

一二、販売なる用語は製造たばこの販売の他に、巻紙（六〇条）、製造たばこの製造用器具機械（六五条）及び製造たばこ代用品の販売（六七条）について用いられている。そして、たばこ専売は製造たばこの販売を目的とするもので あつて、巻紙の販売については、専売権が規定されて、国内の一般消費者に対する販売を予定しているが、現在は巻紙の販売をしていない。また、他の二者については、専売権がなく、右規定は、製造たばこの販売を確実にするための手段即ち、密造を容易にする器具機械及び密造に等しい代用品を取締る規定で、附随的規定である。

器具機械及び代用品の販売は、不特定、多数人を相手方とする売却で、代用品については更に営業を目的とすることを要件としているのであつて、その販売の用語は、製造たばこの販売とは異り、普通の販売を意味している。

一三、以上によつて明らかなように、専売法においては、製造たばこの販売とは、公社又は小売人が製造たばこを税込

み値段即ち小売定価で一般消費者に売り渡す場合のみを意味しているのである。右一小判例が販売を売り渡しより広い有償的譲渡行為と解したり、国内の一般消費者を不特定、多数人と定義することは、誠に違法なものである。

公社が小売人に製造たばこを引渡すことは販売とは言わない。この間の関係は売り渡し及び買い受け（四三条一項五号）と言つている。法には明文がないが規則には明文がある。

公社から小売人に対する売渡価格は小売定価から小売人手数料約八分を差引いたもので、小売定価による売り渡しではないから、法の用語例により販売とは言わない。

右八分の差額は手数料といわれているが、これは行政手数料でなく、小売人に認められた販売利益である。

法の用語例による製造たばこの販売とは、同一の製品についてたつた一回行われるだけで、二回以上行われることがないのである。換言すれば同一の製造たばこについては、消費税相当額が賦課されて消費者に売り渡されるときが販売であつて、その後に、販売ということが再び行われることがないのである。即ち、国は同一の製造たばこについて二回以上消費税相当額を徴収することがないのである。

本件被告事件の製造たばこについて言えば、小売人からバチンコ店に売り渡されるときが販売で、被告人から他の人々に売り渡されるときは、販売ではなく、単に売り渡しと言うのである。

一四、さて、それならば、専売法においては、製造たばこの販売と売り渡し及び譲り渡しとをどう使い分けているのであろうか?

先ず販売は、前述のように公社又は小売人が小売定価で消費者に売却する場合である。

次に製造たばこの「売り渡し」という用語は、公社が輸出のために売り渡す場合（四六条）と、農薬の製造の用に供する目的その他の目的に充てるために売り渡す場合（六二条）にのみ用いられている。

そして、これらの売り渡しは専売権に基づく販売でないから、専売収益を得ることを目的としたものでなく、小売定価より安い適当な売渡価格によつて売却され、そしてこれを買い受ける者は、公社により特定された者である。

公社から小売人に対する売却も売り渡しであることは前述のとおりであるが、公社は、小売人に対し販売のため売渡すのである。

「販売」と「売り渡し」との差異は、その価格及び買受人で明確に区別されているが、いずれも売買契約の売却であることにおいて同一である。

製造たばこの「譲り渡し」という用語は、輸出業者が輸出のため公社から買い受けた製造たばこを輸出前に他に譲り渡す場合（四八条）及び公社の売り渡さない製造たばこを譲り渡す場合（六六条）においてのみ用いられている。

そして、この「譲り渡し」は有償及び無償譲渡行為を意味しており、相手方が特定且つ一人である場合でも適用されるものである。従つて、右譲渡行為の内容は前述の「販売」及び「売り渡し」よりも更に広く、製造たばこ所有権の移転行為すべてを意味しているのである。

一五、「販売」と「売り渡し」とを区別する用語例は、前記各専売法に共通のものである（塩専売法一八条、二一条、アルコール専売法二〇条、二八条）。また、あへん専売においては、あへんに消費税相当額を賦課することがないから、あへんの販売という用語例はない（あへん法二条、三四条）。

最高裁判所が、その権威をもつて、立法府及び行政府に対抗し、各専売法の用語例を完全に無視して、独自の解釈を与えることは、いわゆる刑法における解釈の独自性として立派な態度であると考えられるが、立法府の予想もしなかつた独自の違法な解釈を行つて、国民の基本的人権を侵害することは、法律による裁判としては、許されないことと言わねばならない。

一六、たばこ専売法における罰則の適用については、販売した物品を買い受けた者は処罰されない。

製造たばこ及び巻紙については勿論、器具機械及び代用品についても同様である。

販売した物品を買い受けた者が処罰されないのであるから、右買い受けた者が更に売り渡す行為も、それを更に買い受ける行為も処罰されないのは当然のことである。

従つて、本件公訴事実のように公社製造たばこを再売買した者も、これを買い受けた者も処罰されることがない訳である。

製造たばこは、公社又は小売人が一般消費者に販売したときに専売権に基づく取締の効力の及ぶ範囲を完全に離脱するものであるから、その後は一般消費財として国民経済市場においてどのように売買されても処罰することができないのは当り前のことである。

製造たばこは、小売人に売り渡されたときに、専売収益を挙げてその目的を達し、実質的に専売権に基づく物的効力の範囲を離脱するのであるが、小売人がなお専売権に基づいて統制されているから、小売人の手元にある限りは、小売人に対する人的効力の反射的効力として、なお統制を受ける状態にあることは特に注意を要することである。

一七、公社から売り渡された製造たばこを買い受けた者は、これを輸出又は農薬用に充てないで、他に譲り渡し、又は消費したときには、法七一条一号によつて処罰される。のみならず、右製造たばこを譲り受けた者も法七一条六号及び七号によつて処罰される。それは、これらの売り渡された製造たばこは、その売渡価格が小売定価より低い、専売収益即ち税金相当額を加えない特別価格で売り渡されたものであるから、右のような低い価格で製造たばこが消費されることは専売権の侵害となるからである。

販売された製造たばこの再売買と売り渡された製造たばこの再売買とは、前者はこれを再売買した人を処罰しないが、後者は、これを再売却した者を含めて広く譲り渡した者のみならず、その相手方即ち買い受けた者を含めて広く譲り受けた者をも処罰しているのである。

右処罰は専売権の附随的効力に基づくものである。

何故に、法四八条一項違反が法七一条一号及び六号に分けて規定されているのに、法二九条二項違反が法七一条五号にのみ規定されているのだろうか?

何故に、法四八条一項違反が譲り受けの準備した者と規定していないのだろうか?

よくよく吟味すれば当然に納得のゆく事柄である。

一八、公社の「売り渡さない製造たばこ」は、譲り渡し又は譲り受けることはもちろん、これを所有し又は所持しているだけで処罰される(六六条、七一条一号)。

公社の売り渡さない製造たばことは、密造又は密輸入等のものである。

法六六条が「公社の販売しない製造たばこ」と規定しなかつたのは、売り渡し全部を含めるためである。

そして、この法六六条において明らかなように、密造又は密輸入の製造たばこを売り渡すことは、販売ではなく、譲り渡しである。

製造たばこの譲り渡しが販売より広い概念であることは前述のとおりである。

前記一小判例の「販売とは」の定義を右法六六条に適用したらどういうことになるのだろうか?

右罰条によれば、密造又は密輸入の製造たばこは、これを譲り渡し、又は譲り受ける行為のみならず、これを所有し、又は所持する行為をも処罰しているのである。それは、密造、密輸入の製造たばこについては、消費税相当額が賦課されていないから当然のことである。

なお、右法六六条一項の「但し、正当の事由により、これを所有し又は所持する場合はこの限りでない。」とは、前述の自家用のために、公社の許可を受けて輸入した場合又は法六四条により見本又は標本に供するために交付又は輸入した場合等である。

しかして、自家用のために輸入した製造たばこは関税が賦課されているから、前述のように、これを他に売り渡しても処罰されないが、見本等のために輸入したものについては、関税が賦課されていないから、これを処分するには更に公社の許可を受けなければならないし（六四条二項）、許可を受けないで処分すれば処罰される（七四条六号）。右条項の処分とは、譲り渡しより更に広く、自から消費即ち喫煙する場合を含むものであつて、その処罰規定は、法七一条でなく、法七四条である。

そうすると、この法六六条の解釈だけからでも、公社の販売した製造たばこの再売買が処罰されることのないことが理解できる筈である。

一九、原審は、本件の製造たばこについて、被告人がこれを所持することをもつて、製造たばこの販売を準備したものと認定しているが、誠に違法なことで、販売した製造たばこの所持を処罰するのならば、右六六条一項のように明確に規定した筈である。本法の立法者は、旧法においてはもちろん、新法においても、適法に販売された製造たばこを所持する行為をもつて、販売を準備した行為とは考えていなかつたのである。

原審のような販売罪の解釈は、誠に裁判所が独自の解釈によつて、専売者に売り渡すことを準備する場合のみを意味する販売の準備とは公社又は小売人が、消費税相当額を附加して、消費者に売り渡すことを準備する場合のみを意味するのであつて、本件の製造たばこのように小売人から正当に販売された製造たばこにつき、その後に、販売の準備に該当する行為が発生することは絶対に有り得ないのである。

従つて、原審の認定は、法の解釈を誤つて、事実を誤認したものである。

二〇、さて、それならば、法七一条五号の「第二九条第二項の規定に違反して、製造たばこを販売した者」とは、具体的にどんな例があるのだろうか？　これについてはわが国の法曹及び現在の専売公社職員は全く認識していないものと認められる。

そこでいよ〳〵、法二九条二項及び七一条五号の規定する罪、即ち無指定販売罪の特別構成要件的行為について考えてみる。

右無指定販売罪の特別構成要件的行為については、昭和二四年の新法立法当時において、立法者は次のような四つの行為を想定していたのである。

(一)　小売人が指定営業所（これをたばこ小売所という。）以外の場所で、出張販売の許可を受けないで（法三〇条四項）、営業所を開設して製造たばこを販売する行為

(二)　小売人がたばこ小売所以外の場所で営業所を開設しないで製造たばこを販売する行為、換言すれば、小売人自ら又は使用人を使用して行商をする行為

(三)　小売人の指定を受けない者が、指定小売人を僭称してたばこ小売所を開設して製造たばこを販売する行為

(四)　小売人の指定を受けない者が、指定小売人を装つて、たばこ小売所を開設しないで製造たばこを販売する行為、換言すれば行商をする行為

二一、わが国の製造たばこの販売は、原則として、公社自ら販売しないで、たばこ小売人を指定し右小売人をして販売させているのである。

右小売人を指定する行為は、たばこ専売法に基づく財政許可権の一種で、法二九条二項が一般的に禁止している製

造たばこの販売を、法二九条一項により特定の者に解除する行政処分であるが、右処分は単に製造たばこを適法に販売することができるという処分ではなく、むしろ公社の販売権の授権即ち権利設定処分に属するものである。

それ故、右製造たばこの販売権は、一種の営業権であるから、法は小売人が死亡したときには、当然に相続できるものとしている（法三三条）。

二二、無指定販売罪は、製造たばこを販売する行為そのものを構成要件とするものでなく、製造たばこを販売することによつて、法二九条二項の一般的禁止条項に違反して、公社の小売人指定権という財政許可権を侵害する行為を構成要件とするものである。

従つて、税法上の行政犯としては、脱税犯ではなく、租税秩序犯に属するものである。

そして、その保護法益は、製造たばこの円滑な販売による専売収益の確保である。

二三、条文作成の形式は、第一項が主で、第二項が従であることは常識的事項である。

法二九条が第一項に財政許可権を規定し、第二項に一般禁止条項を規定したのは、右第二項が補足的条項であることを意味しているのである。

立法技術としては、製造たばこが供給独占であつて、その供給ルートは、公社から消費者又は小売人から消費者の二つのルートしかないのであるから、右第二項をこのような条文で規定する必要がないのである。

そして、右第二項は、これを正確に「小売人は指定された販売方法に従わねばならない。」と規定し、その違反に対する罰則として、前記第二〇項の㈠ないし㈣の指定された販売方法によらない無指定販売罪、否、むしろ指定販売方法違反罪として規定すべきものであつたのである。

公社は、製造と輸入を独占して供給の完全独占をしているのであるから、右第二項のような一般的禁止条項を規定

する必要がないのである。即ち、小売人でない国民は製造たばこを仕入れる手段がないのであるから、販売したくてもできないのである。

右のような立法技術は、裁判所においても、法条解釈のために、常識として当然に理解されていなければならないものであると認めるがいかゞであろうか？

なお、酒税法九条の酒類の販売業の免許につき、前述のとおり国税通則法八五条が国税通則法を適用しない旨を規定している立法理由を考慮すれば、たばこ小売人の指定という行政処分の性質が自から理解できるものと認める。

二四、公社は、製造たばこの販売につき、たばこ小売人という販売機関を全国に設け、国民が容易に製造たばこを購買できるようにしている。

従つて、小売人の数が多いほど国民には便利であるが、小売人は、これを営業として行うものであるから、その経営が採算の取れるものでなければならない。

そこで、小売人の営業権を保護するために、公社は小売人を新たに指定するに当つては、既存の小売人と国民との利益を考量して、その営業所の位置を定め、営業所ごとに許可を与えているのである。

要するに、製造たばこの販売は、小売人がどんな方法で販売してもよいというものではなく、小売人が小売所で売り渡さねばならないのである。換言すれば、小売人は小売所における「店頭販売」のみが許され、そのほかの方法による売り渡しが禁止されているのである。

前記第二〇項に掲げた無指定販売罪の各構成要件的行為は、いずれも右「指定小売所における店頭販売」以外の販売行為である。

二五、前記第二〇項に掲げた無指定販売罪の構成要件的行為は、小売人の営業権をも侵害する行為であつて、小売人が

その営業権を侵害されて、その小売所を経営することが困難になると、全国にわたる製造たばこの販売機構が崩壊して了うことになる。

そこで、法は、その二九条一項において小売人指定権を規定し、公社をして小売人の配置を適当に行わせ、小売人の自由販売競争を禁止し、小売人の営業権を侵害する販売行為をもつて、国の財政許可権を侵害する違法行為として、法七一条五号により処罰して、製造たばこの販売を円滑にし、もつて専売収益の確保を期しているのである。

二六、前記第二〇項の㈠及び㈡の構成要件的行為は、指定小売人の行為であつて、その犯罪主体は指定小売人である。

第一審及び従来の判決は、無指定販売罪において、「被告人は、日本専売公社より指定を受けた小売人でないのに」と構成要件を設定しているが、右㈠及び㈡の所為は、指定を受けた小売人の行為であるから、右指定の有無を当然の構成要件とすることは誤りである。

右㈠及び㈡のような販売行為は、法三〇条が、製造たばこの供給を円滑にし、小売人の営業権を保護するために、営業所の位置を定めて、営業所ごとに小売人を指定している財政許可権を侵害するものであつて、殊に、小売人が各職場または家庭を廻つて行商した場合においては、指定小売人による販売機構が崩壊して了うことは明白である。

製造たばこは、単純に売れゝばよいというものでなく、販売機構を通じて、適正に販売されるよう、公社をして小売人を監督統制しているのである。第五章販売の各本条は、いずれも小売人に対する監督統制の規定であつて、国民に対する監督統制の規定ではない。

製造たばこが小売人を通じて適正に販売されるからこそ、地方税であるたばこ消費税が適正且つ公平に賦課されるのである。小売人が一度販売したたばこにもう一度たばこ消費税を賦課することはないのであるから、右販売後に国民を監督統制する必要は全くないのである。

二七、前記第二〇項の㈢及び㈣の構成要件的行為は、指定小売人の協力がなければできないものである。

即ち、製造たばこは、公社が供給独占しているものであるので、その供給を受けることができる者は、小売人のみであるからである。

右㈢及び㈣の所為は、無指定販売人（公社でこう言つている。）が、製造たばこを小売人から割引を受けて仕入れ、これを定価で売る場合で、要するに前述の製造たばこの販売に該当する場合である。

右の場合小売人が定価販売違反罪を犯すことになり、販売許可取消のおそれがあることはもちろんである。

製造たばこ販売の秩序は、景品買い即ち国民を処罰することによつてではなく、むしろたばこ小売人の販売許可取消によつて維持されているのである。

右㈢の所為については、前記一小判例が、「判示旅館業を営む者が、宿泊客等から、たばこの購入方を依頼されるのを予想して、予め小売人からたばこを購入しておき、客の依頼のある都度、これを取出して客に小売価格で交付しても、それが社会共同生活の上において許容さるべきものと認められる以上、無指定販売罪に該当しない」として、大変な名判決と言われているが、右は当然のことであつて、従来の裁判所は、右判示所為を右㈢の所為として認定していたのである。

しかしながら、右一小判決が無罪を言渡したことは正当であるが、そこに判示した理由の根本をなしている無指定販売罪に対する法律解釈は、誠に違法なもので、本件主張とは、その理念において異るものである。

右一小判決の判示事実において、仮りに、被告人の購買した小売人が定価以下で販売したのであれば、右小売人が定価販売違反罪（三四条）として処罰され、販売許可が取消されることになるのであるから、行政取締の目的は十分に達せられる。

また仮りに、右小売人が定価で販売したのであれば、被告人が、たばこを買置いて、客に定価で譲渡しても、更には定価以上で売り渡しても、右㈢又は㈣の無指定販売罪には該当しないのである。

客が、旅館の女中にたばこの購入方を依頼し、女中が、五、六百米もはなれた小売人からたばこを買つてきたら、その女中の労働は十分価値のあるものとして賃金が支払われねばならないものである。そして賃金は、一般に商品に附加されて、価額に加算されるものであるから、右の場合、光一個を百円で客に売り渡してもよいのである。

専売法において右のような売り渡しを禁止した条項はない。

客は、右光一個を百円で買うのが嫌なら、自分で買いに行くか、一晩、喫煙しないで我慢すればよいのである。客は、女中の労働に対し賃金を支払つて、自己の享楽を満足させるか否かの自由を選択できるのである。

裁判所がこゝに飛び出して、専売法違反のへ理屈をつけて、罪なき国民を罪に陥れる行政法上の必要は全くないのである。

たばこの購入方を他人に依頼し、それに対し、定価だけ支払えば十分であるということが裁判所において通用しいること自体が経済原則を無視した非合理且つ没常識な事象である。

右のような、経済的物の考え方がどうして裁判所に理解されないのであろうか？

酒類の販売につき、酒税法第九条が、酒場及び料理店等が酒類を販売するには免許の必要がないと規定しているのを考慮すれば、パチンコの景品買いが専売法違反になつたり、重い刑罰を科せられねばならないというような法解釈が違法であることは容易に納得できることである。

酒場が一〇リットルの酒に二リットルの水を加えて売ることは、二リットルの酒の密造となる筋合のものであるが、実情はいわゆる水酒を取締つていない。

右脱税さえも取締つていないのに、何故に景品買いが取締られるのであろうか？　裁判所はもう少し真面目に良心に従つて法律解釈をなすべきであると認める。

二八、製造たばこのような軽小な生活必需品を、行商で販売することは、米の「かつぎ屋」と異り、一個につき一円の利得でも十分に採算のとれるもので、仮りに小売人が二円、行商が一円の儲けとなるのであつても、手広く行商したならば、ある地方の製造たばこの販売を一人の小売人が独占することはすこぶる容易である。

右独占こそ、正真正銘の製造たばこの販売独占である。

現在、パチンコ店では、特定の小売人から、消費者のために一度に数千個ないし数万個の製造たばこを購入しているので、小売人制度は相当の混乱を生じているのである。

別紙四は、昭和三八年三月一〇日付の朝日新聞の朝刊記事であつて、右記事において採上げられている犯罪事実は正真正銘の無指定販売罪の摘発事件であつて、前記第二〇項第二号に指摘しているたばこ小売人の行商行為に該当するものである。

右摘発事件は「大阪市のたばこ小売人が昭和三二年ごろから大阪、兵庫、和歌山、奈良のパチンコ店計二〇三軒に大量のタバコを定価より安く売つていたもので、六年間の売上げ総額は約百億円、約一億円を儲けていた」というのである。

右百億円相当のたばこは、トラック二五〇〇台を必要とするばく大な数量である。

右被疑小売人のため、右四府県の小売人は、百億円の八分即ち八億円の利益を得ることができたのに拘らず、その利益を失い、右被疑小売人一人が一億円儲けたのみである。

右三県及びその市町村は、現在の地方消費税が府県税が一〇〇分の八、市町村税が一〇〇分の一一であるから、右

一人の小売人のためにその地方消費税収入において、約一八億円相当の損害を受けたことになるのである。

右損害の発生は、実に最高裁判所の従来の違法判決に基因して発生したものと認められるから、国は、右損害につき、これが損害賠償の責任を負担しなければならないものと認める。

右被疑小売人が、一人で一府三県にわたつて製造たばこの行商を行つて、その販売を独占したことは、正に前記の製造たばこの販売独占である。

製造たばこの販売機構における前記の混乱の原因は、パチンコ店が特定の小売人から多量に購入することにあるのであつて、景品たばこの再売買にあるのではない。パチンコ店の多量購入さえも取締れないのに、その後の景品たばこの再売買がどうして取締れるのだろうか?

従来の裁判所は、国が、本件被告事件のように多額の罰金を徴収し、多額の追徴金を取得できるので、国の財政収入を得る目的のために、罪刑法定主義に違反して、これに協力しているのだろうか?

御庁第一小法廷が右被疑事件のような正真正銘の無指定販売罪のあることを認識せず、前記(あ)第四一〇号事件において独自の法解釈を行つて、違法判決を維持しようと努力していることは誠にその職責を果さないものであると認める。

二九、小売人は規則によつて、その営業所に軒看板及び標札を掲示しなければならないことになつているので、指定小売人でない者が右掲示をして小売人らしい外観を作り出したときに、はじめて前記第二〇項の(い)又は(ろ)の無指定販売罪に該当することになるのである。

右の場合指定小売人を僭称しているので、専売法が小売人制度を設けて、国及び消費者の利益を保護しようとしている目的が侵害されるから、これを処罰するのである。

無指定販売罪は、販売する専売貨物が不法のものであるから処罰するのでなく、小売人でないのに小売人と称して公社の小売人指定権即ち財政許可権を侵害する行為を処罰するのである。

専売法違反罪は財政犯であるから、原則として、国税犯則取締法の適用を受けるのである。

租税犯に対する通告処分は裁判権行使の前段階ないし並行的行政処分に属するので、わが国の裁判所は殆ど関心を持たず、従つてこれに対する知識もないように認められる。

三〇、一体裁判所は、本件被告事件のような景品たばこの再売買を放置しておいたら、どのような結果を招来すると考えているのだろうか?

第一審は、「ところで、一旦公社又は指定小売人が一般消費者に小売定価で販売した製造たばこを、右買受消費者または以後の買受人が更に他に売却しても、法の根本目的である財政収入の面において、なるほど直接には国家を侵害するものとは言い得ないが、例えば実際の消費者において小売定価より安く買い受けるべく、公社又は小売人より買い受けた一部買受消費者等より製造たばこを買い求めることが多くなるに至れば、公社または小売人より直接買い受ける当事者は事実上実際の消費者でない再売買の仲介をなす一部の者に偏し(右のようなことを想像する第一審は誠に無知の世間知らずであると認める。)その結果は順次小売定価の維持が困難な事態に立ち至つて、企業の健全な運営を害し、製造たばこが一部の仲介者の手を経ている間に品質がそこなわれて、企業の信用を害し、ひいては需要の減退を招くに至るなどのことが考えられ、ひいては法の根本目的である財政収入を侵害するに至るものである。」と判断しているが、誠に非常識、非法律的判断と言わねばならない。

第一審は、「順次小売定価の維持が困難な事態に立ち至つて」と述べているが、どんな現象を想定して判断しているのだろうか?

また、第一審は、「仲介者の手を経ている間に品質がそこなわれ企業の信用を害し、ひいては需要の減退を招くに至る。」と述べているが、定価販売制度の確立しているたばこが小売人でない者によって、定価より安く売られるとき、右たばこが定価で売られるたばこより品質が優れているということは第一審裁判官のみが考えることであり、国民は「安かろう悪かろう」と考えている。

たばこが安く売られるのに、「その需要の減退を招く」とは、経済法則を全く知らない者の言うことである。

第一審及び原審は、従来の判決のように「たばこ専売法の根本目的とする財政収入の面において直接の侵害を与えるものとは云い難いけれども」気に喰わないから処罰するというのであろうか？

基本的人権の尊重が裁判所に課せられた最大の使命であるのに拘らず、裁判所が、どうして右のようなへ理屈をこねまわして国民を処罰しなければならないのだろうか？

国が景品たばこの再売買を放置しておいても一向に弊害がないのである。

現に、景品たばこの再売買によつて処罰されているのは、その百分の一にも充たない行為である。残りの百分の九九の行為についてどんな弊害が発生したのであろうか？

ぐれん隊の取締のためならば、なにもたばこ専売法をかつぎ出す必要はないのである。

三一、前記第二〇項に挙げた無指定販売罪の各行為を放置しておいたらどのような結果になるのであろうか？

裁判所は、右結果がどうなるか、そんなことは考える必要がないとか又は、そんなことを考える能力がないというのであろうか？

たばこの行商が横行したら、国民は大歓迎するであろう。困るのは小売人のみである。

小売人が困れば、小売人制度が崩壊して了うだけである。

小売人制度が崩壊しても、たばこ行商人が横行しておれば国民は困らないし、製造たばこの売上げも落ちないだろう？

裁判所が独占企業ないし公企業の経営というものをもう少し考慮したならば、その判断はもう少し正確なものになるものと認める。

わが国の裁判官の中にも、製造たばこを購買した経験のある者があると考えるが、一体、国民は製造たばこを「指定小売所の店頭販売」以外の方法で購買しているだろうか？

また、国民は製造たばこを行商人から購買しているであろうか？

たばこ行商人がおつたら便利だろうと考えたことがないのだろうか？

裁判所は、たばこ小売人が、製造たばこの御用聞きや行商をしないのは、いかなる理由であると考えているのだろうか？

裁判所は、景品たばこの再売買は違法であるが、小売人が行商や御用聞きをすることは差支えないと考えているのだろうか？

別紙三の朝日新聞昭和三八年二月二七日付朝刊記事は、衆議院予算委員会第一分科会における質疑応答を報道しているもので、そこで問題になつている社会的事実は、特定のたばこ小売人がパチンコ店や料理店などへ、値引販売又はリベート方式によつて多量の製造たばこを売込んでいる事実を明らかにするもので、一七六、〇〇〇人のたばこ小売人のうち一三七人の大口小売人が月間手数料の改定による増額分の半額近い四億円を手に入れる見込みであると述べている。

小売人が前記第二〇項第二号のような行商行為を行えば、右のとおり小数の小売人が利益を得るのみで、小売人制

度が崩壊して了うことになるのである。

さればこそ、国会において、右無指定販売罪が問題となり、百数十人の大口小売業者を無指定販売罪として告発すると主張されているのである。

小売人の無指定販売罪は、小売定価販売違反罪と結合したときにその偉力を発揮するもので、別紙四の被疑事件のとおり、一小売人が毎日トラック一台分のたばこを行商することができることになるのである。

最高裁判所の従来の違法判例によれば、右被疑事件は無指定販売罪に該当しないというのであつて、専売公社が右違法判例に従つて罪のないパチンコの景品買いのみを取締つているので、別紙三、四の事件が発生したのである。

三二、最高裁判所第三小法廷昭和三二年七月九日決定は、法二九条二項に違反する事例として、「公社又は指定小売人でない者が、指定小売人から売り渡された製造たばこを本件のように反覆継続してする意図の下に他に販売する場合（四十四日間に一日平均約千個を同一のパチンコ屋に販売）はたばこ専売法第二九条第二項に違反する。」（以下三小判例という。）と判示しているが、右三小判例は、前記一小判例が販売の相手方が不特定、多数人と判示したことに対し、これでは賄い切れないためにこれを拡張して、特定且つ同一人であつても反覆継続して多量に販売する場合は無指定販売罪となるものとしたのだろうが、右三小判例の反対解釈として、少量の製造たばこの販売ならば無罪であるというのであろうか？

現に、最高裁判所第一小法廷昭和三三年四月一〇日判決（集一二巻五号八〇六頁）は、一人に売渡すのは販売でないと判示している。

右三小判例も、前記一小判例及び原審判決と同様、下の方が無罪、上の方が有罪という珍妙な法律解釈らしいので、いわゆる空中楼閣論と言われるもので、いずれも、たばこ専売法を理解していないために、おかしな誤判を重ね

ることになつたものと言わねばならない。

三三、第一審は「被告人は日本専売公社より指定を受けた製造たばこの小売人でないのに」と認定しているが、右語句は本件起訴状に記載されているところで、罪のない者を無理に罪におとし入れようとするためには、こんな枕言葉を用いなければならないのだろうか？

指定を受けないということが特別構成要件の一部をなし、証明の対象となつているつもりなのであろうか？

三四、原審は、「被告人は、……販売のため発送すべく、右製造たばこピース一〇本入六、〇〇〇個及びいこい二〇本入三、〇〇〇個を梱包荷造りして所持し、もつてその販売の準備をしたものである。」と認定しているが、被告人が製造たばこを販売の目的で所持したことが、販売準備罪に該当するものであろうか？

法七一条五号は「これらの販売を準備した者」と規定しているのであつて、販売を準備した者と販売の目的をもつてこれを所持したる者（刑法一三六、一七五条）とは異る概念である。

三五、製造たばこの販売は小売人が営業所において行う商売である。従つてそれは人的及び物的設備を必要とするものであるから、販売の準備ということが言えるが、原審判決及びすべての判例の判示するように、所持が即ち「販売の準備をした者」に該当するならば、何もわざわざ販売準備罪という特別構成要件を規定する必要がないであろう。

丁度、法六六条一項のように、「公社の販売した製造たばこを所有し、所持し、譲り渡し、又は譲り受けてはならない」と規定すると、裁判所の希望する刑罰を自由に科することができるであろうと認める。

本法にいう販売の準備とは、具体的には、偺称小売人が小売所を開設したり、軒看板又は標札の掲示をすること等である。

三六、さて、刑法上、販売罪の保護法益は何であろうか？

(一) あへん（刑法一三六条）及びわいせつ物（同一七五条）の販売罪は、その販売物品そのものが法秩序に反するから、販売によつて広く頒布することを禁止しているのである。

(二) あへんの吸食器具の販売罪は、器具そのものは商品に過ぎないが、その使用目的が法秩序に反するものであるからその販売を禁止するのである。

(三) たばこ専売法における巻紙（六〇条）、製造たばこ製造用器具機械の販売罪は密造を容易にするから取締るのである。

(四) 製造たばこ代用品の販売罪は、公社製造たばこの競争品の出現又は密造に類する行為を取締るためである。

(五) 無許可出張販売罪（三〇条）、小売定価販売違反罪（三四条）、買受販売制限違反罪（三七条）、及び破損たばこ販売罪（三八条）は、小売人の売渡行為を統制するための取締規定であつて、専売貨物の販売そのものを処罰するものでない。

右各条が、第一審判決が述べている「たばこ専売制度を円滑に施行し、その健全な運営とその信用の維持、向上を期すべく」小売人を監督取締つている規定であつて、右各条は明確に「小売人は、」と規定している。右各条が「景品買い」にも適用になるにも拘らず、「景品買い人」を監督取締ることが困難であるから法二九条二項をもつてこれを処罰するというのであろうか？　もう少し真面目な裁判をしていただきたい。

なお、右各罪においては、その取扱商品は正当な物件、即ち公社の売り渡した正当な商品であつて、密造又は密輸入した不正な商品でないのであるから、その押収品を没収することを注意しなければならない。それは右各罪は財政秩序犯であるから没収を科さないのである（法七一条一及び八号、七四条一号、七五条一項）。

三七、法七一条五号は「二九条二項の規定に違反して、製造たばこを販売し、又はこれらの販売の準備をした者」と規

定している。

しかして、無指定販売罪の本質は、前記のとおり販売行為ではなく、財政許可権侵害行為であるから、この場合犯則物件というものが存在しない。即ち製造たばこの販売は私法行為であり、正当な商品の販売であるから、その所有権移転そのものが処罰の対象となることがないのである。

右の場合、製造たばこを販売した者は小売人として販売したのであるから、その価額は小売定価である。

仮りに右小売人が小売定価で販売しないならば、何人もこれを小売人と認めないであろう。国民が指定小売人と認めるからこそ、小売人指定権侵害罪として右僭称小売人を処罰するのである。

小売定価より安い又は高い価額で販売する者は指定小売人と称することはないだろう。小売定価より高い価額でも売れるということは、その製造たばこにそれだけの価値が認められるからで、右価値はいわゆる経済人によつて認定されたものである。

指定小売人から容易に買受けられるのに、他から小売定価より高い価額で買受ける馬鹿者は今の世の中にはいない。

三八、以上述べたところにより、公社又は小売人が販売した製造たばこの再売買は、法七一条五号の販売又は販売準備罪の特別構成要件に該当するものでない。

従つて、本件公訴事実は右販売準備罪の特別構成要件に該当しないものである。

第二点　本件製造たばこは、小売人が正当に販売した公社製造のものであるから、これを没収することができないものである。

従つて、原審が被告人に対し、没収を科する言渡をしたのは、法七五条、刑法一九条及び一九条の二に違反し、憲法二

九条一項の規定する財産権不可侵の原則に違反する憲法違反の違法があるから破棄されなければならない。

一、本件製造たばこは、公社が製造し、たばこ小売人がその小売所を通じてパチンコ店に販売し、パチンコ店がこれを客に景品として譲り渡し、客がこれを被告人に売り渡したものであることは、明白な事実である。

二、公社製造の製造たばこは、前述のとおり、たばこ小売人から国民に販売されたときに、完全に専売権の効力の及ぶ範囲を離脱するもので、即ち国民は完全にして且つ自由に処分することのできる製造たばこの所有権を取得するのであつて、その後においては、たばこ専売法違反を理由にこれを没収することができないものである。

従つて、原審が被告人に対し没収を言渡したのは、違法である。

三、なお没収については、御庁第二小法廷昭和三一年一二月二八日判決（以下二小判例という。）が代表的のものであるが、右判決は誠に違法なものである。弁護人は、本件と同様な景品買い事件である御庁第一小法廷昭和三七年九月一三日判決（昭和三七年(あ)第四一〇号たばこ専売法違反被告事件、判例集第一六巻第九号一三二七頁）記載のとおり、前記第一点と同様に詳細な主張をしているが、余りにも長文であり、また法律主張であるので、「法律は裁判所の識るところなり。」の原則に従うこととし、裁判所において必要ならば、右判決記載を参考にしていたゞくことにして、違法の理由を述べることを省略します。

第三点　予備的上告趣意

仮りに、右第一点及び第二点が認められないときには、原審は被告人に対し不当に重い刑を言渡したものであるから、原判決は刑の量定が甚しく不当であることを事由に破棄されなければならない。

一、本件被告事件はいわゆる無指定販売罪であつて、財政犯のうちの秩序犯であることは前述のとおりである。

二、租税犯については、脱税犯についてさえもなか〳〵実刑を科さないのに、本件のような国が僅か一円の損害も受けない秩序犯につき、実刑を科すことは、租税犯における量刑の均衡を破り著しく不当に重い刑罰である。

三、旧たばこ専売法においては、その違反につき（もちろん本件のような無指定販売罪の規定がなかつたことは前述のとおりである。）罰金刑のみを規定していたものであつたが、新法において懲役刑が規定されることになつたものの、本件のような事件、即ち第一審判決において「パチンコの景品売却は、国の専売収益を侵害し、国に損害を加えたものとは認め難いが……」というような軽微な事件については、もつと軽い刑を言渡すべきものと認める。

四、また、被告人は、前科がないのであるから、これを執行猶予に付するのが相当であると認める。

（結　論）

一、以上述べたところにより、本件被告事件は、たばこ専売法を正当に解釈するならば、明白に無罪となるべきものである。

そして、仮りに、有罪となるにしても、その刑を減軽すべきものである。

二、本件被告事件は、行政犯であり、そのうちの租税犯であるから、行政法殊に税法及び経済学を識る者にとつては、誠に容易に無罪と認められるものである。

三、従来の御庁及び下級裁判所は、本件被告事件と同様ないわゆるパチンコの景品たばこの再売却につき、いずれも有罪の判決をしてきた。

四、弁護人は、別紙(一)及び(二)のとおり、本件被告事件と同様な景品買い事件につき、昭和三六年一二月以来、東京地裁、東京高裁、及び御庁の各裁判所において、本件上告趣意第一点及び第二点と同様の主張をしてきたが、何れの裁判所においてもこれを認容しなかつた。

東京地裁は除外するとして、東京高裁においては、原審のほか刑事第四、第五及び第九部が有罪とし、御庁第一小法廷

は前記昭和三七年(あ)第四一〇号事件につき有罪とした。

のみならず、右各裁判所は、弁護人の後述のような鑑定の申立を却下した上で、上訴棄却をしたのである。

現在、最高裁には、本件が第二小法廷に係属しているほか、第三小法廷に昭和三七年(あ)第二七四四号事件（以下(あ)第二七四四号事件という。）が、第一小法廷に昭和三八年(あ)第五二七号事件（以下(あ)第五二七号事件という。）が、同種事件として係属している。

右(あ)第二七四四号事件に対しては、本年一月一九日に、また、(あ)第五二七号事件に対しては、本年四月二〇日に、いずれも上告趣意書を提出したのであるが未だに裁判が行われていない。

五、右(あ)第四一〇号事件における第一小法廷の上告棄却の理由は、弁護人の上告趣意第一、二点に対し、「パチンコの景品買いを有罪とすることは当裁判所の判例とするところであつて、右判決は、いまなおこれを変更するの要を見ない。」というのであつた。

しかしながら、右第一小法廷判決が、そこに参照として挙げている右判決及びその他の御庁のすべての判決は、いずれもたばこ専売法に対するその解釈適用を誤つたものである。

六、弁護人が原審をはじめ前記各裁判所において主張してきた法律主張は、本件と同様に詳細を極めたもので、素人でも容易に理解できるところであるに拘らず、右各裁判所がこれを有罪としたことは、右各裁判所が過去において判決した自己の誤判を隠蔽するために、司法による正義と裁判官の良心に反し、政治的に裁判したものと認める。

七、しかしながら、御庁が右違法判決を適法と主張して国民を納得させようと努力しているに拘らず、パチンコの景品買いが無罪であることは、今や国民常識に属するところである。

前記(あ)第二七四四号事件の第一審における弁護人の無罪の主張は、昭和三六年一二月四日のNHK放送及び朝日、読

売、毎日、産経、東京の各新聞に報道され、殊に右朝日（別紙一のとおり）及び読売新聞は七段抜きのトップ記事として取扱つていた。

そしてその後の報道としては、

(一) 法学セミナー昭和三七年二月号（六一頁）の「この裁判に光りを、景品たばこと専売法」と題する解説

(二) 前記(あ)第二七四四号事件の第一審判決につき、昭和三七年三月二九日のNHK放送及び朝日、読売、毎日、日経、産経の各新聞の夕刊記事

(三) 産経新聞の昭和三七年一〇月二一日付夕刊の「サンデー・ストーリー、法廷から」における「消費者の財産権侵す、景品買い取り締まりに抗議」と題する解説（別紙二）

等に採上げられて全国民に報道されている。

右のとおり、マスコミがパチンコの景品買い事件のようなありふれた小事件を大きく報道していることは、弁護人の主張が十分理由があると認めるからであつて、国民常識は景品買いが無罪であると確信し、それが公知の事実となつているのに拘らず、裁判所はその意地を張つているものであると認める。

国民は、毎年四、五千人づつ処罰されているので、景品買い事件の裁判に非常な関心を持ち、いつ、どこの裁判所が無罪の判決をするかを待望している。

八、裁判所は、専売法を誤解して、無指定販売罪とは、景品買いをもつてその特別構成要件とするものであるとして牽強附会の有罪判決をしてきたが、本年に入り別紙三、四のとおり、正真正銘の無指定販売罪が国会及び下級裁判所において採上げられたので、国民は景品買い無罪をいよ〳〵強く認識することになつた。

御庁が裁判所の名誉を保持するために、学問を無視して、景品買い有罪論を維持しようと努力することは最早や許され

ない段階に至つたものと認める。

九、今日まで景品買い無罪を主張した弁護人は千人以上あり、そしてその被告人は六、七万人に及ぶものと認められる。もつとも、本件弁護人のようにその無罪を学問的に正当に理由付けた主張は見当らない。

わが国の裁判史上、一種類の行政犯について、これほど多くの人々が無罪を主張してきたものは他にないことである。

何故に、それほど多くの国民が無罪を主張しているかを、裁判所は、もつと真面目に考慮すべきである。

一〇、公社が販売した製造たばこの再売買につき、これを有罪とした裁判は、憲法三一条の規定する罪刑法定主義の原則に反し、違法に国民を処罰したものであり、また右違法処罰において多量の没収及び多額の追徴金を科したことは、憲法二九条一項の規定する財産権不可侵の原則に違反し、国民の財産権を違法に侵害したものであつて、国民の基本的人権を擁護する最大の責務を有する最高裁判所が、率先して明白な憲法違反の裁判をしてきたのである。

一一、御庁が本件被告事件を裁判するに当つては、是非とも、別紙鑑定申立書のとおり、無指定販売罪の特別構成要件及びその違法性について、団藤重光、植松正、田中二郎及び田上穣治各教授の鑑定を求め、その上で御裁判下さるようお願いします。

第一小法廷は、前記(あ)第四一〇号事件においては、弁護人の鑑定申立を却下して、有罪の判決をしたが、右第一小法廷裁判官は、大学教授に鑑定を求めることは、その自尊心が許さないとでも考えられたのでしようか？

どうぞ、適法な裁判をするために、時間的に余裕のある専門家の補助を求めて下さるようお願いします。

一二、前述のとおり、酒税法は、酒場及び料理店における酒の再売却は、酒類の販売と見ていない。そして、実質上酒類の密造に属するいわゆる水酒の販売さえも取締つていない。

更に、本年四月一日に大蔵省は従来の解釈を変更し、家庭における梅酒等の果実酒の製造は酒類の密造に該当しない旨

告示すると共に、右製造につきこれを取締る必要がないという通達を出している。

また、大蔵省は、別紙三、四の事件に関連し、たばこ小売人の値引販売を適法とする改正案を立案中である。

最高裁判所が、その権威によつて、従来の違法判決を固守しようと努力しても、国会と行政庁が、法によつて正義を実現して行くことを阻止することは困難であると認める。

一三、戦中戦後のあの厳しい消費統制経済の下においてさえも、配給された即ち販売されて一旦消費者の手に渡つた米、塩、酒、たばこを買い集めて、他に転売することを取締つていなかつた。

自由経済下の現在において、たま〳〵ある消費者が通常では消費し切れないほど多量の製造たばこを入手したときに、裁判所は一体どう処分したら適法であるというのか？　消費し切れないたばこは、限界効用の原則に従つて、他の消費者に流れて行くのが経済法則というものである。

裁判所が罪のない国民を処罰するほど気負つているのなら、何故に、右消費し切れないたばこを公社に定価で買上げさせるなり、又はバチンコの景品としてたばこを使用することを禁止することを立法化するように努力しないのか？

わが国の裁判所は、閑暇をもてあそんでいるので、バチンコの景品買いという事件につき罪のない国民を処罰して楽しんでいるのだろうか？

裁判官は、自分が裁判した判決が違法であると言われるのは許し難いから、正義と良心と法に違反しても、バチンコの景品買いを有罪と認めて行かねばならないというのであろうか？

ともかくも、御庁第一小法廷が本件弁護人の本件と同様な景品買い無罪の主張に対し、景品買いを有罪とした真意は誠に量り難いものです。

一四、「法は裁判所の識るところなり。」というのが現代裁判制度の建前である。

裁判所が法律解釈を誤つたことは再審事由に当らない。その再審事由にも当らないたばこ専売法の誤解によつて、すでに六、七万人に及ぶ国民が罪なくして処罰されている。

仮りに、御庁の従来の判決が違法であるとしたならば、その責任は誠に重大である。

御庁は、景品買い事件の多数なことに思いを至され、他の同種の裁判のためにも、本件被告事件につき、他のすべての事件に優先して、速かに御裁判下さるようお願いします。

そして、どうぞ一日も早く司法による正義を顕現して下さるようお願いします。

以　上

（別紙添付新聞記事一乃至四省略）

昭和三九年(あ)第八〇六号

決　定

本　籍　愛媛県新居浜市中村八六四番地

住　居　布施市荒本一八二八春宮住宅六三―二五一号　自転車修理業

秦　年　春　昭和四年三月一日生

右強盗致傷被告事件について昭和三九年三月一六日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人鈴木正一の上告趣意第一点は、事実誤認の主張であつて、適法な上告理由に当らない（原審が、第一審の認定した事実関係の下において、被告人の所為を強盗致傷の罪に当るとした判断は正当である）。同第二点は量刑不当の主張であつて適法な上告理由に当らない。また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四一四条、三八六条一項三号により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和三九年九月一五日

最高裁判所第三小法廷

昭和三九年九月一五日決定　昭和三九年(あ)第八〇六号

昭和三九年九月一五日決定　昭和三九年(あ)第八〇六号

裁判長裁判官　横田正俊
裁判官　五鬼上堅磐
裁判官　柏原語六
裁判官　田中二郎

昭和三九年(あ)第八〇六号

弁護人鈴木正一の上告趣意

原判決は、

第一、重大なる事実誤認の違法があり。

第二、量刑が甚しく不当である。

から破棄せらるべきである。

上告の理由

原判決は被告人の所為を強盗傷人罪として被告人に対し懲役三年六月（未決通算八〇日）に処した第一審判決を維持しているしかも、

第一、被告人が被害者に与えた傷害は左記各事由を考慮すると強盗の手段たる暴行に包含せられるべきものであり従つて本件は、強盗未遂を以て論ずべきであるに拘らず原判決は、茲に出ていない、のであつて事実誤認の違法があると言はなければならないのである。

(一)　刑法が強盗罪の加重要件としている傷害は入院治療を要するとか、治療に長時日を要するとか或は、後遺症があるとか或は傷害を加える故意があつたとか等相当高程度のものであるべき事は懲役七年以上を言ふ重刑を科していることから見ても判ることであるが本件の傷害は被告人に傷つける故意があつたものではなく医師野山明作成の診断書にも三日間の通院加療を要すと記載されている程度のもの（唇及手首の傷）であり且つ被害者は、一面医師に診せただけで家庭で二、三日薬をつけて治つて居り後遺症もないのであり軽微な傷なのである。

被告人　秦　年春

(二) 強盗傷人罪の傷害は、生理機能を害し少くとも健康者と同様な生活ができないものであるべきであることは重刑を科している点から見て当然のことと思料せられるのであるが本件では手首の傷は、所謂「すりむき」程度であり唇の傷は飲食物が一寸泌みる程度であり大腿部の傷は医師にも診せて居らず起座に多少の不便があつた程度で手当もせずに治つて居り被害者は健康時と同様の生活をしていたのである。

(三) 原判決は全治に十日を要した傷害である旨判示しているがそれは大腿部の内出血が跡形なく吸収せられるまでに要した日数であつて生活に支障のあつた日数ではないのであり又口唇部の傷も所謂「血豆」であつて決して重大な損傷ではないのである。

第二、原判決は強盗傷人罪として被告人を懲役三年六月に処したが上記の理由により強盗傷人罪でなく強盗未遂と認定せられるとすれば右科刑は甚しく過重不当であり社会正義の要請に反するものである。

尚ほ被害者は被告人を宥恕して居り被告人も正業に従事して真面目な生活をしているのである。

以　上

添付書類記載省略

（昭和三九年六月三日付）

昭和三八年(あ)第九六一号

判　決

本　籍　大分市大字大分一九八八番地の三

住　居　大分県別府市大字別府二七八三

会社員　首　藤　克　人

明治三八年四月二九日生

所在地　大分市大字大分五〇八番地

右代表者代表取締役　首　藤　克　人

みつわ商事株式会社

右首藤克人に対する所得税法違反、法人税法違反、みつわ商事株式会社に対する法人税法違反被告事件について、昭和三八年二月二八日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人首藤克人、同みつわ商事株式会社の弁護人斎藤孝知の上告趣意第一の第一点について。

論旨は、法人税法基本通達（昭和二五年九月直法一―一〇〇）六二は違憲（三〇条、八四条違反）であるから、この通達

を根拠として所論入場税債務を損金と認めなかつた原判決もまた違憲であるという。

しかしながら、右基本通達六二は、法人税法九条一項、二項の損金の扱い方に関し、合理的解釈の基準を示したに止まり、法人税法の右条項を制限したものではなく、従つて、本件課税が法律の定めるところを逸脱し、右通達自体により、これを直接の根拠としてなされたものとは認められないから、所論違憲の主張は前提を欠き採用し得ない。

同第二点について。

論旨は、実質課税の原則を定めた所得税法三条の二は昭和二八年八月から施行された規定であるから、昭和二七年分渡辺熊彦名義の煙草小売人所得を被告人首藤のものとして同被告人に犯則事実を認め刑罰を科した原判決は、右法条を遡及適用したこととなり憲法三九条に違反し、また、もし実質課税の原則という理念を直接の根拠として被告人首藤に本件課税をしたものであるとすれば、これを是認した原判決は、憲法三〇条、八四条に違反するという。

しかしながら、昭和二八年法律一七三号によつて規定された実質課税の原則（所得税法三条の二）は、同法規制定前から税法上条理として是認されていたものであり、前記法条はこれを明文化したにすぎないものであつて、被告人首藤に対する本件課税は何ら所得税法第三条の二、同附則三項の解釈を誤つた点は認められずこの点に関する原判示は正当である。それ故、原判決には所論の違法はなく、違憲の主張は前提を欠き、採用の限りでない（昭和三六年(あ)第一六三八号同三九年六月三〇日最高裁判所第三小法廷判決参照）。

同第三点について。

論旨は、刑訴三二一条一項二号後段は違憲（憲法三七条二項前段違反）であるから、第一審が増田勇一、志岐信吾の検察官に対する各供述調書を右刑訴の法条の書面として証拠調をしたことを是認した原判決は、右憲法の条項に違反するという。

しかしながら、右刑訴の法条が違憲でないことは、当裁判所大法廷の判例（昭和二三年(れ)第八三三号同二四年五月一八日大法廷判決、刑集三巻六号七八九頁）の趣旨に徴し明らかであるから、原審の判断に所論の違法はない。それ故所論違憲の主張は理由がない。

同第四点、第五点について。

論旨は、判例違反をいうが、所論引用の判例は事案を異にし、本件に適切でなく、また原判決は所論引用の判例に相反する判断をしたものとは認められない。それ故、判例違反の主張は前提を欠き、採用し得ない。

同第三の第一点、第二点について。

所論は単なる法令違反、事実誤認の主張であり、いずれも採用し得ない。また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、同四〇八条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

昭和三九年九月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　松田二郎

裁判官　入江俊郎

裁判官　長部謹吾

昭和三八年(あ)第九六一号

所得税法違反、法人税法違反
法人税法違反

被告人　首藤克
同　みつわ商事株式会社
右代表者取締役　首藤克人

弁護人齊藤孝知の上告趣意

右被告人等にかゝる所得税法、法人税法各違反被告事件につき左のとおり上告趣意書を提出する。（本趣意書において引用した税法の各法条はいづれも当該事件年度において適用せられていたものを表示した。現行法条とは多少規定の体裁等異つた点もあろうが、根本的に改まつたものは、右引用法条中には存していない。但し所得税法第三条の二――実質課税原則――については昭和二七年分には規定がなかつた。）

第一、憲法違反、憲法の解釈の誤り

第一点　法人税法基本通達（昭和三五年九月直法一―一〇〇）六二を直接の根拠として本件入場税債務を損金と認めない点は、該通達が憲法第三〇条、同第八四条に違反しているか少くとも右憲法の解釈を誤つて適用したものである。

みつわ商事株式会社の未払入場税について第一審判決は「他に入場税、水道料等未払営業費が昭和二七年分と同程度存在したという点。果して主張の程度の未払金があつたことを認める証拠はなく容認し難い」（第一審判決六〇丁、4、(ロ)）と判示している。即ち存在を確認出来る証拠があれば容認すべきであるとの判示に外ならぬのであつて、本件の所得計算が資産負債増減法による推計方法によつている場合においては、特に営業上の入場税債務が確認されるならば之を損金として容認すべきであるとの主旨は寔に正当であるわけである。検察側はこの入場税未払金債務につき充分捜査をなせば証明可能であつたのにこれをせず、各証拠はラムネ売上帳と表示して押収領置される等弁護人側の反証を困難ならしめてい

たことは残念であつたが、第一審判決が前掲の理由から容認しないと判示せられた以上これ等証拠の発見に努めた際、恰も刑事訴訟規則の改正が実施せられるに至つて第二審において漸く仮還付を得た莫大な押収品のうち、第二審判決（一二丁の㈢）挙示の入場税徴収簿（証二四七号乃至二六九号）、受払伝票（証二三八号）、領収証綴（証二四〇号）、メモ（証二三九号）等により、昭和二八年分みつわ商事株式会社の入場税未払金が七二五、〇四〇円存在することがゆうに反証せられ第二審も亦この未払金の存在を肯認せられた次第である（もつとも第二審判決中七四〇、〇〇〇円とあるのは押収番号五二八の二、未払金元帳、昭和二九年二月分七四〇、〇〇〇円から採つた数字であろう。）

ところが検察側は第二審で前記反証が顕出せられるや、法人税法基本通達（昭和三五年九月直法一―一〇〇）六二における引当金に之を計上していないからとの理由で損金として認めるわけにはいかないと主張せられ（昭和三七年八月二日付、福岡高等検察庁検事土井義明の意見陳述書(2)の(イ)、(ロ)記載）第二審判決も亦明らかに右通達を直接の根拠として検察側と同一見解に出られた。（第二審判決一二丁―一三丁）

おもうに通達なるものは国家行政組織法第一四条第二項に根拠を有し、所管の職員及諸機関に対する訓令であり、文字通り通達にすぎない。いわば国民を拘束する法律ではないこと勿論であり、法律による委任立法の性質もないこと寔に明らかである。

そして(1)法人税法第九条第一項に所得計算の基本原則が明示されている、(2)同法同条第二項において損金に算入しない公租公課を特に制限的に列挙している趣旨――入場税はこの列挙にふくまれていない――、(3)同通達五二における総損金の定義、(4)本件所得計算に於ける資産負債増減法による確認せられた（反証し得た）入場税債務の扱い方（前言）等の理由を綜合して判断すれば右通達六二は明らかに之等の理由を無視して「引当金に計上」という制限を設け法人税法第九条第一、二項を制限した通達にほかならない。

憲法第三〇条において「国民は法律の定めるところにより……」と規定し、同法第八四条において「……法律又は法律の定める条件による……」と規定されていることは、明らかに法律の定めるところによらねばならぬ旨を規定したもので、決して政令の定めるところとか、大蔵省令の定めるところとか、いわんや国税庁長官通達の定めるところにしたがつてということでは絶対にない。即ち右通達六二はこの意味において憲法第三〇条、第八四条に違反している。又はかゝる通達を直接の根拠に挙げて本件入場税債務を損金に認めないのは右憲法各法条の解釈を誤つて適用したものである。

なおこゝで主張している点は、第一審においては問題がなくその判決においては、証拠がないからとの理由で否定せられたので第二審で反証したところ、通達が問題になつたものでこの際昭和三七年一二月一三日付前掲検察側の意見に対して反論した当弁護人の意見陳述書第一の㈡も御参照賜わりたい。

第二点　本件昭和二七年分煙草小売人所得につき、所得税法第三条の二を適用してその結果を犯則として刑罰の対象としたことは、憲法第三九条に違反する。又同法条の存否に拘らず実質課税の原則を適用してその結果を犯則罰で処断したことは、憲法第三〇条、同第六四条にも違反する。

所得税法第三条の二（昭和二八年八月七日、法律第一七三号）は、いわゆる税法上従来存在していた実質課税の原則を宣明した規定、いわば確認的の規定である旨の第一、二審の判断はそれとして昭和二七年分煙草小売人所得を申告する場合に当時としては（昭和二八年三月確定申告時）渡辺熊彦名義をもつて申告することが煙草専売法の関係上適法であり、又このように申告するように指示をうけ、被告人首藤克人としてはこのように申告せねばならなかつた。（この点の証拠、主張は本件弁護人控訴趣意書四五乃至四七頁に詳記してある）換言すれば、首藤克人名義で申告することがむしろ違法であつたのである。

即ち昭和二七年分煙草小売人所得を昭和二八年三月に申告するときに――この法律昭和二八年八月七日に公布せられた

――適法であつた行為について事後法によつて昭和二七年分迄申告せしめられ、その結果が遁脱犯として罰せられることになるわけで、正に憲法第三九条前段の刑罰法不遡及の原則を宣明した規定に違反するものといわざるをえない。

従来あらわれた判例の態度から見れば、「右原則は税法上の基本原則であつて、条理乃至所得税法第四条――信託の場合の規定――によつても明らかで、所得税法第三条の二を遡及適用したものではない」との見解であるようであるけれど（第一、二審も同旨判示であろう）、同法附則第三項は「特別の定めあるものを除く新法の規定は、昭和二八年以降の所得税について適用する」と特別に規定し（遡及効）且更に「昭和二七年分以前の所得税についてはなお従前の例による」と規定されているのである。本件昭和二七年分煙草小売人所得の申告は「従前の例」によるべきこと明らかで、従前の例というのは、実質課税の原則の規定を適用しないで所得税法第二十六条第三項に基いて行う申告をこそいうのである。

しかるに昭和二七年分渡辺熊彦名義の煙草小売人所得を、被告人首藤克人のものなりとして、その所得計算をなし所得税法第三条の二、同法附則第三項を無視して従前の例によらないでその計算結果を刑罰をもつてのぞむに至つては、所得税法第六九条の刑罰を法によらずして遡及せしめたわけで、憲法第三九条の違反である。もしそれ所得税法第三条の二、同法附則第三項を適用の根拠とせず、実質課税の原則という理念を直接の根拠として本件を断ずるなれば、それは憲法第三〇条、同第八四条にも違反することでもある。

第三点　刑事訴訟法第三二一条第一項第二号後段の規定は憲法第三七条第二項前段に違反する。

第一、二審を通じ弁護人は右主張をなし、被告人に与えられた憲法第三七条第二項前段の権利、従つてこれより要請される伝聞証拠禁止の原則の正当なる解釈適用に誤りなからしめようと努めたわけであるが、第一、二審共最高裁昭和二四年五月十八日大法廷判決その他の伝統に従い、「被告人に対して反対尋問の機会を与えずに作成せられた供述調書は全て証拠となすことを許さない趣旨までも含むものではないから、右法則の例外を定めた刑事訴訟法第三二一条第一項第二号

後段は憲法に反するものではない」（第二審判決三一丁、第一審判決三一丁、三二丁）と判示せられた。

憲法第三七条にいう「証人」という意味についてこれを形式的に解釈し、現実に証人として召喚されたもの（公判期日、公判準備、検察官の請求によるもの、証拠保全によるもの等）とみるならば、成程同条第一項第二号が該憲法に違反する余地はない。しかし伝聞証拠禁止の原則が実質的にこの憲法第三七条第二項を基本法規として宣明せられている点からすれば「証人」の意味を従来の伝統的解釈のように狭義に解することは相当でない。「証人」とは須らくこれを実質的に解釈して「その供述によつて証拠を供するもの」と解釈すべきである。かく解釈すれば少くとも同条第一項第一、二号につき形式的に憲法違反の問題となるわけである。しかし伝聞証拠禁止の基本原則に対し一の例外も許されないものではない。合理的である限りその例外もある。只この例外の合理的範囲についてはあく迄憲法の精神に遵つて解釈がこれを決定するものである。

即ち検察官の面前調書を書証とする必要性からみれば、法廷で真実を述べず、法廷外で真実を述べる場合があろうから、必要性は存するとみてもよい。しかし同条第一項第二号後段の場合に、それが被告人の不利益に使用されるとなると憲法第三七条第二項前段の精神を貫く特信性の保障の観点からこれを慎重に考究せねばならない。宣誓によつて担保せられた裁判官面前調書の場合は、宣誓をもつて特信性の保障とみられないでもないが、第二号の場合は、前段では供述者がそれに署名又は押印した丈で証拠とすることができるのであり、後段の場合は特にその上に但書で「特別の情況の存するときに限る」と規定されている。判決例では「公判廷外の供述の方が理路整然としている」という等の事情をもつて特別の状況としているようであるが、憲法第三七条第二項前段の精神は更に合理的な高度の情況保障（反対尋問に代る程度のもの）を要求しているものである。この点につき第二審判決（二〇丁）によれば(1)理路整然としている、(2)被告人の使用人である点、(3)任意性の三点を判断せられたが、そのうち(1)(3)については全く検討の跡すらうかがえない。これら供述調

書中理路整然としていない点は弁護人控訴趣意書二〇丁(イ)(ロ)において架空仕入、売上脱漏、引継関係、申告、脱税と脱漏との関係、買戻し利益、添附の表等を指摘し、根本的に説明における観念の誤りや、こじつけを指摘したとおり、重要な事項につき理路整然どころか説明になつていない点を看過せられたというのほかはない。又任意性については当該供述を措信しないと専権をもつて退けられたのはとにかくとしてこれら任意性の立証が重要な争点であるに拘らず検察官によつて全然なされていない。(弁護人控訴趣意書二四丁)

検察官面前調書に対し、警察職員の面前調書には本条による例外的証拠能力を与えていない。検察官と警察職員とが司法の職員として何等特信性を判断するにつき差別の理由があるのであろうか。だからこそ特信性の保障を全からしめるために刑事訴訟法第二二七条の運用が期待せられているのでもある。すなわち同法第一項第二号特に後段の規定は、憲法第三七条第二項前段の精神からしてそれを被告人に不利益な実質的証拠とするにおいては憲法違反と信ずる。

第二、判例違反

第四点　昭和二四年六月一三日云渡、大阪高等裁判所第一〇刑事部判決（最高裁刑事裁判資料四六号六三頁）。

右判例によれば「脱税犯が成立するためには客観的には、納税義務者に詐偽その他不正の行為があり、その行為と脱税との間に相当因果関係が存在する外、主観的には脱税の認識――故意――を要する。」と判示し、その理由によれば、およそ納税という公法上の義務の存否と、所得税法第六九条第一項所定の刑罰たるいわゆる脱税犯の成否とは明らかに区別すべきである。納税義務のないところに脱税犯の成立しないのはいうまでもないが、納税義務を怠つたからといつて直ちに脱税犯が成立するとはもちろんいえないのであつて……と頭書のように判決の要旨を示している。

およそ犯則所得を生じ得る場合は、第一、二審を通じ弁護人がこれを明にしたとおり(1)収入金額を除外すること、(2)雑収入金額を除外すること、(3)架空仕入を計上すること、(4)架空経費を計上すること、以外には真実の所得を非合法的に減

少せしめる方法が存在しないことは正に税法上の犯則を考察する場合の定理である。

(イ)　ところで本件においては第一、二審を通じて収入金額を公表簿外預金の合計額として把握したことは検察官、第一審、弁護人間に争がなかつたが（倉原、松葉計算における分析の前提となつている）第二審に至るや検察官控訴趣意書において始めてこれあるが如き主張がなされ（検察官控訴趣意書に対する弁護人の意見書二丁の裏以下）そして第二審判決によると、除外利益なる観念を勝手に想定し起訴状にすらない「収入金額を除外」という憲法、刑事訴訟法の原則を忘れた説示を敢てするに至つた。（第二審判決二丁）然らばその除外金額が一体いくらであつたか。これが証明の必要なことは当然の理であるに拘らず、これは全然明らかにされていない。

なる程証拠の一部に右単筒預金式なものがあるかのような供述はあるが、その金額従つて犯則額の証明は何処にも見当らない。

本件各申告の際収入金額を全額計上しないから不正手段であるかの如く判示せられるが税法上は、例えば真実の所得二〇万円の場合において

収入	一〇〇万円	経費	八〇万円
差引	二〇万円の所得		

の計算による申告の場合に調査の結果

収入	一二〇万円	経費	一〇〇万円
差引	二〇万円の所得		

であつた場合に、所得が二〇万円で申告されている限り税法上何等犯則所得、逋脱の問題は生じ得ない。

第一、二審を通じ果して観念を誤つたように、誤解を招き易いのは所得税法第二六条に収入金額を記載することは確

定申告に要求せられておらず、その所得金額を偽わることが同法第六九条の問題となる点である。

又確定申告書に添附の書類に虚偽記載があり且之を呈示した場合には、当該罰条によつて処断されることはあるが、これは本件とは別問題となる。

第二審判決において「虚偽脱漏の貸借対照表、損益計算書を作成して収益を隠蔽した」と説示した点（この点被告人の義務ではない）は前述のとおりであり、且この方法が直に収益隠蔽の手段とはなり得ない。これが手段となりうるためには所得金額が過少に計算申告されたという因果関係が必要なのである。

(ロ) 雑収入金額の除外

(ハ) 架空仕入を計上すること。

(ロ)(ハ)については煙草小売人利益に関連し「専売公社からは卸値、一般煙草店からはリベートを得、景品買戻しによる場合は低い買戻し価格で夫々仕入れているに拘らず……」と判示しており（第一審判決五丁）松葉計算では煙草仕入を架空仕入として扱い、リベート買戻し差益は雑収入としては区分されていない。これらいわゆる架空仕入等は、前項収入金額除外の項で述べたとおり直ちに不正手段とはなりえないこと亦明らかな理である。すなわち煙草の卸値と小売の価格の差額を犯則所得と認定するためには、架空に本件芦刈、渡辺両煙草小売人を名実ともに架装した場合でなければならない。

(ニ) 架空経費については、弁護人控訴趣意書第五二、三頁において主張したとおりである。

(ホ) (イ)(ロ)(ハ)(ニ)で述べた点は損益計算上から見たものであるが、貸借対照表上の見方からすれば第一、二審を通じ、他人名義又は架空名義の簿外普通預金、他人名義の土地建物取得、他人名義の株金の払込等を不正手段としてとり上げているが、従来述べたとおりそのこと自体即本件脱税の不正手段であるかのように誤解している点は誠に遺憾である。

すなわち前掲判例が正しく解釈している行為と脱税との間の相当因果関係を充分に検討しないでむしろこれを無視したような判断には全く重大なる同判例違反が存する。

例へば前示判例はその理由において、二重帳簿の作成という行為と、脱税犯との関係を明快に当該事案に適用せられていることを、本件の各不正手段と目されている判示手段と脱税との関係に及ぼして充分の審理を願いたいところである。

又本件において犯意がないか或は犯意を認定するのが如何に著しく酷であるとせねばならぬかについて

(1) 赤銅御殿を協栄産業株式会社に譲渡した際五〇〇万円の債権を認定した件。

(2) 昭和二七年分渡辺熊彦名義煙草小売人所得一、二九六、七一七円を被告人首藤克人の所得と認定した件。（上告趣意書第二点において憲法違反として主張したが判例違反でもある）

(3) 大分第二ニコニコパチンコ店買収に際し、パチンコ機械備品等の代金一、五〇〇、〇〇〇円を権利金と認定した件。

(4) 昭和二八年山下周一に支払つた土地代金手付金五〇〇、〇〇〇円は損失でないとされた件。

等である（第二審鑑定証人戸田俊一供述調書——昭和三六年一〇月三〇日第二回公判——第二六乃至二九項）。

これらのことは前示判例が故意の明確なる存在を必要とする判示に著しくそむいたものといわなければならない。

第五点　昭和三一年(ネ)第五四五号、同三二年一〇月九日、福岡高等裁判所判決（行政裁判例集八巻一〇号一、八一七頁）。

右判例によれば「営業者の総売上高に所得標準率を適用してその所得額を推計することは、その推計方式が合理的である限り適法でありかような所得額認定が憲法第一四条、第三〇条に違反するものでないことは勿論であつて、その推計の結果を争うためには反証を提出しなければならない。」と判示されている。

本件においては資産負債増減法という推計をなし右判例のように、所得標準を適用して推計した場合に妥当しないように一応見られるが、こゝにおいては推計方式の種別には問題はなく結局

(1) 推計方式が合理的である限り適法という点、すなわち本件推計方式――資産負債増減法――が合理的であること、言を換えていえば各年度の期首と期末の各科目の金額が正確であれば勿論多少相異しても高度の合理性によつて捕捉されていれば適法であること。

(2) 推計の結果を争うためには反証を要する。

右二点から判例違反としてこれを取上げたのである。この判例は税法に推計を認めた法意に関連し多くの下級審判決が存し確定的な判旨といえよう。例えば東京地裁昭和三〇年(行)第二五号―同三四年四月七日判決、札幌地裁昭和三一年(行)第七号―同三四年二月二七日判決、仙台地裁昭和三一年(行)第二二号―昭和三三年一〇月二一日判決、等々各種推計方式に関連して数多くの判決例が存在する。

又刑事裁判上、発生原因不明な資産増加を所得と認定しない旨の静岡地裁昭和二六年六月四日所得税法違反事件の判決、資産増加額は一応当該年度の取得を証するに止り併せてその年度における益金が立証されぬ限り未だ所得が完全に立証されたとは認めない旨の大阪地裁昭和二四年八月二七日法人税法違反事件判決が犯則所得の認定に慎重である。又福岡高裁には法人税法違反事件につき損益計算――費用収益対応の原則の適用を明らかにした昭和二五年一一月七日判決が存することも看過し得ない。

資産負債増減法（所得税法第四五条第三項、法人税法第三一条の四第二項）による推計結果と脱税における犯則所得金額との関係につき第一審は「本件の所得は、銀行調査並に各関係人の申立により資産負債の増減及び損益計算の両面から計算したものであつて、公訴事実は結局財産増減法により算出された金額ではあるが、損益計算法による結果によつても

概ねその裏付けがなされているとみることが出来る。……」（第一審判決二八乃至三〇丁）そして右推計結果に基く金額を即犯則所得額計算においても許されることは、当然であるかのごとく説示せられたが、弁護人は第二審でこれを法令解釈適用の誤りとして争つた。（弁護人控訴趣意書三、四頁）ところが第二審は適確な理由、根拠を示さずして「同各法に違反しない」と判示した。（第二審判決一五丁）

仮に第一、二審乃至東京地裁昭和三三年三月二八日法人税法違反事件判決のとおり財産増減法によることがやむを得ないにしても、それはあくまで第二審判決でいうように資料であり、この資料をもつて犯則所得額と認定するためにはその推計に合理性がなければならぬことは前掲判例を始め殆ど確定された法理である。本件はこの重要な事項を看過し一資料にあらわれた金額をもつて即犯則額と認めたのである。第一審判決はもつと乱暴である）し乍ら金額において単に土地建物について考察すれば全く不正確、いゝかえれば合理的でない倉原計算、松葉計算を未だ固執しているわけである。

今主な非合理的の点を摘記すれば

(イ) 土地建物

昭和二七年起訴額	二〇、九八五、一四八円	
判決額	一六、三七〇、七三三円	
差引	四、四一四、四一五円	
昭和二八年起訴額	三六、六八一、五六五円	
判決額	二七、七七九、八六九円	
差引	八、九〇一、六九六円	

合計差引額　一三、三一六、一一一円

(ロ)　機　械

みつわ商事株式会社

起訴額　六、〇一九、八五〇円

判決額　四、二七七、五一〇円

差　引　一、七四二、二八〇円

以上(イ)(ロ)は第一審において倉原計算従つて松葉計算上損金の脱漏の誤謬を弁護人の反証によつて認定せられたものであり差引合計額一五、〇五八、三九一円である。

(ハ)　入場税

昭和二八年分首藤克人期末未払金

大分営業所　三一六、五一二円

別府営業所　七五五、四〇九円

小　計　一、〇七一、九二一円

みつわ商事株式会社分

七二五、〇四〇円

合　計　一、七九六、九六一円

右は第二審において漸く仮還付を得た押収品並に取寄にかゝる残存入場税徴収簿等により反証せられ明らかになつた未払金の合計額である。これが倉原計算上の負債の脱漏であり、松葉計算上の損金の脱漏である。

(ニ)　不明入出金に重大な影響を及ぼす事項

(a)　昭和二八年分首藤克人個人入場税総額一、一〇八、一〇二円中、前掲未払金三一六、五一二円以外の支払済額七七九、五九〇円は明らかに入場税額として大分県に納付されているに拘らず

昭和二八年一二月　五日　四一四、六三〇円

昭和二八年一二月三一日　二五〇、〇〇〇円

は不明出金として処理されていることは全く誤りである。

且昭和二八年九月七日一一四、九六〇円は大分県に納付されていることが明らかであるに拘らず之を機械代送金として処理した誤りがある。

これら未払金の存在については第二審において反証したものでその詳細は第二審、昭和三七年三月七日付証拠調請求書中立証趣旨並に説明の第一未払金の存在についての記載を、又誤つた不明出金処理及び機械代送金として処理した誤りについては第二審昭和三七年一二月一三日付弁護人意見陳述書別表の該当日付、金額欄を御参照賜りたい。

(b)　第一審判決において

別府第三会館

起訴額　七、三〇〇、〇〇〇円

判決額　四、七〇〇、〇〇〇円

差　引　二、六〇〇、〇〇〇円

別府第二会館

起訴額　三、五〇〇、〇〇〇円

判決額　二、八〇〇、〇〇〇円
差引　七〇〇、〇〇〇円
差引合計　三、三〇〇、〇〇〇円
（第一審判決四六丁）

(a)支払済金額七七九、五九〇円と(b)の三、三〇〇、〇〇〇円との合計四、〇七九、五九〇円は第一審において弁護人の反証による主張を肯定したのに拘らず、不明入出金に対する考え方としては之が訂正をなさず、第二審においても同様、不当な推計額を固執しているわけである。

以上(ハ)(ニ)合計額五、八七六、五五一円は第二審において改めて反証によつて証明された倉原計算の誤謬（従つて松葉計算上損金の脱漏）及び第一審において弁護人の主張を肯認しながらその処理を誤つた金額である。（第一審が認めた土地建物機械は除外して計算しても）

今若し第一審の誤謬（イ、ロ）訂正額一五、〇五八、三九一円と第二審において反証によつて明らかにせられた誤謬（ハ、ニ）額計五、八七六、五五一円を合計すると、何と二〇、九三四、九四二円もの誤謬が倉原計算（本件推計）に存することになるわけである。しかもなお裏付けすることになり、損益計算で裏付とする金額にも同額の損金の脱漏が存在することになるわけである。しかもなお裏付けが概ねなされている、あるいは本件推計に合理性がある旨の原審判決は正に誤れるも甚しい。

苟も刑罰をもつてのぞむ逋脱犯の計算にかゝる合理的でない不正確な推計結果をもつて足るとすれば、人権問題これより著しきはない。弁護人主張の損益計算が税法上課税技術の面から出来ぬから推計方式によつたことは止むをえないとするも、本件には松葉計算において損益計算がなされていること明らかであり、推計にも裏付けにもその計算に二、〇九〇万円以上の莫大な誤謬が反証せられたのであるから、少くとも本件推計はその限度において崩れ去るべきものである。

よつて前示判例において推計方式の合理性、反証による推計の訂正の判示に違反すること明白と存ずる次第である。

第三、以上第一点乃至第五点において上告申立の理由を主張したが、仮にこれら事由がないとしても左の諸点の理由から原判決を破棄しなければ著しく正義に反するから須らく職権の発動を賜りたい。ちなみに当弁護人は第二審判決云渡後直ちに刑事訴訟法第四〇六条に基き、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと確信して、第二審判決確定前に御庁に対し事件受理申立をなし同申立事件は御庁昭和三八年(ク)第一号として繋属はしたものゝ申立を受理する決定も、棄却する決定もなされないで、刑事訴訟規則第二六一条第一項の期間満了迄に受理の決定がなされなかつた旨の通知をうけた次第である。よつて本件上告は被告人にとつて最終の防禦に許された唯一の手続である。

第一点　判決に影響を及ぼすべき法令の違反。

(一)　刑事訴訟法第二九九条と同法第三二一条との関係

第一、二審が示した判断（第一審判決三一丁裏、第二審判決一九丁以下）によれば、結局そのような手続を採ることによつて被告人の防禦を回避する目的を達する結果を招来することを如何ともし難い。その理由は弁護人控訴趣意書（一一乃至一七丁）において充分明らかにしたところであるから茲に引用する。

(二)　税法違反

(1)　資産負債増減法による推計の結果を即逋脱額とする誤り。（所得税法第六九条第一項、法人税法第四八条第一項）

本件上告理由第五点においてこの点を判例違反として主張したが、仮に判例違反でないとしても、これは税法違反として審理せられたいので茲に前記第五点の所論を援用する。

第二審で示す「所得税法、法人税法に違反しない」との判断は、同各法の第何条に違反するものでないというのか

は必ずしも明白ではないが、結局判断の大綱からみて逋脱額算定、すなわち所得税法第六九条第一項、法人税法第四八条第一項に違反するものでないとの趣旨に受けとれる。

しかもかく解釈するにつきその理由を示さず、あたかも第一審が当然であるかのように説示する点と符合している。

本件資産負債増減法という推計を許す所得税法第四五条第三項、法人税法第三一条の四第二項が課税技術上の方法を許容するに過ぎないことは、第一審判決もこれを認めているが、問題は納税という公法上の義務の存否につき定められた推計の方法による金額をとつてもつて当然のように刑罰をもつてのぞむ逋脱金額とする点に所在する。

苟くも刑罰をもつてのぞむ犯則所得額を算定するにあたつては例外的に認められた課税技術としての推計方法による結果を安易に、犯罪構成要件充足の見地から検討を加えずして即犯則所得額とすることがいかに人権をおびやかすかは言を俟たないところである。

すなわち犯則所得額の計算は特に本件において公表簿外を通じて把握された預金分析に根拠をおくことに争がなく、且松葉計算なる損益計算がなされている場合には、この損益計算が果して本件資産負債増減法を裏付け、損益計算それ自体が合理的であることが絶対に必要であると信ずる。

本件においてそのしからざる点は証拠並に数字を挙げ上告理由第四、五点を通じて詳細に述べているから御参照願いたい。

特に本件預金分析を根基として作成された損益計算なるものは、預金分析の面では合理的に証明されない損失例えば莫大なる機械代金総計二〇、四八七、五九〇円（第一審塚田弁護人弁論要旨記録六九五八丁裏上段(4)のイ、ロ、ハによつて台数の根拠、証拠を明らかにし、同記録六九五九丁表上段七行目、昭和二七年分差引三、五七一、九五〇円

と、同記録六九六一丁裏下段(ハ)一八、九三三、七〇〇円より一一、〇五五、四〇〇円の昭和二八年分差引七、八七八、三〇〇円と、同記録六九六三丁表上段六行目一二、三〇五、六四〇円より同一一行目三、二六八、三〇〇円のみつわ商事株式会社分差引九、〇三七、三四〇円、以上三件の合計金額）が松葉計算上損金として計上されなければならない。松葉計算は預金面にあらわれた機械台送金のみを分析計算しているのに対し、弁護人側は証拠による根拠に基いて計算せられた数字である。何れに合理性が存するかは殆ど自明の理である。

よつてかゝる明白且莫大な額に上る不合理が第一、二審を通じ証明されているに拘らず、なお資産負債増減法による推計結果を即犯則所得額として怪まない原審判決は全く不当である。

(2) 所得税法第六九条第一項、法人税法第四八条第一項にいう不正手段と犯則所得との関係。

(A) 税法上犯則所得を生じうる場合

(B) 所得税法第二六条同第三項、同法施行規則第二三、四条、法人税法第一八条第一項（各確定申告要件）

ABについては、本件上告理由第四点に判例違反の主張をなし詳論したので再論を省略するが、仮に判例違反でないとしても税法上並に会計学上の通念として又挙示各法条の解釈適用を誤つている点をこゝに御審理願いたい。

(C) 第一、二審判示によると（第一審判決二四丁、第二審判決三丁）判決所論の如き経理をなさなければならない義務があるかのように申告納税制度を判断しているが、現行税法に定められた方法（本件事件年度に施行の税法）により申告する限りそこには判決できめつけるような申告納税制度の没却も崩壊もありえない。

ちなみに昭和三七年四月二日法律第六六号により制定せられた国税通則法の立法経過を調査すれば、右のことは自ら明らかになる。

すなわち同法により国民に記帳義務を負担せしめようとする立法が成立するに至らなかつたもので第一、二審判

決のような経理義務を軽々しく論断するは最も不当である。

(3) 所得税法第五条の二第二項、同施行規則第二条（低価譲渡）に関する法令解釈適用の誤り。

(A) 第一、二審は、大分第二ニコニコパチンコ店の買収価格を二八〇万円とし、時価を明らかにすることなく時価より遙かに安価な代金と独断したのでその不当を争つた。

昭和二七年末当時(イ)大分第三ニコニコパチンコ店買収価格（北新藤市より買収）は、宅地四五坪、四合が一、三〇〇、〇〇〇円。（押検第一二号）(ロ)別府第一会館買収価格（国家初芽より買収）は宅地九四坪四勺、建物八一坪建物延五八坪が一、九〇〇、〇〇〇円。（押検第一号）であることは争がなく確定している事実である。そこで右価格と本項物件（宅地一二五坪七合、建物九一坪）を対比してみて時価より遙かに低廉であるという結論が何処から出て来るであろうか。なお不動産取得の数量及び価格の明細については第一審において検察官が弁護人の釈明要求にこたえられた際に提出の「不動産取得明細表その一、その二」に明らかであるから御参照願いたい。

すなわち該法条に照して、二八〇万円を「著しく低い価格」と認定した上、更に押検第一〇号が明らかにパチンコ機械備品の売買契約であるに拘らず之を否認して権利金と認定する税法上並に訴訟法上の根拠は全くないというべきである。よつて本項物件の価格が時価を確定しないで又確定すべき証拠がない以上該法条の適用を明らかに誤つている。

(B) 協栄産業株式会社勘定五〇〇万円について。

第一審判決五四、五丁、弁護人控訴趣意書六頁で明らかなとおり、赤銅御殿を被告人首藤克人が買収した金額は一、七〇〇万円であり協栄産業株式会社え売却した代金が一、二〇〇万円であることに争がなかつた。

第二審判決では、右代金一、二〇〇万円を何等根拠なく内金としているほか、この点に関し判断を示していない。内金であるから差額五〇〇万円の残債権が存在すると素朴に見ており「該法条の適用をしたからではない」と説示している。（第二審判決一五、六丁）

しかし適用せねばならぬ該法条の適用をしないことは最も違法であり、該法条の適用をすれば一、七〇〇万円の二分の一、すなわち八五〇万円以下の価格で譲渡したときのみ一、七〇〇万円の譲渡価格で取引されたとみなされるべきであることは控訴趣意書で指摘もし、立証したのである。（控訴趣意書七頁、第二審鑑定証人戸田俊一昭和三六年一〇月三一日第二回公判供述調書第二六項、四四乃至四九項）この場合一、二〇〇万円で譲渡があつたことに争がないからこの五〇〇万円をその理由から債権と看做す税法上の根拠はどう考えても見当らない。換言すればこの五〇〇万円は税法上、会計学の通念上損失とみなさざるをえない。そしてこの損は所得税法第九条八号の譲渡所得の計算上の損であるから、所得税法第九条八号、第九条の三、第一項条二乃至第四号の規定により損失控除の順位範囲が定められ、従つて本件でいえば法第九条第四号の事業所得より通算すべき損失であることが明らかである。（損益通算に関する規定）なお押検第一九六号の信憑性については、押検第二九、三三、三一号と照し――なお本項で前述の供述部分――、御審理願えば自ら明らかとなる。

(4) 所得税法第九条、同法第七号（山林所得）に関する法令解釈適用の誤り。

山林取得価格については、第一審において争になつていなかつたが、第二審に至り漸く仮還付をえた押収番号第二七号山林元帳を発見するに及びこれを争うことになつたものである。（昭和三七年三月七日付証拠調請求書中立証趣旨説明第四、第二審判決一一丁）

法第九条によれば所得の種類は、総所得金額、退職所得及び山林所得の三本立となつていることは明らかであるから山林所得は山林所得として所に所得計算をなすべきこと当然である。このことは同条第七号によるも明らかであ

る。

しかるに本件倉原計算においては木材部勘定が総所得勘定と混同されて財産計算がなされているのは、該法条の適用を誤つているのみならず本件財産増減法による推計方式に合理性のない顕著な例の一つである。（昭和三〇年二月一七日倉原守彦の検察官に対する第三回供述調書添附の所得税関係一覧表中、木材部勘定御参照）

該法条を正当に適用して山林所得の計算をなすには、収入金額より昭和二八年中に発生した取得費、管理費、伐採費その他必要経費を控除し、その残額から一五万円を控除した金額を山林所得金額とすべきである。ちなみに木材部勘定については、第一審は弁護人の主張を容認している。（第一審判決五五丁並に別表第二）

(5) 所得税法第一〇条第二項、法人税法第九条第二項（入場税未払金の扱い方に関する法令適用の誤り）

(A) 第一審では右未払金の存在を認める証拠がないという理由で弁護人の主張を退けた（第一審判決六〇丁四の(ロ)）ので、第二審において仮還付をえた押収品の中、及び取寄にかゝる残存入場税徴収簿により、これを反証した結果、さすが第二審もこれを容認せられた。（第二審判決一一丁）

ところが第二審は、右未払金の存在を認めた上、個人入場税債務を恣意に法人の債務として引継ぐ方法論を展開したがこれが法第十条第二項に反することは多言を要しない。同条は必要経費があつた場合には必ず控除せねばならぬ国の義務を規定し、従つて強行性を有しているに拘らず。

次に第二審判決は右陳の方法論に無理を感ぜられたか、弁護人の所論に今度は一歩を譲つて「首藤個人未払金を厳密に区分するとしても」と前提し、それを第一審判決における土地建物の期末現在高の誤記差額の穴うめに利用したわけで、余りにも非法律的でこぢつけの論としか考えようがない。このような勝手な非法律的な方法論を前提として結局脱税数額において大体変化がなければその理由は何でもよい。又「さすれば判決に影響を及ぼさぬ」と

の認定を首肯せぬのはむしろ当然である。

(B) みつわ商事株式会社の未払入場税については、上告理由第一点に憲法違反として主張したが、仮にそうでないにしても明らかに法人税法第九条第二項の客観的合理的解釈が税務官庁内部における単なる取扱指針にすぎぬ通達を直接の根拠として解釈適用した明らかな税法違反が存するのでこゝに御審理を願いたい。

（最近昭和三七年二月一六日云渡された大阪地裁昭和三二年(行)第八〇号の判示事項第三御参照）

第二点　判決に影響を及すべき重大なる事実誤認。

不明入出金及機械代の扱い方についての重大なる事実の誤認については、本件上告理由第五点において判例違反として主張したところであるが、仮にしからずとしても重大なる事実誤認として御審理願いたい。再説を略すが第二審昭和三七年十二月十三日付弁護人意見陳述書並に同書添附別表により詳細証拠に基いて説明している点を御参照。

以上右第三の第一点の一、二――1乃至5――、第二点において述べた各違反は、判決に影響を及ぼすものであり、刑事訴訟法第四一一条にいう著しく正義に反する場合であるから原判決の破棄を求めるわけで、御庁の職権を発動せられ憲法に保障せられた民主的なる税法、刑事訴訟法の解釈適用を切に要望する次第である。いまこゝにそのしかる所以を綜合的に論じて之を明らかにする。これに資するため別表第一乃至第六を本趣意書に添附する。

(1) 資産負債増減法の面から見れば、

昭和二七年期首　（首藤克人個人分）

昭和二七年期末　（右　同　）

昭和二八年期末　（右　同　）

昭和二八年期末　（みつわ商事株式会社分）

に大別して考察を加えると、更に大別して法令の解釈適用の誤り（憲法をふくむ）と重大なる事実誤認に関するものとに区分して考察できる。

前者については（法令違反）

首藤克人個人分

昭和二七年期末土地建物（別表第一註4）

（第一審で認容せられた）

同　権利金（別表第一註6）

（上告趣意書第三、第一点、(二)、(3)）

昭和二八年期末土地建物（別表第二註3）

（第一審で認容せられた）

同　協栄産業勘定（別表第二註5）

（上告趣意書第三、第一点、(二)、(3)）

同　木材部勘定（別表第二註6）

（上告趣意書第三、第一点、(二)、(4)）

同　未払金（別表第二註7）

（上告趣意書第三、第一点、(二)、(5)、(A)）

みつわ商事株式会社分

昭和二八年期末機械器具（別表第三註1）

（第一審で認容せられた）

同　権利金（別表第三註3）

（上告趣意書第三、第一点、(二)、(3)）

同　未払金（別表第三註4）

（上告趣意書第一、第一点、及び第三、第一点、(二)、(5)、(B)）

後者（事実誤認）については、別表第一、第二、第三の前掲各項目以外の註記のある部分全部である。

(2)　損益計算書面から見れば、別表第四、五、六の各損益計算書註記欄の記載のとおりである。

右に指摘したとおりの法令適用の誤り（憲法をふくむ）や、重大な事実誤認（特に不明入出金、機械代の扱い方の誤認）のため、よつて来る計数は、別表第一、第二の各犯則所得欄及び別表第三、当期利益金欄のとおりで、総所得金額と申告所得金額との差額は

起訴額　　合計　五二、五二一、一三四円

第一、二審判決額　　合計　四一、二六八、八九一円

弁護人主張申告所得過大金額　　合計　三、六六〇、三一六円

である。

右のほかに(イ)第二審において新に反証しえた昭和二八年個人分並にみつわ商事株式会社の各入場税未払金合計一、七九六、九六一円（上告趣意書第二、第五点及び第三、第一点、(二)(5)(A)(B)）(ロ)実質課税原則の問題を論じた際（上告趣意書第一、第二点）の渡辺熊彦名義昭和二七年分煙草小売人所得計一、二九六、七一七円を首藤克人の所得でないものとすれば、被告人等の申告所得過大金額は総合計して六、七五三、九九四円となる。

こゝで御留意賜りたいのは、上告趣意書第二、第五点及び第三、第一点、二、(5)、(A)、(B)で述べた不正確金額の指摘は土地建物、機械、入場税、不明入出金のみであり、本項で別表第一、第二、第三により明らかにした金額は右四点に限らず広く法令違反、事実誤認の全部をとつたものであるから決して矛盾しているものではないことである。

かくして明らかにされた本項の計数でいえば、本件は無罪であるとの決論に達し、仮に右御留意願つた不正確金額丈をとつても二〇、九三四、九四二円であるから、検察官が主張する起訴犯則所得額五二、五二一、一三四円に対比してみれば、これが判決に影響を及ぼさない問題とは到底いえぬことが計数上も明らかであり、且計数もさることながら、夥しい法令違反や事実誤認を看過することが如何に著しく正義に反するかも亦当然の事である。

第四、結　論

およそ「税法の解釈は、税法が課税を唯一の目的とするだけでなく、憲法の保障する財産権を課税の領域で保障することを目的とするものであるから、いわゆる租税法律主義の当然の帰結として認識の対象たる法規の文言を離れ、無視し、又は文言を置換し、附加することは許されない。課税の目的のために、恣意的にその負担の限度を拡大して解釈し、又は納税義務者の利益のために縮少して解釈することは許されない。……」との大阪地裁昭和三二年(行)第八〇号、昭和三七年二月一六日判決判示事項一に示された良識ある判断は、民主的税法の解釈基準を高く示し、これに本件上告第四点の大阪高裁判例の逋脱犯法理の明快なる点を挙げて本件上告の結論に代えることとする。

以　上

未払金							
預り金	0	150000	150000	0	150000	150000	0
外税出資預り金	0	0	0	0	0	0	0
合計	0	150000	150000	0	150000	150000	0
差引増加額							
本人申告額							
犯則所得							

過脱犯法理の明快なる点を考慮して本件上告の趣旨にそうこととする。

別表(一)　昭和27年個人分資産負債増減表

註　載は第一審判決額
弁は第一審弁護人主張額
検は起訴額

	資産の部			勘定科目	負債の部		
	差引金額	期末現在額	期首現在額		期首現在額	期末現在額	差引金額
載	△ 14988	61,201	76,189	現金			
弁	△ 314988	61,201	註1 376,189				
検	△ 14988	61,201	76,189				
載	1,678,233	1,938,177	259,944	銀行預金			
弁	1,678,233	1,938,177	259,944				
検	1,678,233	1,938,177	259,944				
載	203,1,224	2,291,224	240000	商品			
弁	1,031,224	2,291,224	註2 1,240000				
検	238,224	2,291,224	3000				
載	0	160000	160000	出資金			
弁	0	160000	160000				
検	0	160000	160000				
載	1,308,3368	1,6570733	1,487,365	土地建物			
弁	1,308,3368	註4 1,6570733	1,487,365				
検	1,949,7783	2098,3148	1,487,365				
載	236436	306436	70000	備品			
弁	106436	306436	註3 200000				
検	306436	306436	0				
載	1,928,000	2,228,000	300000	機械			
弁	1,928,000	註5 2,228,000	300000				
検	1,616,000	1,916,000	300000				
載	866,104	866,104	0	車輛			
弁	866,104	866,104					
検	866,104	866,104	0				
載	1,430,000	1,430,000	0	積利金			
弁	0	註6 0					
検	1,430,000	1,430,000	0				
載	1,306,807	1,500,000	193,193	前渡金			
弁	1,306,807	1,500,000	193,193				
検	1,306,807	1,500,000	193,193				
載	784,849	784,849		店主勘定			
弁	424,849	註7 424,849					
検	784,849	784,849					
載				借入金	0	4,000,000	4,000,000
弁						註8 8,300,000	8,300,000
検						4,000,000	4,000,000
載				買掛金	0	2,351,383	2,351,383
弁						2,351,383	2,351,383
検						2,351,383	2,351,383
載				未払金	0	3,462,183	3,462,183
弁						註9 3,462,183	3,462,183
検						3,462,183	3,462,183
載				預り金	0	130000	130000
弁					130000	130000	0
検					130000	130000	
載				外部出資預り金	0	0	0
弁					0	註10 2600000	500000
検					0	0	0
載	23,390,033	28,156,744	2766691	合計	0	12,163,368	12,163,368
弁	22,130,033	26,346,744	4,216691		130000	19,063,368	18,913,368
検	29,779,468	32,239,139	2459691		130000	12,263,368	12,113,368
載				差引増加額			13,226,483
弁							3,216,483
検							17,663,900
載				本人申告額			3,668,082
弁							3,668,082
検							3,668,082
載				犯則所得			7,358,403
弁							△ 243,1,597
検							11,997,817

別表(二)

昭和28年個人分資産負債増減表

	資産の部			勘定科目	負債の部		
	差引金額	期末現在額	期首現在額		期首現在額	期末現在額	差引金額
歌	△ 61,201	0	61,201				

別表(二)

昭和28年個人分資産負債増減表

	資産の部			勘定科目	負債の部		
	差引金額	期末現在額	期首現在額		期首現在額	期末現在額	差引金額
裁決	△ 61,201	0	61,201	現金			
審査	△ 61,201		61,201				
検算	△ 61,201		61,201				
裁決	[illegible]	10333923	1938177	事業税引当金	0	註11 0	0
審査					0	1,439,730	1,439,730
検算							
裁決				預り金	130000	182,000	32,000
審査					130000	182,080	32,000
検算					130000	182,080	32,000
裁決				外部出資預り金	0	0	0
審査					2600000	註12 9,230000	16,630000
検算					0	0	0
裁決	4,295,230K	70,324,399	27,371,893	合計	12,163,368	18,841,889	6,678,321
審査	3,399,381,2	61,917,707	23,921,893		19,063,368	48,012,700	28,949,132
検算	4,863,683	78,929,993	31,474,310		12,263,368	19,374,611	7,111,083
裁決				差引増加額			36,274,183
審査							7,046,680
検算							41,344,642
裁決				申告額			13,764,487
審査							13,764,487
検算							13,764,487
裁決				犯則所得			22,509,696
審査							△ 6,717,807
検算							27,380,133

別表（二）

昭和28年個人分資産負債増減表

	資産の部			勘定科目	負債の部		
	差引金額	期末現在額	期首現在額		期首現在額	期末現在額	差引金額
戴 弁 検	△ 61,201 △ 61,201 △ 61,201	0	61,201 61,201 61,201	現金			
戴 弁 検	8,397,746 8,291,138 8,397,746	10,333,923 註1 10,229,315 10,333,923	1,938,177 1,938,177 1,938,177	銀行預金			
戴 弁 検	△ 1,136,840 △ 1,466,904 △ 1,136,840	1,136,384 註2 824,320 1,136,384	2,291,224 2,291,224 2,291,224	商品			
戴 弁 検	12,644,000 12,644,000 12,644,000	12,804,000 12,804,000 12,804,000	160,000 160,000 160,000	出資金			
戴 弁 検	11,209,136 11,209,136 13,694,417	27,779,869 註3 27,779,869 36,681,363	16,570,733 16,570,733 20,987,148	土地建物			
戴 弁 検	△ 306,436 △ 306,436 △ 306,436	0	306,436 306,436 306,436	備品			
戴 弁 検	△ 2,228,000 △ 2,228,000 △ 1,916,000	0	2,228,000 2,228,000 1,916,000	機械			
戴 弁 検	△ 866,104 △ 866,104 △ 866,104	0	866,104 866,104 866,104	車輌			
戴 弁 検	△ 1,430,000 0 △ 1,430,000	0	1,430,000 0 1,430,000	権利金			
戴 弁 検	8,116,328 37,228,308 8,116,328	8,116,328 註4 37,228,308 8,116,328	0	売掛金			
戴 弁 検	1,300,000 1,300,000 1,300,000	0	1,300,000 1,300,000 1,300,000	前渡金			
戴 弁 検	2,000,000 0 2,000,000	2,000,000 註5 0 2,000,000	0	協栄産業勘定			
戴 弁 検				みつわ商事勘定	0	10,272,881 註6 3,600,700 10,272,881	10,272,881 3,600,700 10,272,881
戴 弁 検	1,277,100 1,277,100 1,981,000	1,277,100 註6 1,277,100 1,981,000	0	木材部勘定			
戴 弁 検	3,874,393 3,274,393 3,874,393	3,874,393 註7 3,274,393 3,874,393	0	店主勘定			
戴 弁 検				未払金	3,462,183 3,462,183 3,362,183	2,480,000 註9 1,680,000 2,480,000	△ 982,183 △ 1,782,183 △ 882,183
戴 弁 検				買掛金	2,331,383 2,331,383 2,331,383	0 0 0	△ 2,331,383 △ 2,331,383 △ 2,331,383
戴 弁 検				借入金	4,000,000 8,300,000 4,000,000	2,000,000 註12 2,300,000 2,000,000	△ 2,000,000 △ 6,000,000 △ 2,000,000
戴 弁 検				事業税引当金	0 0 0	907,008 註11 0 1,439,730	907,008 0 1,439,730
戴 弁 検				預り金	130,000 130,000 130,000	182,000 182,000 182,000	52,000 52,000 52,000
戴 弁 検				外部出資預り金	0 2,600,000 0	0 註12 9,230,000 0	0 △ 6,630,000 0
戴 弁 検	42,932,304 35,993,812 48,433,683	70,324,399 61,917,707 79,929,993	27,391,893 25,921,893 31,496,310	合計	12,163,368 19,063,368 12,263,368	18,841,889 48,012,700 19,376,611	6,678,521 28,949,132 7,113,083
戴 弁 検				差引増加額			36,276,183 7,046,780 △ 1,346,642
戴 弁 検				申告額			13,764,487 13,764,487 13,764,487
戴 弁 検				犯則所得			22,309,696 △ 6,717,807 27,380,133

差引金額
11,200792
△309,088
1,294,3162

別表(三)

法人分貸借対照表

	資産の部		負債の部	
	科目	金額	科目	金額
期末	現金	621,292	資本金	800,000
前期		621,292		800,000
検算		621,292		800,000
期末	銀行預金	4,363,677	仮受金	41,631
前期		4,363,677		41,631
検算		4,363,677		41,561
期末	町内積立金	39,170	未払金	338,322
前期		39,170		註 468,333
検算		39,170		338,322
期末	商品	3,623,137	買掛金	9,385,772
前期		3,623,137		9,385,772
検算		3,623,137		9,385,772
期末	仮払金	73,000	支払手形	180,810
前期		73,000		180,810
検算		73,000		180,810
期末	設備	442,000	借入金	2,300,000
前期		442,000		註 0
検算		442,000		2,300,000
期末	機械器具	4,277,370		
前期		註 4,277,370		
検算		601,830		
期末	備品什器	1,098,713		
前期		1,098,713		
検算		1,098,713		
期末	首藤勤定	10,272,881		
前期		註 3,600,700		
検算		10,272,881		
期末	権利金	1,389,380		
前期		註 0		
検算		1,389,380		

	申告分	差引金額
期末	1,813,193	11,200,792
前期	1,813,193	3,309,088
検算	1,813,193	12,943,162

	役員賞与		当期利益金			
期末		32,500		13,013,983		
前期		32,500		7,324,281		
検算		32,500		14,738,333		
期末	合計	26,262,340	合計	26,262,340		
前期		18,200,779		18,200,779		
検算		28,004,820		28,004,820		

弁 検	修繕費、	註 958,232 0		
裁 弁 検	使途不明出金	8,937,521 註 0 6,437,521		
裁 弁 検	景品買戻し仕入	0 註 9,148,092 0		
裁 弁 検	雑損	0 註 700000 0		
裁 弁 検	交際費	0 註 360000 0		
裁 弁 検	当年利益金	13,814,486 3,187,610 17,665,900		
裁 弁 検	合計	120726346 121,726346 120726346	合計	120726346 121,726346 120726346

別表（四）

昭和27年個人分損益計算書

	損失		利益	
	科目	金額	科目	金額
裁弁検	景品煙草販売分	21,277,690	売上	96649319
裁弁検		21,277,690		96649319
裁弁検		21,277,690		96649319
裁弁検	景品煙草その他	27,285163	煙草売上	133301
裁弁検		27,285163		133301
裁弁検		27,285163		133301
裁弁検	その他景品	1368,9818	雑収入	28943
裁弁検		1368,9818		28943
裁弁検		1368,9818		28943
裁弁検	一般営業費	101,32267	景品仕入控	383667
裁弁検		註 1443,9437		383667
裁弁検		101,32267		383667
裁弁検	機械代送金	1,808730	景品煙草控	21,277690
裁弁検		註 338,0700		21,277690
裁弁検		1,808730		21,277690
裁弁検	送金手数料	2000	期末商品	229,1224
裁弁検		2000		229,1224
裁弁検		2000		229,1224
裁弁検	支払利息	96636	古物売上	0
裁弁検		註 1,636636		1,000000
裁弁検		96636		0
裁弁検	租税公課	39,0837		
裁弁検		39,0837		
裁弁検		39,0837		
裁弁検	煙草仕入公社	21,41,4047		
裁弁検		21,41,4047		
裁弁検		21,41,4047		
裁弁検	煙草経費	72046		
裁弁検		72046		
裁弁検		72046		
裁弁検	期首商品	240,0000		
裁弁検		註 1,240,0000		
裁弁検		3000		
裁弁検	減価償却費	387,213		
裁弁検		註 304,398		
裁弁検		231,031		
裁弁検	修繕費	938,232		
裁弁検		註 938,232		
裁弁検		0		
裁弁検	使途不明金出金	893,521		
裁弁検		註 0		
裁弁検		643,521		
裁弁検	景品買戻し仕入	0		
裁弁検		註 9,148,092		
裁弁検		0		
裁弁検	雑損	0		
裁弁検		註 700000		
裁弁検		0		
裁弁検	交際費	0		
裁弁検		註 360000		
裁弁検		0		
裁弁検	当年利益金	1381,4486		
裁弁検		31,876,10		
裁弁検		17,663900		
裁弁検	合計	1207,26346	合計	1207,26346
裁弁検		1217,26346		1217,26346
裁弁検		1207,26346		1207,26346

別表（五）

昭和28年個人分損益計算書

	損失		利益	
	科目	金額	科目	金額
貸方	期首商品	229,224	売上	2198,6384
借方		229,224		2198,6384
検		309		2198,6385
貸方	仕入商品	17296,877	機械売上	2392,100
借方		17296,877		2392,100
検		17296,877		2392,100
貸方	一般賃乗費	1343,706	煙草売上	683,1268
借方		註 2087,266		6527,664
検		1343,706		683,1268
貸方	支払利息	204,194	景品煙草売上	100878,307
借方		註 311,237		100878,307
検		204,194		100878,307
貸方	機械代	11,033,400	景品仕入振替	680,938
借方		註 18933,700		680,938
検		11,033,400		680,938
貸方	送金手数料	700	家賃収入	146,000
借方		700		146,000
検		700		146,000
貸方	公社煙草仕入	16364,7636	雑収入	142,677
借方		16364,7636		142,677
検		16364,7636		142,677
貸方	煙草経費	302,631	期末商品	2248,333
借方		302,631		註 824,320
検		302,631		2303,353
貸方	減価償却費	1,903,698	原因不明金入	1,333,773
借方		註 1,903,698		註 0
検		610,472		1,333,763
貸方	事業税	907,008		
借方		註 0		
検		1439,730		
貸方	修繕費	1,894,033		
借方		註 1,894,033		
検		0		
貸方	交際費	0		
借方		註 600,000		
検		0		
貸方	雑損	0		
借方		註 300,000		
検		0		
貸方	諸税損	0		
借方		註 1,000,000		
検		0		
貸方	当年利益金	3467,537		
借方		4571,809		
検		3270,324		
貸方	合計	4034,2316	合計	4034,2316
借方		3923,2306		3923,2306
検		4033,7706		4033,7706

別表(六)　　法人分損益計算書

	損失		利益	
	科目	金額	科目	金額
期首 期中 期末	期首商品	1,111,969 1,111,969 1,111,969	売上	136602069 134322069 136602069
期首 期中 期末	仕入商品	101,406,277 101,406,277 101,406,277	機械売上	1,772,140 1,772,140 1,772,140
期首 期中 期末	営業費	1230,104 註 17,679,134 1230,104	雑収入	64,213 64,213 64,213
期首 期中 期末	雑費	348 348 348	期末商品	3622,137 3622,137 3622,137
期首 期中 期末	減価償却費	1,110,416 註 0 1,110,416	給料架空	30,000 30,000 30,000
期首 期中 期末	機械代送金	22,18,300 註 1230,6440 22,18,300		
期首 期中 期末	送金手数料	3,100 3,100 3,100		
期首 期中 期末	支払利息	91,800 8,730 91,880		
期首 期中 期末	使用不明金出金	8,46,301 註 0 8,46,301		
期首 期中 期末	当期利益金	13,22,27,64 7,32,46,281 13,22,26,84		
期首 期中 期末	合計	142,16,379 139,83,379 142,16,379	合計	142,16,379 139,83,379 142,16,379

昭和三八年(あ)第一六五五号

判　決

本　籍　東京都港区芝西久保桜川町二三番地
住　居　山形県天童市大字天童甲八四八番地の二〇
会社員　浅　香　鉄　夫
大正七年一〇月一一日生

右道路交通法違反被告事件について、昭和三八年六月一三日仙台高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人田島亮治の上告趣意第一について。

違憲（三一条違反）の主張について。

犯罪の構成要件は、すべて法律そのもので定められなければならないものではなく、法律の授権によつて、その一部を公安委員会規則によつて定めることもできることは、当裁判所の判例（昭和二七年(あ)第四五三三号同三三年七月九日大法廷判決、刑集一二巻一一号二四〇七頁、昭和三一年(あ)第四二八九号同三七年五月三〇日大法廷判決、裁判集一四二巻八四七頁）の趣旨とするところである。所論は、採ることができない。

昭和三九年九月一八日判決　昭和三八年(あ)第一六五五号

昭和三九年九月一八日判決　昭和三八年(あ)第一六五五号

その余の主張は、単なる法令違反ないし事実誤認をいうものであつて、上告適法の理由に当らない。

同第二について。

所論は、違憲（一三条違反）をいうが、そのいうところは捜査方法の違法であつて、原判決自体の違憲をいうものではないから、上告適法の理由に当らない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三九年九月一八日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第一六五五号

弁護人田島亮治の上告趣意

第一、道路交通法第六十八条及び第百十八条第一項第三号の違憲なることについて。

原審及び第一審の判決は被告人が公安委員会の定めた時速三十キロの最高速度を超過する時速三十七キロの速度で自動車を運転した事実を認定して被告人に罰金二千円を言渡している。

然して被告人が時速三十七キロの速度で自動車を運転したとする測定方法如何というに、二百米の間隔をおいて、A・B二点をとり、その間を被告人の自動車が通過する時間をテープに記録し、もつて平均時速を算出するという方法によるものであつた。然しながらかかる測定方法によれば次の如き不合理な事実を認めねばならぬことになるのである。

即ち、二百米の測定区間の前半の百米を制限最高速度をはるかに越える時速五十キロの速度で運転しても、後半の百米を時速十キロの速度に落せば平均時速は三十キロを超えないのであり、従つてかかる運転者は実質的には速度違反を犯しながら速度違反に問われないのである。

もし測定区間の距離を二百米から四百米にのばすとすれば、かかる測定方法の不合理性は更に明白である。

即ち、被告人の場合、測定区間の距離二百米の範囲で時速三十七キロと算出されたが、もし残りの二百米に於て、時速二十三キロ以下に速度を落せば測定区間の距離が四百米の場合には制限速度に違反せぬことになるのである。

勿論、本件被告人の速度違反の取締に際して、二百米なる測定区間は他の運転者に対しても平等に適用されたのであり、その点についてはあえて異論をとなえるものではないが、問題は何を根拠にして測定区間の距離を二百米に取つたかということである。

昭和三八年(あ)第一六五五号

被告人　浅香鉄夫

道路交通法第六十八条は「法令で定める最高速度、又は第二十二条第二項、若くは第二十三条の規定に基づき公安委員会が定める最高速度を越える速度で車輛等を運転してはならない」としか規定していない。

なるほど取締に際しては、その地方の特殊性のため、すべてを法律で定めることは、あるいは不可能かも知れない。然しながら取締に際してその測定区間の距離の取り方次第で前述のような不合理な事実が生じるのは全国共通なことである。それ故に、道路交通法第六十八条にいう「法令又は公安委員会の定める最高速度を越える速度」なるものの内容は著るしく不明確であり、その認定方法を法律の規定によらずして取締当局たる行政機関の取締上の便宜にゆだねることは国民の権利を著るしく不安定ならしむるものであり、法律なければ刑罰なしという罪刑法定主義の原則に反し、従つて、憲法第三十一条に違反するものである。

かかる規定により刑罰を課した原審及び第一審の判決は無効であり破棄はまぬがれないと思料する。

第二、本件取締行為の違憲なることについて。

本件被告人が速度違反を犯したとする区間の終点は制限速度解除点の寸前の地点である。制限速度が解除になれば道路交通法施行令第十一条により、被告人は最高六十キロまでスピードをあげることが出来るのである。かかる境界点に於て次の制限速度までスピードをあげるべく準備にかかるのは人情のしからしむるところである。勿論制限速度が解除になるのは、その解除の標識のある点以後であることはもとより当然であるが、問題は何故にかかる境界点で取締が行われたかである。

記録により明らかな如く、この地点が取りたてて危険な区域であるとは認められない。とすれば取締当局の意図は、制限速度が解除になる寸前の地点なら違反も多いであろうというところにあるとみて差支えない。

この事は一見合理性があるように見える。しかしこのことは逆に平常交通規則を忠実に守り、免許取得以後一度も事故

をおこしたことのない被告人の如き善良なる運転者をして犯罪に陥し入れる危険性をもつているのである。

無差別に犯罪者を作り出すことを目的とするかかる取締は取締の目的を逸脱するものであり違法な取締といわねばならず、すべて国民は個人として尊重されるとする憲法第十三条の規定に違反するものである。従つてかかる違憲無効な取締によつて被告人に刑罰を課する原審及び第一審の判決は無効であり破棄さるべきものと思料する。

以　上

昭和三八年(あ)第八八四号

決定

本籍　愛知県額田郡幸田町大字深溝字西道祖神四三番地
住居　東京都世田谷区烏山町六九三番地
会社員　八田関一　大正六年八月二八日生

右単純収賄被告事件について昭和三八年三月六日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人松本光の上告趣意一は、事実誤認および単なる法令違反の主張であり、同二の(一)は、違憲（三八条違反）をいうが、原審でなんら主張判断を経ない事項であり、同二の(二)は、事実誤認および単なる法令違反の主張であり、同三は、量刑不当の主張であり、いずれも適法な上告理由とならない。

同四について。

所論は、防衛庁設置法および自衛隊法が憲法九条に違反して無効であるから、被告人は刑法七条、一九七条にいう公務員ではないのにかかわらず、これを公務員として処罰した第一審判決を是認した原判決は違憲である、と主張する。しかし、

所論は、原審でなんら主張判断を経ない事項であるから適法な上告理由とならない（昭和二六年(あ)第一八九七号同三二年一月二七日大法廷判決、刑集一一巻一二号三一三二頁参照）。また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四一四条、三八六条一項三号により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和三九年九月二二日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第八八四号

弁護人松本光の上告趣意

一、第一審判決の事実認定に基いてなされた第二審判決には被告人の職務権限に関し法令の解釈を誤り事実誤認がある。

第二審判決は第一審判決かその挙示する証拠によつて認定した事実の要旨は「被告人は陸上自衛官として防衛庁陸上幕僚監部武器課に次いで航空自衛官として同庁航空幕僚監部装備部補給課に順次勤務中、昭和三一年九月一日頃から同三三年七月十八日頃迄の間前後七回に亘り、その職務に関し原審相被告人里吉広之助外四名から合計金三五四万余円を収賄したもの」であるとし第一審判決の認定事実をもとゝし、第一審判決の被告人に対する懲役二年の実刑に処したのである。

然しながら、被告人には第一審判決並第二審判決が認定した職務権限はない被告人は陸上自衛官として昭和二九年四月五日より昭和三二年五月三〇日までは防衛庁陸上幕僚監部武器課の車輛班整備係長として勤務していたものであるが被告人の右車輛係長としての職務権限は、陸上幕僚監部事務分掌規定第一二二条に規定するところであり、それによると、武器課車輛班事務内容は

(一)　車輛の調達、補給及整備等に関すること、

(二)　車輛の技術的安全及び危険防止対策並びに別式、規格の助言に関すること、

(三)　その他課長より命ぜられた事項に関すること、

であり車輛班は(一)調整係、(二)補給係、(三)整備係、(四)部品工具係の四係に分れて居り、被告人の勤務していたのは車輛班整備係であつて、その分掌事項は(1)車輛関係整備計画の立案、(2)車輛関係整備業務の実施、(3)車輛整備関係予算の積算であ

り、車輌整備計画に基く外注先業者を選定指定する権限はない。

本件に於ける車輌の五段階整備計画の立案は右車輌関係整備計画の立案の分掌事項でありますが、成立した計画の実施である外注先の決定は、車輌班補給係又は武器課の調達班、陸上幕僚監部第四部、会　課武器補給処、地区補給処の分掌事項であります。武器課車輌班整備係は整備基準（米軍の教範の翻訳、車種別基準表）の作成、整備に関する稟議文書の作成に限られているのであり第一審判決が証拠とした車輌再生（五段階整備）実施要領に関する伺（昭和三四年証第一七四〇号の九）と題する書面に車輌第五段階整備の外注先として富士自動車株式会社が記載されている事実によつて被告人の武器課車輌班整備係長として外注先指定の権限ありとすることが出来ないことは勿論、外注先の指定は被告人の前述職務権限と密接なる関係ありとなすことも出来ない。外注先の指定は調達に関する事項で調達、補給を担当する部課の専権事項であります。整備に関する稟議文書の作成に当つては他の部課の権限に属する事項で、その部課がその権限に基いて決定した事項を盛り込むことは整備大系を明白にするために必要であり同時にそれを記載しないことは不可能であります、即ち記載を拒否する権限はないのであります、特に本件五段階整備の実施に当つては随意契約方式をとることが至上命令と云う形で決定されていたのであるから特に然りであります。

被告人の職務権限について五段階整備計画の作成に際して、外注先指定の権限ありや否は防衛庁陸上幕僚監部事務分掌の規定に従つて判断されるべきものであり該規定によると被告人に外注先指定の権限なきこと明白であるに拘らず、原判決が、外注先の指定は被告人の職務権限に属するものと判断したのは法令の解釈を誤り被告人の職務権限に関する事実認定を誤つたものであり刑事訴訟法第四百十一条第一号、第三号に該当するものであるから原判決は破棄されるべきものである。

二、第一審判決が被告人を有罪とするに証拠とした中野吉雄の検察官並司法警察員に対する各供述調書は強制による自白、

不当に長く拘禁された後になされた自白であつて証拠とすることができないものであるからこの判決の事実認定を基礎とした第二審判決は憲法第三八条に違反し刑事訴訟法第四〇五条第一号により破棄されるべきものである。

先づ

(一)　中野吉雄の司法警察員並検察官に対する各供述調書について

これ等の調書には　疑者中野吉雄が富士自動車が五段階整備の仕事を取ることに努力し被告人八田に外注先として富士自動車を指定する様且車種も日産製自動車とする様運動したこと並被告人八田に対し五段階整備実施に関する立案に当つて富士自動車（株）を外注先と指定して貰つた謝礼の趣旨で富士自動車（株）が日産より買入れる純正部品の値引率を防衛庁の定める二八％引より上廻つた三五％引にして貰つたことによつて得る利益の内より計金三五〇余万円を供与したことを自発的に供述されたものとして録取されているのであるが、これは中野吉雄の自由なる供述の録取でなくて、強制により供述をよぎなくされたものゝ録取の記録である。

中野吉雄は旧陸軍の技術将校（大佐）で軍車輌に関するエキスパートで終戦後は兵器工業会に関与し富士自動車（株）に入社するまでは他の会社に於て米軍車輌の第四段階整備の実施に当り昭和二四年に富士自動車（株）に入社し米軍車輌の第五段階整備の実施を担当し昭和二九年正月には同社の鶴見工場長となり同三〇年八月には防衛庁の車輌関係に関する技術顧問となり防衛庁に対し車輌五段階整備に関する米軍車輌第五段階整備に関する資料の提供その他の助言をなし、昭和三十一年五月には富士自動車鶴見車輌工場長となつたものであり、その経歴の示すところ、軍車輌に関する技術上の権威者であり且防衛庁とも深いつながりのあるものであつて防衛庁の車輌第五段階整備の実施に関する方針については被告人八田よりも熟知しうる立場にあつたものであつて、防衛庁の車輌第五段階整備の実施工場は米軍車輌の第五段階整備の実施経験工場でなくては不可能である事実並米軍の指示に従つて防衛庁が実施せんとする車輌第五段階整

備の実施予算がどの位になるかを当然に予測しうる立場にあつたものであつて、被告人八田に対しては五段階整備実施計画作成に関する資料を提供したり助言したりする関係にあり、被告人八田に依頼して富士自動車（株）を外注先として指定して貰うとか予算を知らせて貰うとか云う様なことは全く必要のない。又中野吉雄は旧陸軍に於ける組織機構並防衛庁に於ける物資調達、外注契約の担当者がどの部門であるかもよく知るところで、武器課車輌班整備係長たる被告人八田の職務権限についても十分の理解をもち、整備基準、整備車輌数量の算出、それに要する予算の積算等に要する資料を集大成して五段階整備実施に関する何　る書面を作成するのみの権限を有し、且該書面に記載される全事項が被告人の権限事項ではなくて他の部課に於て決定された事項を只記入するだけの機械的権限だけがあるものであることを熟知していた筈であつて、外注先指定は被告人八田の権限外のことであることを知り乍ら敢て富士自動車（株）が五段階整備実施の外注先となつたことは被告人八田の尽力によるものであると供述したと　取された本調書は、強制による自白調書か中野吉雄の虚構の供述か何れかによるものと断ぜざるを得ない。中野吉雄は逮捕当時病弱であつたことは明白であり且逮捕前に富士自動車首脳より被告人八田に渡した金よりその約四割近い金額を追及され横領による告訴をすることを取止める交換条件として被告人八田との関係は凡て中野吉雄の全責任とする様強要された事実があるのであり斯る状況下に取調を受けた中野吉雄の供述は特に信用すべき情況の下になされた供述でないと謂うべきである。然る以上中野吉雄が公判廷に於て供述することが出来ずに死亡した本件に於ては中野吉雄の供述調書はこれを証拠とすることは刑事訴訟法第三二一条第二号、三号に違反する証拠の証明力は裁判官の自由なる判断によることは刑事訴訟法の明定するところであるが「自由なる判断」には自ら一定の制限があり論理的に正当でなく経験則に照して肯けない証拠に対しては自由なる判断の入る余地はない筈である。従つて、被告人八田に権限なき事項について権限ありとの前提に立つた中野吉雄の供述は論理的に矛盾であり、この供述を証拠とすることは自由心証主義のうち外にあることで違法

である。中野吉雄の前各供述が論理的矛盾を生じた原因は、取調官の被告人八田に対する金銭の交付が贈賄である事実を認めなければより重い刑罰の科せられる業務上横領を以て処罰すると云う脅迫によると同時に拘禁に耐えられない身体的条件の下に二ヶ月間拘禁されたのであるが身体的悪条件の下に於ける拘禁はその期間の数学的の長短に拘らず、不当に長い拘禁の状態を云うべきであるから被告の各供述は、憲法第三八条第二項の規定により証拠となし得ないものである。

(二)　被告人八田が中野吉雄から交付された金三五四万余円の性格についての判断に誤りがある。

被告人の職務権限が原判決認定の通り外注先指定に及ぶものと仮定しても、富士自動車（株）の日産販売株式会社より購入する純正部品の割引率を二八%より三五%に引上げてやつたことに関しては職務とは無縁のことであり、職務と無縁なる行為によつて金銭的利得を得ても収賄の罪に問われる筋合ではない。被告人八田が中野吉雄より供与された金員が富士自動車（株）が防衛庁の車輌五段階整備実施計画作成に当つて、外注先として指定された謝礼であるとの中野吉雄の供述が任意性なく証拠となし得ないものであることが前述の通りである以上、被告人八田の職務権限に関して便宜なる取扱を受けた謝礼として供与されたものであるとする直接の証拠はない、証人長尾正一の第一審公判廷に於ける証言によれば、同人は中野吉雄が被告人八田に金員を交付した事実は事件発覚の後に於て知つたとの前提に立つて、被告人八田に対する職務に関する賄賂の供与であるとしているのであつてこれは証拠価値はない。証人古川仁一の証言も同人の昭和三四年十二月九日付司法警察員に対する供述記載と彼此較べ判断すると証拠価値が劣しい、右司法警察員に対する供述調書十四項には二八%引を上廻る七%はリベートで別に貰いその内二%を富士が二%を部品業者（日産）三%が官側（即ち被告人八田）に行くと云うことと、部品業者に渡る二%と官側に渡る三%を一括して被告人八田に渡すと云う趣旨のことを里吉広之助より話されたとありますが、里吉広之助が古川仁一に対して斯ることを話した事実のな

いことは里吉はどこでも供述していないし、又七%の内二%が部品業者に行くのであれば、何を若若して値引を七%引上げる必要はなく五%の引上げで十分の筈であり、その方が空帳簿の操作も簡単な筈である。斯る馬鹿々々しい供述がなされたのは古川仁一が何人かの示唆により経験しない事実を経験した事実の如く供述したものとすることが正しいものと謂はねばならない。然りとすれば、富士自動車（株）が日産販売（株）より部品購入に際して値引率を三五%にして貰つたことは被告人に謝礼を出すことは、被告人の職務とは無関係であると云う結論が自然に出てくる筈である。被告人八田が中野吉雄より交付された金員が純粋に富士と日産との関係に於ける利害関係に関するものであることが明白であるに拘らず、これを故意に被告人八田の職務に関するものと結付ける論理はどこから出てくるであろうか。この点に関する正当なる理論付けがなされていない原判決は事実の認定に飛躍があり首肯し得ないところである。

三、第二審判決は刑の量定が甚しく不当である。

第二審判決が第一審判決を破棄し被告人に対し懲役二年金参百五拾四万壱千四百九拾五円を追徴するとの言渡をなした理由として、被告人の第一審判決の判示第一の一の収賄金三万円を除きその余は被告人自ら供与方を要求したものであること、を重なる理由としているのであるが、被告人が第一審相被告人好田保夫より交付を受けた金員十万円について自ら要求した事実なく、第一審判決が証拠とした被告人好田保夫の公判に於ける供述には被告人八田より賄賂金を要求された事実のないことは明白であり、被告人田中正一、同田代秀司の公判に於ける供述は被告人好田から申向けられた事実を述べているにすぎず、被告人田中、同田代の検察官に対する供述調書も亦被告人好田が被告人八田が他官庁の係員接待の費用として入用だからと要求されたと申向けられたとの事実を述べているだけで果して被告人八田が好田保夫に対し斯る申向けをなしたか否かについてはたしかめていないのでありまして、これを以て直ちに被告人八田が金員の供与を要求した

と判断した第二審判決は不当である。富士自動車（株）関係の金員についても、被告人は、富士自動車（株）に対し職務権限に関し便宜なる取扱をしてやつた謝礼として金員を供与する様要求した事実はない。被告人八田が中野吉雄より数回に亘つて交付を受けた金三五四万円余は、被告人八田の職務権限とは無関係であることは既に述べた通りであるから要求したとて悪質なる収賄罪なりと断せられる理由はない。要するに第二審判決が第一審判決を破棄した理由は、誤つた事実認識に基き第一審判決の刑の量定に当つての自由裁量を批難したもので不当である。情状に関しては罪となるべき事実認定の証拠ほど厳格なる証拠を要しないのであるが、正当なる情状に関する証拠に基いて情状を汲取らなくてはならない。被告人八田が中野吉雄より収受した金額の内約三分の二は中野吉雄に交付して被告人八田の手元に残つたのは一二〇万円余であることも証拠上明白であるに拘らず、徒らに自己収入に不相応なる支出とするのであるか不明確であります。

要するに第二審判決は検察官の控訴の趣意に応えることのみに汲々として事件の本質並に情状につき只管に被告人に不利なる関係人の供述のみに従つて判断したものであつて刑の量定が甚しく不当であるから刑事訴訟法第四百十一条第二号に該当し破棄さるべきである。

四、防衛庁設置法並自衛隊法は憲法第九条に違反し無効なる法律に基く防衛庁は正当なる国家機関でないから防衛庁職員たる被告人は刑法に規定する公務員に該当しない。

日本国憲法第九条の規定は戦争の全面的な放棄や自衛戦力の保有をも禁止しているものと解するのが相当である。同条第一項は「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に　求し、国権の　動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」と規定し交戦権を全面的に放棄しているのであつて交戦権はそれが侵略的である自衛的であるとを問わず、これを行使し得ないことが明白である。国際紛争がわが国

側の責任により発生したと、他国の挑発により惹起されたとを問わず、これが解決の手段として戦争に訴えることは勿論、武力による解決手段をとることも出来ないのであつて、他国よりの侵略に対して、わが国を防衛する手段は、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、わが国の安全と生存を保持しようと決意したこと厳粛に憲法前文に於て宣言したわが国としては、平和を愛する諸国民の連合組織である国際連合と云う国際機構に一任するより外に途はない。即ち国際連合は、国連憲章第一条の第一の「国際の平和及び安全を維持すること。そのために、平和に対する脅威の防止及び除去と侵略行為その他の平和の破壊の鎮圧とのため有効なる集団的措置をとること」とする目的に従い、これが加盟国であるわが国（一九五六年加盟）が他より平和を脅威され又は侵略される場合はこれが防止、除去並鎮圧のための集団的措置をとる義務を負担し、わが国は国際連合の集団的措置にまかせねばならないのである、国際連合は集団的措置の最後的手段として国際連合加盟国の空軍、海軍又は陸軍の行動をとることができる（国連憲章第四二条）のであつて、わが国に関する限り交戦権は国際連合の機関である安全保障理事会等のとる軍事的安的措置に限定され、わが国独自の交戦権はない。憲法第九条第二項は戦争放棄の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力をもつことを禁止しているのであるが、この戦力の保持禁止が自衛権をも否定するものであるか否については意見の岐れるところであるが、自衛権を肯定するとしても、自衛のための措置としての方式又は手段について問題が存するのであり、わが国の平和と安全を維持するための安全保障であれば、その目的を達するにふさわしい方式又は手段である限り、国際情勢の実情に即応して適当と認めるものを選ぶことが出来るとする最高裁判例（昭和三四年十二月十六日大法廷判決）に従つても、直ちに自衛権の発動としての戦力を行使しうるとの結論には達しない。憲法第九条第二項がその保持を禁止した戦力とは、わが国が主体となつた指揮権、管理権を行使しうる戦力をいうと右判決は判示しているのであるが、この見解に従つて、自衛隊法を検討することにする。

自衛隊については、わが国が指揮権、管理権をもつていることは自衛隊法の規定上明白であつて論議の余地がない。

わが国の自衛隊の歴史を見ると、わずか七万五千人で発足した警察予備隊が、保安隊となり自衛隊へと成長し、現在では火力で旧陸軍の五倍総兵力二五万に及ぶ交戦のための武器を保持する戦力に成長しているのが現実である。警察予備隊の当時の保有戦力は、国内治安維持のために必要とする限度に止つていたと見ることが出来るのであるが、これが保安隊となり現在の自衛隊となるに従つて、その保有戦力は、原子兵器を除く、あらゆる近代兵器を保有するに至り、もはや単なる防衛的戦力の域を脱し、原子兵器を保有しない他国の軍隊と選ぶところのない攻撃可能の能力にまで成長発展していることは自明のことであります。自衛隊の保有する火器は旧陸軍の保持した火器の比でなく現在に於て攻撃兵器であるジェット戦闘機、原子兵器の一種でナイキも所有し、更にかくされた秘密兵器さえも保有しているのではないかと思われるのである。このまゝで推移するに於ては近い将来には自衛隊は完全なる戦力にまで発展成長し憲法第九条第二項の保有を禁止する戦力に達することは必至の状態である。自衛隊法第七六条は外部からの武力攻撃に際して、わが国を防衛するため自衛隊が出動することを規定しているのである。武力攻撃は戦力でなくてはならないのであるから、武力攻撃による国際紛争とは戦争を意味することに外ならないのであり、この国際紛争を解決するために武力を行使することは憲法第九条第一項の禁止するところであるから武力攻撃に対抗して自衛隊が出動することは右禁止条項に違反するものである。

憲法第九条の解釈については最初は「自衛のためでも戦力はもてない」とし、「九条は戦力の保有を禁じているが、自衛隊は戦力でない」との解釈をとり、進んでは「九条は自衛戦力の保持を認めている、国民の生命を守るためには、自衛のための防衛的核兵器の保持すら禁されていない」と云う政府の統一的見解にまで達したのであるが、この統一的見解は憲法第九条を死文化せしめるものである。自衛とは何か、世界の戦争の歴史を顧みるに自衛のための戦争にあらずとする国は絶無であつたと云つてよい。わが国の満洲事変、支那事変、大東亜戦争は何れも自衛のための軍事行動であるとされ

た、然し乍らわが国は敗戦の結果前記の軍事行動は凡て侵略戦争であると連合国によつて断案を下されたのである、自衛とは相手から攻撃を受けた場合にこれを防御し反撃することであるが、その防御、反撃の手段方法並程度の強弱によつては自ら自衛の域を脱し侵略の域に達するものである。敵の侵略に対する反撃は時によつては敵を撃滅せずには防御の目的を達し得ないことが往々にあるのである。自己側に何等の責めなくして侵略を蒙ることも亦まれである。然りとするならば自衛の限界は極めて漠然としたものであり、ために自衛の美名の下にいかに多くの侵略行為が行はれたかも歴史の示すところであります。わが憲法は戦力が自衛のためであつてもこれが保有を禁止したものであると解することが過去の自衛戦争の美名の下に行はれた戦争行為をも否定し、いかなる理由によつても国と国との戦争行為に入ることを可能とする戦力の保持を禁止すると云う崇高なる平和維持の理想を達成するために憲法が改正制定された歴史的事実に合致する。

自衛隊法、防衛庁設置法などを合憲なりとすることは、憲法をその時その時の現実に合うような現実的解釈をなすことが出来るとするものであり、斯る立場は、法解釈の原理を無視したもので、延いては、憲法の普遍的理念を没却し、時の政府の恣意的解釈を許す結果となる虞があり、戦争の放棄、戦力の保持禁止を大目的とすることによつて世界恒久平和の実現に寄与せんとする崇高なる理想と目的とを理念とするわが国の平和憲法の精神を蹂躙する結果となるものである。

以上述べました如くわが憲法第九条第二項は一切の戦力の保持を禁止したものと解する外なく、この規定に従い防衛庁設置法並自衛隊法を解釈し且自衛隊の現実の姿を視るときは明らかに右禁止規定に違反し無効であると謂はねばならない。従つて、自衛隊は憲法に違反して存するもので無効の存在であるから、防衛庁設置法、並自衛隊法に基く自衛官なるものは公務員であるとなすことは出来ない。

仍て被告人が自衛官として本件犯行を犯したとしても収賄罪を以て問擬される理由はない。

以　上

昭和三八年(あ)第一〇号

判　決

本籍および住居　岩手県大船渡市大船渡町字笹崎五五番地の一
元自動車運転者
山　崎　光　雄
昭和一五年一月一六日生

右に対する業務上過失致死、道路交通法違反被告事件について、昭和三七年一二月七日仙台高等裁判所の言渡した判決に対し検察官から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。

本件を仙台高等裁判所に差し戻す。

理　由

仙台高等検察庁検察官検事長橋本乾三の上告趣意について。

原判決が、本件のようないわゆる「ひき逃げ」の場合には、道路交通法七二条一項前段の救護等の義務違反の罪のみが成立し、同条後段の報告義務違反の罪は成立しないとして、この点につき無罪の言渡をした第一審判決を是認したこと、したがつて原判決がいわゆる「ひき逃げ」の場合に右両義務違反の罪が成立するとした所論引用の高等裁判所判例のうち(一)、(三)、(五)、(七)、の各判例と相反する判断をしたものであることは、所論のとおりである。

しかし、いわゆる「ひき逃げ」の場合には、右両義務違反の罪が成立し、両者は併合罪の関係に立つものと解すべきこと

は、当裁判所大法廷判決（昭和三七年(あ)第五〇二号、同三八年四月一七日言渡、刑集一七巻三号二二九頁）の示すところであるから、これと同趣旨に出でた右高等裁判所の各判例は正当として支持されるべきで、論旨は理由があり、原判決は刑訴四〇五条三号、四一〇条一項本文により破棄を免れない（なお、右大法廷判決は、原判決言渡当時においてはまだなされていなかつたのであるから、本件の場合が刑訴四〇五条三号後段に当ることを妨げるものではない。）。

よつて、同四一三条本文にしたがい、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　岡嵩格公判出席

昭和三九年九月二四日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　松田二郎

裁判官　入江俊郎

裁判官斎藤朔郎は死亡につき署名押印することができない。

裁判長裁判官　松田二郎

昭和三八年(あ)第一〇号

業務上過失致死、道路交通法違反　被告人　山崎光雄

検察官橋本乾三の上告趣意

原判決は、その主文において、「検察官のその余の控訴は棄却する」と言渡しているが、右は第一審が警察官への報告義務違反、（道路交通法、第七二条第一項後段、第一一九条第一項第一〇号）の点を罪とならないものとして無罪の言渡しをしたのに対し、検察官が有罪であるとして控訴した部分であつて、道路交通法第七二条第一項後段、第一一九条第一項第一〇号に関する

(一) 昭和三七年六月五日東京高等裁判所第三刑事部の判例（昭和三七年(う)第五五九号）

(二) 昭和三七年六月二一日東京高等裁判所第四刑事部の判例（昭和三六年(う)第二一〇八号）

(三) 同年七月三一日同裁判所第三刑事部の判例（昭和三六年(う)第二三三八号）

(四) 同年七月一九日仙台高等裁判所秋田支部の判例（昭和三七年(う)第五六号）

(五) 同年九月一九日広島高等裁判所松江支部の判例（昭和三七年(う)第五七号）

(六) 同年一一月八日福岡高等裁判所刑事二部の判例（昭和三七年(う)第五八〇号）

(七) 同年一一月二〇日仙台高等裁判所秋田支部の判例（昭和三七年(う)第一〇三号）

と相反する判断をした非違があり、右は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、破棄すべきものと思料する。

すなわち、本件被告人山崎光雄に対する業務上過失致死、道路交通法違反被告事件の公訴事実に示された訴因は、第一、業務上過失致死、第二、救護等の義務違反であり、第一審判決は、第一の訴因と第二の訴因のうち救護等の義務違反の事実とを認め、報告の義務違反の点は罪とならないものとして無罪の言渡しをしたのに対し、検察官から

控訴の申し立てをしたところ、原判決は、右第二の訴因につき、救護等の義務違反の罪責を問うことはできないとして控訴棄却の言渡をした点は、前掲高等裁判所の各判例と相反する判断をしたものである。以下その理由を説明する。

一、原判決は本件公訴事実中の第二の報告の義務違反に関し「道路交通法第七二条は、要するに、交通事故が発生した場合、当該車輛の運転者等は、直ちに、自から負傷者の救護、交通秩序の回復などの緊急措置を講じなければならないことを命じた規定であつて同条第一項前段において、まず、基本的な右救護等の義務を規定したが、それだけでは、未だ不十分な場合が予想されるから、同条後段において、直ちに事故の内容、執つた措置の概略を警察官に報告すべきことを命じ、この報告を受けた警察官は同条第二項、三項によつて、さらに、必要な指示をすることができることとし、以て負傷者の救護、道路上の危険防止等交通の安全と円滑を図るため万遺漏なきを期したのである。すなわち、同条は、まず、救護等の措置を講じ、しかる後に警察官に報告することとしているが、これは交通事故の場合には何をおいても、まず、人命の救助、交通障害の排除が先決問題で、また、それが常識であるから、同条もこの常識的な順序に従つて、救護等の措置を先行させているまでのことで、交通事故の処理の実情においては、この順位は必ずしも絶対的のものでなく、事故の内容如何によつては、まず、警察官に報告し、その指示に従つて必要な措置を講じた方が、むしろ適切な場合が少くないであろう。要は、被害を最少限度にくいとめて、速かに交通秩序を回復するのが眼目である。したがつて、両者のいずれをまず、なすべきかは、事故の内容、状況によつて合理的に判断して決すればよいことで、必ずしも、常に、救護等の措置を先行させなければならない筋合のものでない。法の趣旨は、前記のとおり、事故を起した運転者等自身が時を移さず、必要にして、十分な救護等の措置を講じることに主眼を置いているのであつて、ただ、そのためには、警察官が介入して、随時指示を与える方が適切であるとして、補充的に警察官に対する報告義務を科したに過ぎないのであるから、両者

は同一目的に向つて協力する関係にあるもので、それぞれ独自の異つた意義を有する並列的な義務と解すべきでない。したがつて、いわゆるひき逃げの場合には、道路交通法第七二条の本旨とする同条第一項前段の救護等の措置を講じなかつた点の罪責を問う以上、これと補充的な関係にある同条後段の警察官に対する報告をなさなかつた罪を問擬する理由は、既に、消滅したと解するのが正当である。後者は、救護等の措置は講じたが、警察官への報告義務を怠つた場合にのみ犯罪が成立すると解すべきで、この点は旧道路交通取締法第二四条、同施行令第六七条第一項、第二項も同趣旨であり、新法によつて、特に、改正されたと解すべき根拠はない。ただ、旧法においては、両者に対し同一の法定刑を以てのぞんでいたのを改正して、道路交通法第一一九条第一項第一〇号は、後者を前者よりも軽い法定刑を以て処断することとした差異があるに過ぎないのであつて、この処罰規定が新設されたからといつて、いわゆるひき逃げの場合に、両者が同時に成立すると解する根拠とはならないのである。

本件においては、被告人が、その運転する普通乗用兼貨物自動車によつて、原判示第一の業務上過失致死の事故を起しながら、負傷者の救護等の措置をもとらず、そのまま逃走したことが明らかであるから、被告人に対しては刑法第二一一条前段の業務上過失致死罪のほかに、道路交通法第七二条第一項前段、第一一七条の罪が成立するだけで、さらに同法第七二条第一項後段、第一一九条第一項第一〇号の罪の成立するいわれのないことは、既に以上の説明によつて明らかである。

原判決の判断の要旨は、道路交通法第七二条第一項は救護等の義務（同項前段）と報告義務（同項後段）とは同一目的に向つて協力する関係にあるもので、それぞれ独自の異つた意義を有する並列的な義務と解すべきでない、とするにあり、この点は旧道路交通取締法第二四条同施行令第一項、第二項と同趣旨で、道路交通法第一一九条第一項第一〇号に報告義務違反の処罰規定が新設されたからといつて、いわゆるひき逃げの場合に、両者が同時に成立すると解する根拠とは

ならないと説示しているのである。

二、しかしながら右原判決は、以下に述べるように、道路交通法（以下法という）第七二条第一項の解釈を誤り、同項前段のみを適用し同項後段はこれを適用しなかつた結果、前掲高等裁判所の各判例と相反する判断をしたものである。

すなわち

㈠　前掲東京高等裁判所第三刑事部の判例（昭和三七年六月五日）は「同条項（法第七二条第一項）前段の趣旨は事故発生に関係ある運転者等に対し、先ず応急の措置を執るべきことを命じ、その後段は、もよりの警察官に対し交通事故の発生を知らせ、警察官による万全の救護措置を執らしめ、以て負傷者の救護並に交通秩序の回復に遺憾なからんことを期する目的を以て、運転者等に警察官に対する報告義務を課したものであつて、両者はその窮極の目的を一にしながらも、その義務の内容を異にし、運転者等に対し各別個独立の義務を定めたものと解する。その故にこそこれに対する罰条も、前段の救護措置違反については法第一一七条、後段の報告義務違反については同法第一一九条第一項第一〇号に各別に規定してあるのであつて、前段の救護措置を執つたからといつて後段の報告義務を免れず、また、前段の救護措置の義務に違反した場合だからといつて後段の報告義務が消滅し、その罪を免れるべきものではない。尤も法第七二条第一項後段冒頭の、『この場合において』の文言について、右は同条項前段の全文を受け、『運転者等が負傷者の救護措置を講じた場合においては』との意味に解せられないことはないが、これを立法の変遷についてみるに、右法条に該当する旧道路交通取締法施行令第六七条第一項は、車馬等の操縦者に対し、交通事故の被害者に対する救護措置を講ずべきことを命じ、同条第二項において、前項の車馬等の操縦者は同項の措置を終えた場合において、警察官が現場にいないときは直ちに事故の内容及び同項の規定により講じた措置を警察官に報告すべき義務を定めていた。この場合においては、救護措置を講じた場合にのみ報告義務が発生する趣旨に解し易いのであるが新道路交通法はこれを改め、前記

のとおり規定し、且つ、旧法施行令では両違反行為はいずれも道路交通取締法第二四条第一項の規定に違反したものとして、同法第一一八条第一号の罰則に該当するものとされたのに対し、法では第七二条第一項前段と後段の違反につき、各別個の罰則を設けた点からみると、『この場合において』とは同条項前段中の『車輌等の交通による人の死傷又は物の損壊があつたとき』を受けて、右の場合に警察官に対する報告義務あることを定めたものと解釈するのが相当である。」と判断している。同趣旨前掲仙台高等裁判所秋田支部の判例（前記㈣、㈦）

㈡　前掲東京高等裁判所第四刑事部の判例は「道路交通法第七二条第一項前段は車両等の交通による人の死傷等交通事故が発生した場合には当該車両等の運転者その他の乗務員において直ちに車両等の運転を停止して負傷者の救護等必要な措置を講ずべき義務あることを規定し、その後は右交通事故が発生した場合においては当該車両等の運転者（已むを得ないときはその他の乗務員）において、警察官が現場にいるときはその警察官に、警察官が現場にいないときはもより の警察署の警察官に、交通事故の発生した日時および場所等所定の事項につき報告をなすべき義務あることを規定しているものと解すべきであり、したがつて、所論のごとく、同条第一項前段の救護義務違反の罪と同項後段の事故報告義務違反の罪とは、それぞれ、別個独立の犯罪を構成するものというべく、原判決引用の東京高等裁判所の判決は、旧道路交通取締法第二四条第一項に基ずく同法施行令第六七条第一項の被害者救護の措置を講ずることなく逃走した場合には、同条第二項の報告義務違反の罪は成立しないとするものであるが、右旧道路交通取締法の規定は新法によつて改正せられたものであつて、右の判決は本件に適切ではない。しこうして道路交通法第七二条第一項前段の規定は同項後段の場合と異なり刑法犯的規定であり、同項後段の場合は専ら行政取締の目的に出た行政犯的規定と解すべきであり、したがつて、両者はその義務の内容も、法益も異質のものと解せられ」ると判示している。

㈢　前掲東京高等裁判所第三刑事部の判例（昭和三七年七月三一日）は法第七二条第一項冒頭のこの場合においての解釈

につき「旧道路交通取締法施行令第六七条は、その規定の文理により、原判決引用の判決例の如く解釈しうる余地が存しないわけではなかつたが、同条とても旧道路交通取締法第二四条第一項を受けて交通事故があつた場合のとるべき必要な措置の順序を明らかにしたものと解釈するのが相当であり、まして、法第七二条第一項後段は旧道路交通取締法施行令第六七条第二項の『前項の車馬等の操縦者は同項の措置を終えた場合において』なる文言を踏襲することなく『この場合において』と改め、かつ、救護義務違反に対する罰条と報告義務違反に対する罰条とを別異に定めるに至つた立法の経緯に鑑みると、救護義務と報告義務とは並列的に課せられる趣旨であることは明らかであつて、救護義務に違反した点について刑責を免れしめるものとは到底解し難いところである。」と述べている。

(四) 前掲広島高等裁判所松江支部の判例は法第七二条第一項の『この場合において』という文言につき前掲東京高等裁判所第三刑事部の判例と同じく『車両等の交通による人の死傷又は物の損壊があつたときは、』を受けるものと解し、さらに「尤も同項後段は警察官に報告すべき事項として『当該交通事故について講じた措置』を掲げているけれども、これは右措置を講じた場合にその内容を警察官に知らしめることが、警察官をして前記の如く被害者の救護等につき適切な措置を執らしめるのに便宜だからであつて、運転者等において何等の措置を講じなかつた場合には、右事項を報告する必要のないことはいうまでもないことであり、右規定は救護等の応急措置を講じない場合においてもなお報告義務が存するものと解する妨げとならない。

さらに原判決指摘の如く、救護義務違反の罪に対して、報告義務違反の罪よりも著しく重い罰則が設けられているけれども、これは悪性の程度等に差異があるからであつて、両者の法定刑に右のような軽重があるからといつて、これを前者の罪が成立するときは後者の罪は成立しないと解すべき論拠となすに足りない。」と述べている。なお、原判決言

渡後であるが、右判例と同趣旨のものとして大阪高等裁判所第一刑事部の判例二がある。(昭和三七年一二月一九日言渡、同年(う)第一五八七号、同年一二月二一日言渡同年(う)第一五三一号)

(五) 前掲福岡高等裁判所の判例は法第七二条第一項の前段の救護措置等の義務と同項後段の報告義務とは各別個独立に定めたものと解しているが、その根拠として「右各義務は窮極の目的において同一であるけれども、その内容と直接の目的を異にしている点に徴し、併せて救護義務を尽した者と然らざる者とを右報告義務について別異に取扱うべき明文上の根拠を見出し得ない」ことを挙げ、更に「若し仮りに救護義務を尽くさない運転者については報告義務が存しないものとすれば、自ら轢逃げという悪質な違反行為に出でた者が却つて道路交通法上の義務を免れる不合理を生じ到底首肯し得ないところである。」と附言している。

以上の各判例はいずれも法第七二条第一項の解釈に関し、同項前段の救護措置義務と同項後段の報告義務とは並列的に課せられたものであつて、右各義務違反の罪は、それぞれ別個独立の犯罪を構成するものと判断しているのである。

三、(一) 思うに法第七二条第一項は、車両等の交通による人の死傷または物の損壊(以下「交通事故」という)があつたときは、当該車両等の運転者その他の乗務員(以下「運転者」という)は、

(1) 直ちに車両等の運転を停止して、負傷者を救護し、道路における危険を防止する等必要な措置を講じなければならないこと。

(2) 警察官が現場にいるときは、当該警察官に、当該交通事故が発生した日時および場所、当該交通事故における死傷者の数および負傷者の負傷の程度ならびに損壊した物およびその損壊の程度ならびに当該交通事故について講じた措置を報告しなければならないこと。

(3) 警察官が現場にいないときは、直ちにもよりの警察署の警察官に右所定の事故を報告しなければならないこと。

を規定したものであつて、同条を実質的見地から合目的的に解釈すれば、交通事故があつたときは、当該車両等の運転者に対し右三つの義務を同時に並列的に課したものといわなければならない。

同条第一項の趣旨は交通事故があつたときは、当該車両等の運転者に対し、先ず応急の措置を執るべきことを命ずると共にもよりの警察官に対し交通事故の発生を知らせ、警察官による万全の救護措置を執らしめ、以て負傷者の救護ならびに交通秩序の回復に遺憾なからんことを期する目的を以て運転者に警察官に対する報告義務を課したものであつて、両者はその窮極の目的を一にしながらも、その義務の内容を異にし、運転者に対し各別個独立の義務を定めたものと解すべきである。このことは前記東京高等裁判所第三刑事部の判例（昭和三七年(う)第五五九号）も明示しているところであるが、前記東京高等裁判所第四刑事部の判例が判示するように、同条第一項前段の規定は道義的色彩を帯びるいわば刑法犯的な規定であり、同項後段の場合は専ら交通取締りの目的に出た行政犯的な規定と解すべきであり、したがつて、両者はその義務の内容も、法益も異質のものと解せられるので、実質的見地からも両者の義務は別個独立に成立するものと解釈すべきである。

しかるに原判決は、「法の趣旨は、前記のとおり事故を起した運転者等自身が時を移さず、必要にして、十分な救護等の措置を講じることに主眼を置いているのであつて、ただ、そのためには、警察官が介入して随時指示を与える方が適切であるとして、補充的に警察官に対する報告義務を科したに過ぎないのであるから、両者は、同一目的に向つて協力する関係にあるもので、それぞれ独自の異なつた意義を有する並列的な義務と解すべきではない。」と判断しているが、同項前段は事故を起した運転者に救護等の緊急措置を執らしめ、これとならんで後段において警察官に報告して一層完全な救護等の措置を講ずることが可能になるようにし、人命救助の全きを期しているものであり、常に警察官に対する報告義務が発生することを明らかにした規定であつて、補充的に科したものでない。この点原判決に

も「この順位は必ずしも絶対的のものではなく、事故の内容如何によつては、まず、警察官に報告し、その指示に従つて必要な措置を講じた方が、むしろ、適切な場合が少くないであろう。」と判示しており、救護等の措置を執つたか、どうかにかかわりなく警察官に対する報告義務が発生することを認めたものといわなければならない。

原判決の解釈をとれば、福岡高等裁判所の判例が説示するように、いわゆる、ひき逃げの場合「若し仮りに救護義務を尽くさない運転者については報告義務が存しないものとすれば、自ら轢逃げという悪質な違反行為に出でた者が、却つて道路交通法上の義務を免れる不合理を生じ到底首肯し得ないところである。」

(二) 法第七二条第一項はその文言および法文の建て方から、同項前段の救護義務と同項後段の報告義務とは並列的に課したものと解釈すべきである。

すなわち

(1) 同項後段の「この場合において」という文言は同項前段の「車両等の交通による人の死傷又は物の損壊があつたとき」を受け、右の場合に、同項後段所定の各報告義務がそれぞれ並列的にあることを定めたものと解するのが相当である。

この点本条に該当する旧道路交通取締法施行令第六七条第一項は車馬等の操縦者に対し、交通事故の被害者に対する救護措置を講ずることを命じ、同条第二項において前項の車馬等の操縦者は同項の措置を終えた場合において、警察官が現場にいないときは、直ちに事故内容及び同項の規定により講じた措置を警察に報告すべき義務を定めていたところから、運転者が救護措置を講じた場合のみ報告義務が発生する趣旨と解せられる余地がないわけではなかつたが、法はこれを改め、前記のとおり規定し、かつ旧法施行令では両違反行為はいずれも旧道路交通取締法第二四条第一項の規定に違反したものとして、同法第二八条第一号の罰則に該当するものとされたに対し、法で

は第七二条第一項前段と後段の違反につき、各別個の罰則を設け、前記のような疑義を一掃したものである。この
ことは前記高等裁判所の各判例が明示するところである。

(2) なお旧法施行令第六七条の解釈についても同条第一項は被害者の救護その他の緊急措置を命じ、第二項は事故の内容および講じた緊急措置の報告を命じているのであつて、この異なつた二個の義務は並列的に課せられているものと解すべきとする大阪高等裁判所第五刑事部の判例（昭和三五年一一月一四日言渡、同年(う)第一二五一号）があることに注目すべきであろう。

(3) しかるに原判決は「後者は、救護等の措置を講じたが、警察への報告を怠つた場合にのみ犯罪が成立すると解すべきで、この点は旧道路交通取締法第二四条、同法施行令第六七条第一、二項も同趣旨であり、新法によつて、特に、改正されたと解すべき根拠はないただ、旧法においては、両者に対し同一の法定刑を以てのぞんでいたのを改正して、法第一一九条第一項第一〇号は、後者を前者よりも軽い法定刑を以て処断することとした差異があるに過ぎないのであつて、この処罰規定が新設されたからといつて、いわゆるひき逃げの場合に、両者が同時に成立すると解する根拠とはならないのである。」と判示しているが、前記のように法第七二条第一項の文言および法文の建て方から、このような解釈をとることができない。むしろ福岡高等裁判所の判例がいうように、救護義務を尽くした者と、尽くさない者とを、報告義務について別異に取扱うべき明文上の根拠が存しないのである。

四、以上詳述したとおり、本件原判決が報告義務違反に対する罰則は、救護等の義務を履行した後にはじめて問題にされるのであつて、未だ救護等の義務を履行しないうちは、報告義務違反に対する罰則は適用されるに至らないものであるとの趣旨に判断したのは道路交通法第七二条第一項の解釈を誤つた結果、前掲高等裁判所の各判例と相反する判断をした非違があり、判決に影響を及ぼすことが明らかである場合に該当すると認められるので、刑事訴訟法第四〇五条第三号後段、第四一〇条第一項により原判決の破棄を求めるため、ここに上告に及んだ次第である。

以　上

昭和三九年(あ)第六九号

判決

本籍　岩手県和賀郡東和町上小山田第九地割五九番地
住居　同県盛岡市青山二丁目三五番地
盛岡赤十字病院労働組合書記
浅沼悟朗
大正一五年九月二七日生

本籍および住居　山形県東根市大字六田一八四番地
神町郵便局電話交換手
大野孝吉
昭和一二年三月二〇日生

右両名に対する威力業務妨害被告事件について、昭和三八年一二月一三日仙台高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人岩村滝夫、同坂東克彦、同儀同保の上告趣意第一点について。

原判決の事実認定は、すべて適法な証拠調を経た、証拠能力ある挙示の各証拠に基づきなされていることは記録上明らか

である。しからば、原判決は、所論引用の判例に抵触する点はなく、これに適合しているものというべきであるから、所論判例違反の主張は理由がない。（なお、原判決は、判示の各事実を認定の上、被告人らおよび原判示のその他の二名の者が、土屋を病院事務室から排斥しようとする共通の意思があつたことは疑う余地なく、被告人両名と右二名の者との間に暗黙の共謀があつた事実を認めるに十分であると認定しており、更に県労評の者が土屋を病院事務室から廊下に押し出したのはほとんど瞬間的なことで、その間に被告人両名および旭川の者が土屋の身体を押したことは認められないが、土屋が廊下に押し出された後、同病院玄関に到るまでの間、および玄関から第一審判決判示道路上西方約四〇米の地点に到るまでの間においては、被告人両名および旭川の者も県労評の者と協力して土屋をその背後から押したことが明らかであると判示しており、右原判決の事実認定は挙示の証拠に照らし是認しうる。それ故、所論のように被告人大野に発言の事実がなかつたとしても、前記原審の確定した事実関係の下においては、これを綜合的に見て、被告人らおよび原判示のその他二名の者との間に共謀の事実を認定し、被告人大野に本件罪責を帰せしめた原判決には所論の違法は認められない。）

同第二点について。

所論は事実誤認の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

弁護人坂東克彦の上告趣意について。

所論は違憲をいう点もあるが、実質は事実誤認、単なる法令違反、量刑不当の主張であつて、同四〇五条の上告理由に当らない。（原判決の確定した事実関係の下においては、所論のように被告人大野に発言の事実がなかつたとしても、同人に本件罪責を帰せしめた原判決に所論の違法の認められないことは、弁護人岩村滝夫、同坂東克彦、同儀同保の上告趣意第一点に対する説示中に述べたとおりである。）

記録をしらべても、所論の点につき同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

昭和三九年九月二四日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　長部謹吾

裁判官　松田二郎

昭和三九年(あ)第六九号

威力業務妨害

同

被告人　浅沼悟朗

同　大野孝吉

弁護人岩村滝夫、同坂東克彦、同儀同保の上告趣意第一点　原判決には判例違反がある。

(一)　共謀による共同正犯の成立を認定するについて、最高裁判所の大法廷は「『共謀』又は『謀議』は共謀共同正犯における「罪となるべき事実」にほかならないから、これを認めるためには厳格な証明によらなければならないことはいうまでもない」と判示している（昭和二九年(あ)第一〇五九号、三三年五月二八日判決）、右判示の理論は、共謀共同正犯の場合に限らず一般の共同正犯の場合における「意思の連絡」の認定にも等しく適用されるところと解せられる。従つて共同正犯の場合の「意思の連絡」は共同正犯における「罪となるべき事実」にほかならないから、これを認めるには厳格な証明によるものでなければならない。

(二)　また刑事訴訟法第三一七条は「事実の認定は証拠による」と証拠主義を規定しているところであり、この趣旨は事実を認定するにつき何等かの証拠が存在すれば足りるという漠然たる事実の認定を許すものではなく、何人もその証拠によれば、そのような事実を認定するであろうとの充分なる具体的事実を確定するだけの価値を有するものであつて、且つ適法な証拠調手続を経た証拠であることを要求するものである。

(三)　従つて前記のような共同正犯の「意思の連絡」ありとの認定をなすについては、意思の連絡あつたと指適される時点において、何等かの具体的事実が存在したことを具体的に示しうる証拠が必要であり、且つこれを厳格な証拠としての能力を有しなければならないことというまでもない。このような事実を証拠により特定することなく、それより以前の事

実を捉えて「意思の連絡」があつたろうと漠然と推定するが如きは刑訴三一七条の趣旨に照して極めて不当な考え方である。

(四) ところで、本件原審判決をみると「被告人等および右二名の土屋に対する右趣旨の発言をもつてする非難攻撃は約二―三〇分にわたつてなされたものであることが明かであるから、被告人等および右二名の者が土屋を病院事務室から排斥しようとする共通の意思があつたことは疑う余地はなく」と認定している。

然しながら、後述事実誤認の点で指適するように被告人大野が事務室内において何等の発言もしていないこと第一審及び原審記録上も明白なところであり、原判決はこの点で明かな事実誤認をし、証拠なきに拘らず認定を下したのである。

即ち仮に土屋に対して非難の言葉を発した際に排除の意思の連絡があり、その時に共謀が成立したというのであれば、何等発言のない且つ発言を第三者の立場で聞いていた被告人大野については共謀関係の存在をそれから認定することとは出来ない筈である。

然るにこの重大点を看過し、その頃事務室にいたら当然他の発言者と同様の意思を有していたとの認定は何等証拠に基づかない事実認定であり、明かに前記最高裁判所の判例の趣旨に反するものである。

第二点　原判決は判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり、且つ判決を破棄しなければ著しく正義に反する。

その一、被告人等の共謀の認定について、

(一) 原判決は、被告人等が県労評オルグと旭川日赤オルグの二名との間に土屋正隆を東根赤十字病院事務室より排除しようとの共謀があつたとの認定をするについて、被告人等が右二名を共に土屋に対し「非難攻撃と実行行為を共にしたという各事実を考え併わせれば、被告人両名と右二名の間に暗黙の共謀があつた事実を認めるに十分である」と判断して

いる。

そして右非難攻撃が約二―三〇分間にわたつたことから「土屋を病院事務室から排斥しようとする共通の意思があつたことは疑う余地はない」としているのである。

してなると、原判決の共謀の論理は、次のように要約できる。即ち非難攻撃と実行行為の二要素により共謀が成立する。

共謀の内容は、土屋を事務室外に排除することである。土屋を排除する共通の意思は、室内の非難攻撃をしていることによつて成立するということにある。従つてこの論理は裏返せば、室内での非難攻撃がなければ被告人に土屋を排除する意思も認定できないと云うべく、排除の意思の認定ができないなれば共謀は成立しないということにならざるを得ない。

勿論原判決は非難攻撃と実行行為の二要素を認定資料としているので、これらを区別して取扱うことなく両者を総合して判断すべきであろうが、後述する如く被告人大野には実行行為すら存在しなかつたことであるのであるから、両者を加味しても結論は同様になる。

(二) ところで原判決は被告人等が県労評のオルグと称する男及び旭川日赤のオルグと称する男等と共に土屋に対し「職制側の犬だ」などと難詰した事実を認めていることが明かである。と判旨しているが、右事実認定は甚だしく誤りがある。

即ち、第一審及び原審の証拠をみると被告人大野が土屋に対して右の如き非難をしたような事実は全くなく、発言自体存在しない。このことは第一審における各証人、被告人質問の結果からも明かである。むしろ本件では被告人とされていない河越、加藤、村山からは土屋の反組合行動に対して非難をしている証拠があり被告人大野については発言があ

つたところ何等の証拠もないのである。大野被告は他の目的で偶々病院に顔を出した処、殆んどの者が病院事務室に入つているのを見たゝめ、何事ならんと思い、事務室に入つていたのであり、その前日土屋が鈴木事務長宅に立寄つた事実などは全く知らなかつたので、何のために皆が土屋を非難しているのか解しかねたゝめ、何等の発言も出来なかつたのである。当時事務室内に居た者は、鈴木事務長及び組合の在り方に反対して全員土屋に対し反感を抱いていたことと思われるから、相互に意思の連絡があつたという認定をしているかに見えるが、これは甚しく独断であつて土屋排除の共謀につき全く根拠のない事である。

原判決は非難攻撃をしたことが明かであるから土屋を排除しようとする共通の意思があつたことは疑いないと断定している。

してみれば共謀はその非難の言葉の出された時に成立したと認定しなければならない筈である。

然るに原判決は、県労評のオルグが土屋の背後から身体に手をかけた時に共謀が成立したと認めている。この点は甚しい矛盾といえよう。

また仮に共通の意思があつたとしても、事務室から廊下に押す行為に出たのは県労評オルグ一人であること原判決も明かに認定しているのである（判決五ページ二五行乃至二六行）。

従つて共謀共同正犯の理論に立つとしても、判例の示すところによれば、共謀者の間に現実の行為の実行者が、その行為を分担するとの認識が存在しなければならない筈である。

然るに当時事務室内にいた筈の証人及び被告人等も口をそろえて云えるように、県労評の行動は全員予期しない瞬間的な出来事であつた事もまた明白である。（原判決も同様に認定している五ページ二四行乃至二五行）。従つて県労評の行為の開始された際に被告人等の間に土屋に押し出す共謀が成立したということは証拠を無視した誤認であり、原判決

自体の甚しい矛盾である。

㈢ してみると原判決の云う土屋に対する非難攻撃があつたことが共通の意思の連絡であるとの前提は被告人大野については全く発言もないのに証拠に基づかない認定をしている点で、重大な事実誤認であり、破棄されなければ正義に反する所以でもある。又被告人浅沼については成程、土屋に対する非難はあるが、然りと云つても土屋を実力で排除するまでの積極的意思はなく、また県労評のなした実力行使の点が共謀の成立時であるという点においても前述したように事実誤認も甚しいところであり当底破棄を免れないのである。

その二、原判決は、被告人大野につき実行行為を分担したとの点で重大な事実誤認がある。

即ち原判決は被告人大野が旭川日赤オルグと称する男が共に県労評の男と協力して、右事務室から廊下に押し出された土屋の背後から交々手や身体で同人を押しながら廊下を経て同病院玄関まで……と認定しているが、甚しい事実の認定を誤つている。

原審証人土屋及び被告人大野の供述の結果に照せば、被告人大野は土屋が県労評オルグによつて事務室から廊下に押し出されたとき事務室内のイスから立ち、すでに廊下で土屋を押していた県労評及び旭川オルグの後方からその状況を傍観しながら追随したことが明かである。原審土屋証人も被告人大野が玄関口まで押したことがないことを認めている。

然も右廊下は狭くわずか一名乃至二名がようやく通れるところであつて、県労評オルグ、旭川オルグが土屋を押している際に、被告人大野が同所で土屋に対し同人の身体に手をかけて押すということは物理的に判断してもあり得ない筈である。

又被告人浅沼は、土屋に対して玄関口ではじめて争いの惹起を妨止するため帰宅するよう呼びかけ押したと原審の供

一、原判決は憲法第三一条に違反する。

(一)　原判決は威力業務妨害の事実に関し、被告人等が県労評のオルグと称する男および旭川日赤オルグと称する男とともに病院事務室で会計事務を処理しようとしていた土屋に対し「職制側の犬だ、組合員を煽動して脱退させた、お前などいなくとも仕事はできるすぐ帰れ」などと約二〇―三〇分にわたつて難詰し非難攻撃した事実を認めこの事実を前提に「被告人等および右二名の者が土屋を病院事務室から排斥しようとする共通の意思があつたことは疑う余地がなく、かかる状況下において土屋が後の机の上にあつたマッチを取ろうとして立上つた際、県労評のオルグと称する男が突然土屋の背後から身体に手をかけて押し出したことをきつかけに被告人両名および旭川日赤のオルグと称する男が共に県労評のオルグと協力して右事務室から廊下に押し出された土屋の背後から交々手や身体で同人を押しながら廊下を経て同病院玄関から道路上西方約四〇米の地点まで到つたことが認められるので土屋を病院事務室から押し出すまでの被告人等の土屋に対する右非難攻撃と実行々為を共にしたという各事実を併せ考えれば、被告人等両名と右二名との間に暗黙の共謀があつたと認めるに充分である」としさらに暗黙の共謀の成立した時期については「少くとも県労評のオルグと称する男が土屋を病院事務室から排斥するためその背後から身体に手をかけ押しはじめたときに生じたものと認められる」と述べている。

(二)　当日の土屋に対する説得行為は、河越、浅沼が中心となり、右両名が主として発言してなされたものであることは各

述で真相を明かにしていることに照してみても、被告人大野、同浅沼が事務室より廊下、廊下より玄関口までの間、土屋の身体に手をかけ又は身体で同人を押したということはないこと明かである。この点甚しい事実誤認がある。而して又被告人大野が玄関口より道路上西方約四〇米の地点までの間、土屋に手をかけ、身体で押したことは証拠に照して認められない点も証人及び被告人の供述に照し甚しい事実誤認である。

以上の如く被告人大野が土屋に対し手や身体で実行行為をなしたとの認定は全くの誤認と云うべく、同認定の誤りは判決に影響を及ぼす重大な事実誤認であると云える。

以　上

証言の明らかにするところであるが、土屋に対する説得行為は同じ労働者であるならば労働者を裏切るような行為を今後慎んでもらいたい、地域住民の医療を守るために病院を閉鎖に追い込むような行為はやめてもらいたいとの趣旨および観点からなされたもので、土屋を病院から追い出すつもりでなされたものではない。

右説得の間、被告人大野も同席していたが同人は全く発言せず土屋自身、大野がその場にいたかどうか記憶にないのである。

このような状況の下で、県労評のオルグがマッチを取ろうとして立上つた土屋を背後から事務室外に押し出したのであるが、土屋が立上つた行為自体が偶然的なものであると同じく土屋を室外に排斥しようとした県労評のオルグの行為は被告人等を含めて同席した組合員にとつて全く予期しないまた期待もしていなかつた行為だつたのである。組合員が真に土屋を職場から排除しようとするのであるならば、土屋の登院する時に病院玄関前等で土屋をとらえ、そこで病院内に入らないように説得するのが当然であろうが、全証拠をみても被告人等を含めた組合員がそのような行為に出たとの証拠はない。

原判決もこの点について「被告人等の間において当初から土屋を難詰し、これに応じなかつたときは暴行を加えてその職場から排斥しようと企図していたものであることまではとうてい認められない」と述べているほどである。

病院事務室より廊下に出てからの被告人等両名の行為については土屋からかなり後れて玄関のところまで出ていき、他の同席した一般組合員と全く同じ立場にあつたものである。

(三) 以上述べてきたように、原判決が被告人等県労評のオルグ、旭川日赤オルグの四名の間に威力業務妨害の行為について県労評オルグが土屋を室内から押し出そうとしたときにすでに暗黙の共謀があつたとして、被告人等についてそれぞれ刑事責任を認めたのは、憲法第三一条の法定手続の保障の規定に違反するものである。

右憲法の規定の趣旨は、犯罪の構成要件の解釈適用にあたつては被告人の利益のために極めて厳格になされなければならないとするもので、原判決はこの点において憲法第三一条に違反するものといわれなければならない。

二、原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、これが破棄されなければ著しく正義に反する場合に該る。

(一) 原判決は「県労評の者が土屋を病院事務室から廊下に押し出したのはほとんど瞬間的なことで、その間に被告人両名および旭川の者が土屋の身体を押したことは認められない」とし乍らも「土屋が廊下に押し出された後同病院玄関に到るまでの間、および玄関から原判示道路上西方約四〇米の地点に到るまでの間においては、被告人両名および旭川の者も県労評の者と協力して土屋をその背後から押したことが明らかである」と認定しているのでこの点について考察する。

すでに述べたように、原判決は事実の認定にあたつて被告人等および県労評のオルグ、旭川日赤のオルグの間に威力業務妨害の点について暗黙の共謀があり、その成立の時期は県労評のオルグが土屋を事務室から押し出そうとしたときであると認定している。

しかしながら、土屋に対する説得行為と県労評オルグの土屋を押し出そうとした行為とは全く別個の異質な行為であることは明らかであり、これを直ちに結びつけて、そこに共謀の成立があつたというのは誤りである。検察官側証人の供述は組合員の説得行為中の発言内容については極めて断片的にのみ証言しているにとどまり、被告人等に前述の説得の趣旨以上の排除行為の企図まであつたものとは到底考えられないものである。また県労評のオルグの土屋を事務室から押し出した行為が全く突発的、瞬間的なものであつたこと、および被告人等に説得行為以上の積極的な行為がみられないことから事務室内において被告人等に威力業務妨害の共謀があつたとする原審認定は明らかに事実に反する。

(二) そこで威力業務妨害について被告人等にその責任を問うためには、土屋が県労評オルグに事務室から背後を押され大

廊下に出された時点以後に被告人等に土屋を病院から排除するため何らかの積極的な行為がなければならないことになる。

検察官側があげる中心的な証人は土屋、森谷、椎名のようにいずれも東根赤十字病院の閉鎖、従業員の全員解雇という緊急な事態を前にして自らの職を得るただそれだけの理由で閉鎖反対、解雇反対のために闘をすゝめていた労働者の全体的な利益を裏ぎり、組合の中に腐敗と分裂を持ちこもうとした人物である。そのために日頃組合員から抗議説得をうけていたもので、事件当時および第一審、原審における証言当時においても、組合に対して強い敵意を抱いていたものだけである。土屋は、原審において認定されなかつた本件傷害に関する事実について、明らかに事実に反する証言を再三なしている。森谷は、検察官に対する供述調書と第一審における証言との間で事務室内における事実に関し、基本的に喰い違う供述をなし、その供述はその都度変化しており、且つ廊下における被告人等の行動に関する証言も極めて明確性を欠いている。椎名証言も同様被告人等の行動について明確な証言をしていない。これらの証言は事務室から廊下に出ていつた者の中に被告人等がいたという事実の証拠となりえても、被告人等が具体的に土屋を病院外まで押し出したことの証拠とはなりえない。原審における浅沼供述からも明らかなように、浅沼が廊下から外に出ていつたのは、土屋を病院から排除しようとしたためではなく、土屋が県労評オルグによつて事務室から押し出されるという思いがけない事態を前にして、東根赤十字病院閉鎖反対闘争の共闘会議事務局長という組合内の責任ある立場からこのような事態を前にして現場に無用な混乱をもたらさないための配慮から押されていく土屋の後についていつたまでのことで、暴力によつて土屋を押したことはない。

被告人大野は事務室内にいた組合員がほとんど土屋等の後について室外に出た後から事務室から出ていつたのであり、同人が小廊下から大廊下に出たときには土屋はすでに玄関あたりに達しており、廊下では同被告人は土屋と身体を

接するような位置にいたこともないのである。同被告人は他の殆んどの組合員がそうであつたように、廊下から玄関まで出ていき、その後は玄関のあたりですでに成田山方向に行つた土屋を遠く眺めていただけである。

(三) 以上述べてきたように土屋が廊下に押し出されてから後においても被告人等は何等積極的に本件行為に加功していない。

にもかかわらず、本件行為について、被告人両名に県労評の者と協力して土屋を背後から押したと認定した原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があるというべきである。

三、原判決の刑の量定は甚しく不当であり、これが破棄されなければ著しく正義に反する。

(一) 本件は第一審および原審判決も認めているように東根赤十字病院労組ならびにこれを支援する労組等の正当な組合運動をすゝめていく過程に発生した事件である。東根闘争は、政府、自民党の再軍備政策、合理化政策を医療面において強行し、そのために東根赤十字病院を閉鎖して自衛隊に従属させようとする日赤本社の企図に反対し、地域の医療を守り、労働者の権利と生活を守ろうとするための闘いであつた。この中で、土屋および第一審において証人となつた椎名、森谷等は日赤本社支部の病院閉鎖の意をうけて労働者を裏切り積極的に組合の破壊分裂活動を行い、地域における医療破壊行為をなしていた。本件は、このような行為を行つていた中心人物である土屋に対して組合員等が今後そのような行為を慎しむような真摯な説得を行つていた際に、右説得に対する土屋の態度があまりにも高慢なのに憤激した県労評のオルグが、マッチを取ろうとして自席を立ち上つた土屋に対し、突発的に単独にこれを病院外に排斥するため背後から押し病院外に連れ出したことに関連し、その場に居合わせ説得行為に加つていた被告人等もこれに加功したとして起訴された事案である。そして本件起訴の特質は、組合の正当な闘いを連帯して支援共闘していた被告人等を起訴することによつて、地域の共闘にくさびを打ち込み、地域共闘と統一戦線の分断、病院閉鎖反対闘争の挫折を狙つた政治

的な弾圧である点にある。

(二) 仮りに本件において被告人等が威力業務妨害行為に関与したとしても、その根源は土屋を中心とする組合裏切り分子の行為にあつたのであり、被告人等の動機には全く違法の要素がなく、かえつて行為の行われた具体的事情に照らせば、労働者の団結権を守り、その生活と権利を守るためのやむをえない行為であつたといえるのである。しかも本件事件の発端となつた県労評のオルグの突発的な行為については被告人等において全く予想すらしなかつたものである。

このようにして、本件事件の中ではたした被告人等の役割は事件全体の中では極めて軽微なものであつたというべきである。

(三) さらに被告人大野に対する量刑についていうならば、かりに被告人両名が本件行為に関与したとしても、被告人大野の事件全体の中で果した役割は、その場におつた他の組合員のそれと殆んど同一視すべきものである。また同被告人は事件当時山形県神町郵便局に勤務していたものであるが、本件起訴によつて休職処分をうけ、賃金の支払を一切受けておらず、その生活費はカンパやアルバイトによつて辛じて支えられているものである。懲役の判決が確定するならば、公務員として当然に解雇されるものである。労働者にとつて解雇処分はいわばその者の生活を奪うことにも通ずるものといわなければならない。

(四) 以上述べたように本件事件の特質を考慮した場合、仮りに被告人等に威力業務妨害の行為があつたとしても、その量刑において罰金刑が選択せられるべきであり、これに関し懲役刑を科した原審判決の量刑は甚しく不当であり、原判決が破棄されなければ著しく正義に反するものと思料する。

四、結　語

以上原判決には判決に影響を及ぼすべき憲法第三一条の違反があり、また判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認および著しい量刑の不当があるので破棄を免れないものである。被告人等には無罪の判決が言渡さるべきであり、かりに有罪としてもとくに被告人大野に対しては罰金刑が宣告さるべきである。

以　上

昭和三八年(あ)第二八〇九号

判　決

本　籍　福岡県嘉穂郡桂川町大字吉隈一二番地
住　居　名古屋市南区豊代町字忠治以下不詳
土　工　田中正夫こと　倉井均　昭和三年三月二〇日生

右強盗殺人被告事件について昭和三八年一〇月三一日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があったので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人鷲見弘の上告趣意は、憲法三二条違反をいう点もあるが、実質はすべて事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条所定の理由に当らない。（刑訴三六〇条の二の規定は、上訴の放棄にかぎつて制限を加えたもので、これが上訴の取下に準用されることはなく、また本件控訴取下の当時所論のように被告人が意思能力を欠いていたとは認められないから、被告人の控訴取下は有効であり、これによつて本件第一審の判決は直ちに確定したものというべきである。）

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

昭和三九年九月二五日判決　昭和三八年(あ)第二八〇九号

昭和三九年九月二五日判決　昭和三八年(あ)第二八〇九号

よつて同四一四条、三九六条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官関之出席

昭和三九年九月二五日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第二八〇九号

弁護人鷲見弘の上告趣意

一、原判決は法令の解釈を誤まる違法をおかし破毀せらるべきものと思料します。

即ち原判決は本件は被告人の控訴取下により終了したと判示して居りますが、本件は第一審の判決に於て死刑の宣告を受けている事案であります。

刑事訴訟法三六〇条二項は原判決が死刑又は無期の自由刑に対する上訴の放棄を許さないと規定して居ります。右規定は第一に右の如き判決が被告人の生命身体に対して及ぼす結果の重大性を考え仮令被告人自身の手によつてでも最後まで審理を尽すべき機会を失わしめないよう慎重な配慮をなし又一面に於て右の如き判決の言渡を受けた被告人が精神的動揺を来たして正常な判断力を失い軽卒に、乃至は半ば自暴自棄的に上訴権を放棄することがある場合を予想してこれを制限することが被告人の真の利益、人権を擁護する途であるとの趣旨に出でたものであると解すべきであり、然る時にはかかる事案についての上訴の取下に於てもこれと全く同様の懸念が予想されることは明らかであり、一般的にこれを禁止するか或は許容するかについて両者の間に特に区別を設けるべき何等の合理的な根拠をも、見出し得ないのであります。従つて刑事訴訟法の右の規定はその措かれた趣旨からして単に上訴の放棄のみならず同様の事案の上訴の取下にも亦これを準用すべきであり従つてその取下は許されないと解すべきことが文理に偏せず真に立法の精神に合致し刑事訴訟法全体に流れる被告人に対する法の後見的性格を正しく把握した見解というべきであります。然るに原判決は上訴取下は如何なる判決に対するものであつても自由にこれを為し得るとの前提に立ち本件が被告人の控訴取下によつて終了したものと判示したのは法の解釈を誤まれる違法な判決というべきであります。

被告人　倉井均

二　仮に死刑又は無期の自由刑に対する上訴の取下が許されるものとしても本件に於ける被告人の為した控訴取下はそれを為すに当り必要とせられるべき意思要件を備えざる状態に於て為されたものであり従つて当然その効力を有しないものであるか或は少くとも被告人に於てこれを取消し得るものと解すべきであります。然るにこれを完全有効なものとして手続の終了を宣言した原判決は法の解釈を誤まり被告人の裁判を受ける権利を不当にはく奪するものであつて憲法三二条に違反し破毀を免れざるものと思料します。

即ち右取下当時の被告人の精神状態を村松鑑定人の精神鑑定の結果及び井出、松井各証人の証言を綜合して検討してみますと結論的にいつて元来被告人は相当顕著な病的性格異常があつて、特に本件犯行後、その悪循還的発展がみられそれに加えて長期の拘禁、死刑宣告等を原因とする精神的重圧の為めに極めて不安定な精神状態であり感情刺戟性が異常に亢進し僅かな刺戟に対しても極度に激しい反応を示していたものであることがうかがわれます。そして本件控訴についても或る時は「助かるものなら助かりたい」とか「自ら実地検証にも立ち合う」などと意欲的な言動をなすかと思うと「死ぬのが当然だから早く処刑してもらいたい」と一転して処刑を望むなどその態度はその時々の感情の変化に伴い二転、三転して居ります。本件控訴取下はこうした極めて不安定な精神状態の波がたまたま最低の線まで下降した時に弁護人に一言の相談もなく独断で為されたものであり少くとも自己の生命の運命を決定すべき重大な意思決定をなすにつき冷静にその行為の結果に思いをめぐらし、自己の内奥の欲求を吟味し検討した上での正常な判断によつたものとは到底いい得ないのであります。かかる場合の控訴の取下も亦絶対有効なものとしてその後の被告人の意思如何に拘らず、その確定的な効果を云々し得ず甘んじて処刑に服しなければならないものでしようか。

訴訟行為の有効性は刑事訴訟手続に於ける形式的確実性の要求と被告人の利益との較量によつて決せられるべきものでありますがその較量は第一に刑事訴訟法全体の理念に立ち返つて為されねばならないと共に第二に被告人の利益の重大性

も亦その事案に応じて具体的に考慮されなければならないと思います。

右の第一の点についていえば刑事訴訟手続も一応当事者主義の形式をとつて居りますがそれは飽くまでも私人の正当なる利益の擁護という目的の為めに奉仕する為め制度的要請によるものとして把えられるべきでその本質は飽くまでも（特に被告人に対する後見的任務を持つものとしての意味に於て）職権主義的手続として理解されねばなりません。

従つて民事訴訟のように当事者主義に徹底し得る範囲では訴訟的取引の安全乃至予期の可能が大きな役割を占めることから手続の形式的確実性は充分に強調せられることを要するものでありますがこれに反して刑事訴訟に於けるそれは被告人の利益乃至は実体的正義の前には大幅な後退を余儀なくせられるべきであり、むしろ不当に強調され過ぎないようにこそ配慮することがよりよく刑事訴訟法の理念に合致するところであると思います（団藤教授・「訴訟状態と訴訟行為」参照）。

更に右の第二の点についていえば、例えば同じく控訴の取下と呼び得る場合であつてもそれが結果として短期の自由刑の判決を確定せしめることになる場合と或は死刑の判決を確定せしめることになる場合とでは具体的に被告人に及ぼす結果の重大性には全く質的な相違があるのでありこれが有効に為される為めの意思要件は必ずしも同日に論ずることは決して当を得ないと思います。即ち刑事訴訟に於ける被告人の訴訟行為の意思要件はその当該訴訟行為による結果の重大性との具体的関連に於て相対的に理解されねばならないと思うのであります。この議論は或は余りにも便宜主義に堕し極度に手続の形式的確実性乃至は法的安全を混乱させるものであるとの批判を受けるかも知れませんが、然し刑事訴訟に於てはそれらの要請にも増して被告人の利益と具体的妥当性こそ先ず第一次的に優先せしめられなければならないことを思えばその理論的根拠は兎も角として、その行為の結果の重大性に比例して意思能力の正常性がより厳格に要求されなければならないことは本件を通じて弁護人の切に痛感せざるを得ないところであります。

刑事訴訟に於ける訴訟行為の有効性についてしかく考えるならば本件の前述した如き状態に於ける控訴の取下はその結果の重大性に鑑みて正に瑕疵ある行為というべきであります。そして被告人も正常な意思に戻つた現在（弁護人作成昭和三八年四月十二日附上申書参照）、控訴審維持を強く希望していたことは原審公判調書及び被告人の上申書からも明らかなところであります（少くともそれは取下行為の取消乃至は徹回の意思表示と解すべきでありましよう）。にも拘らず原判決が控訴取下を完全有効なものとして本件の終了を宣告したことは法の解釈を誤まり被告人の裁判を受ける権利を侵害するものであつて憲法三二条に違反し破毀を免れざる判決であると思料致します。

以　上

昭和三八年(あ)第二八〇九号

検察官　関之の答弁書

被告人　倉　井　均

一、本件上告の適法性について

刑事訴訟法上、上告の対象となる判決は、同法第四〇五条に定められているところであつて、本件においては、まず原判決は、果して同条所定の「高等裁判所がした……第二審の判決」に該当するか否かが、問題となる。何となれば、原判決の掲げるような主文の判決をなし得ることについては、現行刑事訴訟法には明文の規定がなく、果して適法なりや否や、疑をさしはさむ余地が存するからである。

この点については、左の理由によつて、原判決は、刑事訴訟法第四〇五条の「高等裁判所がした第二審の判決」にあたり、上告の対象となるものと解する。

(一)　原審における原判決言渡の経過を見るに、被告人は、昭和三六年四月二二日名古屋地方裁判所において強盗殺人被告事件につき、有罪の認定をうけ、死刑に処する判決の言渡をうけたので、これを不服として、同年四月二八日第一審弁護人がまず控訴の申立をなし、次いで同年五月二日被告人も控訴の申立をなしたのであるが、被告人は、同年八月一〇日同日付被告人名義の控訴取下申立書を提出して、控訴の取下をなしたのである。しかるに、これに対し、同年九月二八日原審弁護人鷲見弘は、右被告人のなした控訴取下申立を無効とする申立書を提出し、さらに同年一一月六日被告人も亦審理続行の上申書を提出していることは、記録上明らかである。弁護人鷲見弘の右控訴取下無効申立書及び被告人の右審理続行の上申書による主張は、要するに、被告人のなした控訴の取下は、同人が極度に異常な精神錯乱ないしはこれに近い精神状態においてなしたものであるから、その取下は無効であり、従つて事件は、依然原審に係属している

から、本案につき、審理さるべきものであるとの主張と解されるのである。

原審裁判所は、右申立により、被告人の控訴の取下の効力につき、疑いを抱き、その解明のため、証人、鑑定人及び被告人の尋問を行なつた上、本件控訴の取下は、有効であるとの結論に達し、昭和三八年一〇月三一日「本件は被告人が昭和三六年八月一日付控訴取下申立書をもつてなした控訴の取下によつて終了している」旨の主文の原判決を言渡したものであることが認められる。

(二) 原判決は、その主文の示す如く、被告人の控訴の申立により控訴審に係属した本件は、被告人のなした控訴の取下によつて終了していることを宣言したものである。かかる主文の判決は、控訴審において言渡すべき判決につき定めている刑事訴訟法第三九五条ないし第四〇〇条の規定の何れにも該当しないものであることは明らかであり、又原判決もその理由中において、判決のよつて来る法律上の根拠を示していない。かく、結局その判決は、明確な法文上の根拠を欠くものと認められるが、かかる判決は、果して刑事訴訟法上適法なりや否や、まず検討を要する問題である。

いうまでもなく、事件が控訴審に係属した後、有効な控訴の取下がなされたときは、裁判所の何等の意思表示をまたず控訴は終了し、第一審判決の確定により、事件は、完結するを例とする。しこうしてこの場合、形式上存在する控訴の取下行為自体の有効性につき、何等かの疑があるとすれば、それは、具体的訴訟に関する極めて重大な問題である。何となれば、若し、控訴の取下の無効なることが明らかとなれば、裁判所は、本案につき審理裁判をしなければならないからである。かく控訴の取下の有効なりや無効なりやの問題は、訴訟が裁判所に係属するや否や、換言すれば、裁判所が本案の審理をなすべきや否やに関することであつて、これは訴訟の本質に関する重大問題である。このような場合において、裁判所が、その疑を解明する為に如何なる行為に出で、関係人に如何にして、その結果を表明するかについては、現行刑事訴訟法には、全く明文を欠くのであるが、明文を欠くの故を以つて放置するには、訴訟の本質上余りに

重大な問題である、思うにこのような訴訟上の本質的問題は、立法的解決も検討さるべきであるが、当面は結局、刑事訴訟法の条理により合理的に解決されなければならない事柄というべきである。

本来裁判所は、訴訟の条理上訴訟が裁判所に係属するや否や、すなわち本案の審理をなすべきや否やについては、常に必ず職権により明確にしなければならない責務を負うているものというべきである。しこうして、控訴の取下げの有効なりや否やの問題は、前述の通り、結局、訴訟が裁判所に係属するや否やの問題に関するものであるから、裁判所は、条理上職権により、必ずその取下の有効なりや否やの疑を解明する責務を負うものと解すべきである。

この問題を考えるにあたつて、極めて参考となるのは、昭和八年七月一一日大審院民事第五部の決定（民集一二巻二〇号二〇四〇頁）である。これは、民事訴訟法第二三八条に関するものであつて、同条は、所定の期間内に期日指定の申立がなされないときは、訴の取下があつたものと見なされた後に到り、当事者より、期日指定の申立がなされた場合に関するものである。この場合、当事者の右第二三八条所定の期間満了後の期日指定の申立は、同条により訴の取下があつたものと見なすことに対し、争つているものと解され、若し申立に理由があれば、訴訟は未だ裁判所に係属しているから、裁判所は、当然審理裁判をしなければならなく、又若し申立に理由がなければ、右取下と見なされた時に、事件は終結したこととなるのである。かくしてこの場合には、事件が裁判所に係属しているや否やの判定という訴訟上の本質的な重大問題が生起しているのである。このことは、先に刑事訴訟の控訴審における控訴申立の取下の効力と訴訟の係属につき検討したところと全く同じである。

しこうして、この場合裁判所は、如何なる行為に出で如何なる意思表示をなすべきかについては、民事訴訟法には何等明文の定めがないのであつて、この点も前記説明の通り刑事訴訟の控訴の取下の場合と同様である。大審院の右決定

は、問題が訴訟上本質的重要性を帯びるものであることを指摘し、この場合の裁判所のとるべき処置として、裁判所は、必ずこの申立を許容し、「期日ヲ開キ口頭弁論ヲ経タル上、……裁判所訴訟ヲ以テ已ニ終了セリト為ストキハ、ソノ旨ノ終局判決ヲ為スコト当然ノ理ニ外ナラス」と判示したのであつて、民事訴訟の取扱については、その後この裁判例の示すところが遵守されて、今日に及んでいる。すなわち民事訴訟においては、右の場合、終局判決をなすことが「当然ノ理」とされているのである。この決定が示す「当然ノ理」は、民事訴訟法第二三八条の準用される民事訴訟における控訴の取下の場合の訴訟の取扱いにも妥当することは勿論であり、更に刑事訴訟の条理として、本件の如き控訴の取下の効力に疑ある場合の、訴訟の取扱いとしても妥当するものというべきである。かく裁判所は、自ら疑をいだくにいたりたると、又被告人の申立により疑をいだくにいたりたるとを問わず、いやしくも、控訴の取下の効力について疑をいだく限り、必ずこれを明らかにする法律上の責務を負うものである。

しこうして、この場合の裁判所の行う事実関係の取調方法について考えるに、一般的には、刑事訴訟法第四三条第三項決定をするための事実の取調によることも考えられるし、さらに、判決のための取調方法たる口頭弁論を開いて、審理することも考えられ、その何れによつても、法律上は妨げないものと思料する。しこうして、その取調の結果控訴の取下が、無効であると判断すれば、裁判所は、本案についての審理を行なうべきは勿論であるが、その反対に、控訴の取下が、有効であると認めた場合には、裁判所は、その取調方式に対応し、訴訟関係を明確にするために決定又は判決の形式をもつて事件の完結したことを表明することは、当然といわなければならない。（刑事訴訟法第三三九条一号及び二号、第三七五条、第三八五条第一項及び第三九五条参照）

(三) 前述の如く、原判決は、原審名古屋高等裁判所が、控訴の申立のあつた事件につき、控訴審として、本案裁判をなすべきや否やにかかる問題につき、前述の通り取調べをなし、その判断するところを、もつとも丁重なる裁判形式において言渡したものであるから、高等裁判所が、第二審としてなした判決であることは疑なく、従つて、刑事訴訟法第四〇五条の高等裁判所がなした第二審判決に該当するものである。従つて、これに対して、法律の定めるところに従い、上告をなすことが認められることは当然であるというべきである。（なお最高裁判所大法廷の昭和二七年一一月一九日昭和二六年(さ)第一号事件判決は、控訴取下後の控訴審判決は、当然無効であつて、その内容に副う効力を生ぜず、従つて、控訴取下後の控訴審判決に対する非常上告は、許されないとしているが、この判決は、有効な控訴の取下のあつたことを看過して本案につき判決をした事案に関するものであつて、これと本件とは異なり、従つて、右裁判例は、本件にはそぐわないものである。）

二、弁護人の上告趣意について

(一) 論旨第一点について

上告趣意の第一点は原判決は、死刑又は無期の自由刑に処する判決について、上訴の取下が許される旨判示しているのは、刑訴三五九条及び三六〇条の二の解釈適用を誤つた違法があると主張するが、原判決の三六〇条の二に対する解釈は、判示のとおり正当である。このことは、三五九条の改正、三六〇条の二の新設の経緯に徴しても、明らかである。すなわち元来三五九条は

「検察官、被告人又は第三百五十二条に規定する者は、上訴の取下をすることができる。」旨規定し、上訴の放棄は、全面的に許されないことになつていたのであるが、昭和二八年法律一七二号をもつて、これを「……上訴の放棄又は取下をすることができる。」ことに改め（これに伴い三六〇条も「取下」とあつたのを「放棄又は取下」に改めた。）て、一般には、上訴の放棄を認めた上、とくに三六〇条の二を設けて死刑又は無期の自由刑の判決に対しては、「上訴は……放棄することができない。」ことと定めたのである。

すなわち上訴の取下は、右改正の前後を問わずすべての判決に対する上訴について認められ、上訴の放棄は、右改正により死刑又は無期の自由刑の判決の場合を除いて、認められることとなつたのである。従つて右三六〇条の二が設けられたからといつて、これを類推又は拡張解釈して、死刑の判決に対しては、上訴の取下も許されない趣旨と解することは、到底是認し難い。

(二) 論旨第二点について

論旨は、被告人は控訴の取下をなしたが、これは、被告人が正常の精神状態でなしたものではないから、被告人の右取下は意思に瑕疵ある行為として、効力のないものというにある。

よつて、一件記録を精査するに、被告人が、生来、強度の吃音者であつて、本件により拘置所に収容されて以来、いよいよその性格に偏狭頑固さを加え、他の忠言も素直に受入れないような心理状態にあつたこと、控訴の申立、取下についても再三変心したことは認められるところであるが、昭和三六年八月一〇日控訴の取下をなした時と、その前後における被告人が、精神錯乱の状態にあつて、自己がなす控訴の取消の結果につき、正常の判断をなし得ないような精神状態にあつたものとは、到底認めがたく、原審認定の如く、被告人は、本件において老婆と幼児の二人までも惨殺したことに対する深い悔悟と絶望の念から、熟慮の末、取下の挙に出たものであると認められる。従つて、この点に関する論旨も理由がない。

従つて本件上告は棄却さるべきものと思料する。

以上

昭和三五年(あ)第二三六三号

判決

本籍並びに住居　広島市千田町二丁目七二〇番地

社団法人千田授産場代表理事

太尾田高市

大正七年一一月二三日生

本籍　広島県高田郡高宮町大字川根五、三八四番地

住居　同県安佐郡佐東町川内二八〇番地

自動車商

高橋忠夫

大正五年一一月二四日生

本籍　広島市西地方町五一番地の二

住居　同市東観音町二丁目四二三番地

会社代表取締役

中村利一

明治四〇年二月一日生

本籍　広島県高田郡白木町大字井原四、三九六番地

住居　広島市竹屋町七八番地

昭和三九年九月二九日判決　昭和三五年(あ)第二三六三号

昭和三九年九月二九日判決　昭和三五年(あ)第二三六三号

保険代理店

本籍並びに住居　広島市打越町七三番地　山崎勝　明治四四年八月一日生

会社代表取締役

下田義春　大正四年三月六日生

右太尾田高市に対する公正証書原本不実記載、関税法違反、覚せい剤取締法違反、右高橋忠夫、中村利一、山崎勝、下田義春に対する公正証書原本不実記載、関税法違反被告事件について、昭和三五年九月一五日広島高等裁判所が言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決および第一審判決中被告人らに関する部分（但し第一審判決については有罪部分）を破棄する。

本件を広島地方裁判所に差し戻す。

理　由

被告人太尾田高市の弁護人中川鼎の上告趣意は、事実誤認の主張、被告人高橋忠夫の弁護人熊谷林作の上告趣意は、違憲をいうが、実質は事実誤認、単なる法令違反の主張、被告人中村利一の弁護人山田重雄の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認の主張、被告人山崎勝の弁護人青柳盛雄の上告趣意は、憲法違反、判例違反をいう点もあるが、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張、被告人下田義春の弁護人山本孝の上告趣意は、違憲をいうが、実質は単なる法令違反の主張であつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

職権をもつて調査すると、原判決の支持する第一審判決が認定した被告人らに対する関税法違反の犯罪事実（同判決第二の一の(一)ないし(四)、第七の(三)、第一二の(一)）は、要するに、被告人らが単独または共謀の上、昭和二七年五月ないし七月、東京都、広島県下において、駐留濠洲軍人からその所有にかかる関税免除物品たる外国自動車を、法定の輸入手続を経ないで譲受け、以てこれに対する関税を逋脱したというのであり、右事実について第一審判決は、昭和二九年法律六一号による改正前の関税法七五条一項、八三条三項、昭和二七年法律一一二号日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基く行政協定の実施に伴う関税法等の臨時特例に関する法律（以下特例法という）一二条一項、日本国との平和条約一二条(b)(1)(i)等を適用した上、右関税法違反罪と被告人らに関する他の罪とをそれぞれ刑法四五条前段の併合罪に当るものとして処断していることが明らかである。

しかして、特例法一二条一項（但し昭和二九年法律六一号による改正前のもの）は、合衆国軍隊、その構成員等以外の者が、同六条掲記の関税免除物品を日本国内において譲受けようとするときは、右譲受を輸入とみなして関税法等を適用する旨規定しているが、駐留濠洲軍人所有の外国自動車は、同六条の規定の対象とされておらず、また、日本国との平和条約一二条(b)(1)(i)は、日本国が連合国、その国民等に対し関税等についての最恵国待遇を与える旨を規定したに過ぎないのであるから、この規定を根拠に関税免除物品たる駐留濠洲軍人所有の外国自動車の譲受について特例法一二条を準用することはできない。したがつて、本件当時他にその適用ないし準用を肯定しうるなんらの法律上の根拠がない以上、これを前提として譲受人に対し関税逋脱罪の成立を認めることは許されないの筋合である。

されば、被告人らの本件駐留濠洲軍人所有外国自動車（右自動車が特例法付則二項本文の適用を受けるものであることを認められる資料は記録上存しない。）の譲受について、特例法一二条一項のほか昭和二九年法律六一号による改正前の関税

昭和三九年九月二九日判決　昭和三五年(あ)第二三六三号

法の規定を適用して関税逋脱罪の成立を認めた第一審判決およびこれを支持した原判決には法令の解釈適用を誤つた違法があり、その違法は判決に影響を及ぼすものであつて、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。よつて、刑訴四一一条一号、四一三条本文に従い、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　平出禾公判出席

昭和三九年九月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　柏原語六

裁判官　石坂修一

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　横田正俊

裁判官　田中二郎

弁護人中川鼎の上告趣意

第二審判決には事実誤認の違法があり原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと思料せらるゝので刑事訴訟法第四一一条に則り破棄相成度。

理由

(1) 第二審判決は控訴趣意書の被告人に関税逋脱の犯意がなかつたという主張に対し「(前略)右のような一れん)の方法は当然に譲受自動車そのものの関税の逋脱が予定されているものであるからこれを主宰し実行した被告人に関税逋脱の認識があつたとせられるのはもとより当然のことである」として右主張を排斥している。

(2) 然れ共なるほど被告人自らが外人から直接本件外車を購入したこと及び右購入に際して通関手続を経由しなかつたことも争いないところであるが被告人はその後第一審相被告人坂本宮男等に依頼し通関並に登録手続を経了せしめんとしたものである(右坂本及び第一審相被告人和泉麟児等供述調書参照)から毫も関税逋脱の意思はなかつたと云はねばならない。

(3) この点に関し第二審判決は控訴趣意書挙示の各証拠は措信し得ないと判示しているがこの点に関する各供述人の供述は通関手続書類と詐称し之を被告人に売りつけたという経過事実をそのまゝ供述したもので各供述人等がことさら嘘偽の事実を供述したものではない。(従つて右供述を措信するや否やの問題外の事柄に属する)

以上は判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があるものと考へる。

以上

(昭和三十六年三月七日付)

被告人　太尾田高市

被告人　高橋忠夫

弁護人熊谷林作の上告趣意

第一点　憲法第三十一条の解釈の誤り

原判決は、被告人高橋忠夫の控訴を棄却し、その理由の第二の(一)において被告人は、その方法が当然に譲受自動車の関税逋脱を伴うものであることを知りながら、前記第一において説示したような方法によつて陸運事務所の不正登録を受けて、これを他に転売して利益を得る目的の下に原判示のとおり、呉駐留の濠州軍軍人より、所定の輸入手続を経ないで、原判示の自動車を譲受けこれを引取つたものであることが明らかであるから、関税逋脱の犯意において何等欠くるところはないのである。弁護人は、当時被告人は駐留軍人から自動車を譲受ける場合、それが関税課税の対象となることは全く知らなかつたところであると主張するのであるが、右は結局法の不知を主張するに該当し、法の不知は何等犯意の成立を阻却するものではないのである。

と判示しているが、

被告人高橋忠夫は、右の事実については第一審第五回公判において「関税を逋脱する意思の下に為したものではない」と陳述し（記録第一冊三〇五丁、三四一丁）右犯意を否定しているのである。

被告人高橋の昭和二十七年十月二十三日附第一回検察官に対する供述調書（第五冊一三〇六丁以下）木村正志の昭和二十七年十月十九日附第一回検察官調書（第五冊一三五九丁以下）同人の同月二十四日附第二回検察官調書（第五冊一三六七丁以下）昭和二十八年一月六日附被告人高橋に対する大蔵事務官の質問調書（第七冊一九四四丁以下）昭和二十九年十一月十六日附検察官調書（第七冊一九四五丁以下）を綜合してみると、昭和二十七年六月下旬頃、被告人は呉市の

自動車ブローカー濠州人ケン・マイナー方で濠州兵ロン某と逢い、同人所有の一九四九年式フォードを木村正志に売却を斡旋することになり、売買契約成立後、高橋は木村と二人で呉の英濠軍憲兵隊に行き、ロンからの譲渡証明書を示して、木村正志名義で払下証明をしてもらい、その帰途、広島税関呉支署に行き関税を支払つて登録しようとしたら、六月以前に買つた自動車は関税を払つても登録することができないことが判明した（五冊一三三二丁、一三六七丁）ので高橋は已むを得ず被告人和泉麟児及び石井政市に相談することになつたのである。ところで、和泉の昭和二十七年十月十三日附第三回検察官調書によれば、駐留軍払下自動車の車台や原動機は本来輸入手続をして税金を納入しておかないと、陸運事務所ではその使用を認めないのであるが、昭和二十七年三月末頃陸運事務所の自動車登録係と話合いの結果、この分の払下げの車台及び原動機に限つて税金が済んでなくても組立使用を認可するということになつた事実が認められ（一四一一丁、一四二二丁）またその後和泉と石井が英連邦軍サルベージ部隊から同年四月二十三日、五月十二日、五月二十六日、六月十三日、八月十三日の四回に亘り競争入札により落札した車台、原動機はいずれも通関手続をして税金を納めた事実が認められる（一四一二丁、一四一三丁）。そこで高橋は車台（番号なし）を石井政市より、原動機（一八―六八五六二三）を和泉より譲受け、組立車として検査を受けることとして右両名より譲渡証明書を貰つて陸運事務所において登録を済ませたものである（五冊一三三三丁―一三三六丁、一三六一丁―一三六二丁）。

しかして、被告人高橋の昭和三十一年四月二十日第一審第十九回公判における供述（七冊二〇二七丁以下速記録㈦）によれば、

今西主任弁護人の「どういう事情から石井名義の書類が出るということだつたんですか」との質問に対し

高橋「これは当時は自動車として番号がつきさえすれば販売できるということができておりましたのでだれも番号をつけるということに必死になつておつたわけです……」

「……ただ番号が受かれば販売できると考えております」

関税を免れるというようなことが目的だつたんですか、それとも籍をつけたいということがむずかしかつたんですか、どつちですか、

そうです、関税を免かれるというようなことは全然なかつたです。関税がいるという事は知らなかつたです、ただ番号がつきさえすればいいと思つておつたんです。

登録できればいいと……

そうです、その当時書類をいただいて陸運事務所に行つてこの書類でうかりますか、はあ、大丈夫だと登録課長が言われたので私らが受けたわけです。

和泉さんと関税の話はしなかつたですか

気がつかなかつたです、税関の話とか税金の話は全然しなかつたです。ただこれを持つて行きさえすれば受かると……

と尋問の結果が記載してあるとおりであり、関税逋脱の意思はなかつたと認められるのである。又前記大蔵事務官昭和二十八年一月六日質問調書及び昭和二十九年十一月十六日附高橋の検察官調書によれば、仮りに関税の問題が生じたとしても、車を買つた木村正志が関税を支払う者であるから高橋は関税逋脱を考えていなかつた事実が認められるのである（七冊一九四一丁、一九四九丁）。

また、勝部良吉弁護人が控訴趣意書（十四冊三七四〇丁）第二点において述べているとおり、被告人高橋はこの種の自動車の取扱の経験が浅く、当時この種の自動車が国内に相当出廻つておつたことから被告人は本件自動車を譲受けた際、その自動車が課税物品であり関税法所定の関税を支払わなければならないことを認識していなかつたものと認められる

（被告人の公判廷における供述）のである。

ところで、本件のような関税法違反の犯罪は、いわゆる自然犯・刑事犯ではなく、法定犯・行政犯に属するものであるから、本件自動車が課税物品であるとの認識を欠くときは、違法の認識を欠くものであつて犯意を阻却すると解するのが正当である。しかして刑法第三十八条第三項は前法律的に反社会的な自然犯に適用せらるべきものであつて、本件の如き法律が特に犯罪とするから犯罪となる法定犯については、法律の不知は犯意の成立を阻却すると解すべきであるから、本条項の適用がなく、同条第一項の犯意なき行為として罰せられないものというべきである。

故に、法定犯に対し刑法第三十八条第三項を適用することは憲法第三十一条の解釈を誤り、被告人に対する法定手続の保障を奪うものであるといわなければならない。ところが、原判決は法定犯である本件に対し刑法第三十八条第三項を適用することは、黙示的に合憲であるとの判断をなし、被告人高橋の行為について同条項を適用して被告人の犯意を認めたのであるから、この点において憲法第三十一条の解釈を誤つたものとして破棄を免れないものと思料するのである。

（昭和三十六年三月九日付）

以　上

昭和三五年(あ)第二三六三号

弁護人山田重雄の上告趣意

原判決は判決に影響を及ぼすべき法令の違反があるか又は重大な事実の誤認があり破棄せらるべきものと信ずる。

即ち、第一審は被告人に対し公正証書原本不実記載関税法違反の事実を認定し被告人に対し懲役六月執行猶予二年、金二十万円追徴の判決をなしたが関税法違反の点については無罪の裁判をなすべきであるのに原審は此の点を看過して被告人の控訴を棄却したのは違法である。

先づ第一審判決は

「被告人は法定の除外事由がないのに昭和二十七年五月二十四日頃呉市海岸通り呉英駐留軍憲兵隊附近において濠洲駐留軍々人より同人所有の昭和二十七年法律第百十二号第六条所定の関税等免税物品である一九四九年式バッカード普通四輪自動車一台を所定の輸入手続を経ないで譲受け以てこれに対する関税を逋脱した」

旨認定している。

ところで右判決も認定している通り被告人等が譲受けた自動車の相手方は濠洲駐留軍人である。

又第一審判決が右事実認定の証拠として挙示している、下田義春、山崎勝、被告人等の検察官に対する供述調書（第一回の記載）に徴するも右自動車所有の兵隊が満期除隊になつている濠洲人に売却したように憲兵隊から証明書をもつて先方の手続をしましたが……とある通り右自動車の輸入又は譲渡の手続は勿論自動車を所有している軍人から満期除隊になつている民間濠洲人に対して譲渡し、然る後被告人等に譲渡したことが明かであり、又このような手続をとり一旦在日民間外人の所有としなければ、直接軍人から日本人への譲渡しは駐留軍の内部規定により出来なかつたものである。

従つて右のように一旦民間濠洲人へ兵隊が譲渡した手続をとつた自動車を被告人等が譲受けたことも明白なところである
から被告人等は右自動車を直接軍人から譲受けたものではないのである。
而して第一審判決が適用している昭和二十七年法律第百十二号日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条
約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う関税法等の臨時特例に関
する法律（以下関税臨時特例法と云う）第六条、の免税品はアメリカ合衆国軍隊又はこれ等の構成員のみを指称し、駐留濠
洲軍人を含まないもので又同法第十二条の譲受けに関する「みなす輸入品」も右合衆国軍人等からの右第六条の免税品の譲
受のみを指称し駐留濠洲軍人から原判決認定のように本件自動車を譲受けたとしても何等右特例法第十二条その他の輸入に
該当しないものであるから旧関税法第七五条第一項の違反罪を構成しないものと云わねばならない。
仮に右特例法等の解決上駐留濠洲軍人を含むものと仮定するも前記のように被告人等は濠洲軍人が既に除隊した民間濠洲
人に対して譲渡した本件自動車を右民間人から譲受けたものであるしこのように駐留軍人から民間外人への譲渡並に右民間
外人から日本人への譲渡は何等右特例法並にその他の関税法等の解釈上輸入には該当しないものと解すべきである。
このように民間外人からの本件自動車の譲受けが輸入に該当せず又右被告人等の供述、その他の証拠により民間外人から
の譲受けを伺うに足る証拠の存するときはこれ等の点につき十分審理を尽した上、判決をなすべきであるに拘らず原審はこ
れ等の点を看過したのは違法である。
結局被告人等の所為は特例法その他の関税法所定の輸入行為をなしたものではなく、従つて関税を逋脱したものではない
から、関税法違反罪を構成しないものである。然るに原審はこれに対し有罪の判決をなしたのは法令の適用を誤つたか又は
事実を誤認したもので破棄せらるべきものと信ずる。
（昭和三十六年三月七日付）

以　上

昭和三五年(あ)第二三六五号

弁護人青柳盛雄の上告趣意

被告人　山　崎　勝

第一点　共謀共同正犯における共謀は「罪となるべき事実」であつて、「厳格な証明」を要するものとされており、その趣
旨は被告人の基本的人権を尊重し、その防禦権を保障する刑事訴訟法の建前を貫徹するためには、単に完全な証拠能力を
もつ証拠によつて認定されなければならないというにとゞまらず、その態様において、日時、場所、内容が具体的に特定
されうるものでなければならないことを意味している。
しかるに、本件第一審判決に記載されている被告人山崎勝に関する「罪となるべき事実」第十二の(二)は、右被告人が、
被告人下田義春及び同中村利一として共謀し、被告人下田義春が公文書不実記載の実行行為を行つたというにあつて、そ
れは被告人山崎に関しては、まさにいわゆる共謀共同正犯としての刑責を問うているのであるが、右判決は右(二)の冒頭に
おいて、単に「被告人下田義春、同中村利一、同山崎勝は共謀の上」と、だけしか記載せず、果して何年何月何日、何処
何処において、どのような内容の謀議を行つたのか、全く不明である。右判決に挙示されている証拠のうち被告人らの検
察官に対する自白調書の記載によれば、被告人らが右犯行について意思の連絡があつたことを推認しえられないとはいえ
ないようであるが、その内容は、きわめて漠然としており、果してどのていど被告人ら、とくに被告人山崎において、不
実記載を認識するに至つたか、また何時、何処での話合いによつてそれを認識したのかは、依然として不明である。
のみならず、被告弁護人等において、公訴事実のこの点の不明確さにつき、検察官に釈明を求めるところがなかつたと
しても裁判所としては、被告人側の防禦権を保障するためにも、この点につき職権を以て、明確ならしめる措置を講じな
ければならなかつたのに、第一審裁判所は、敢えてこれを行わなかつた。

以上いずれの点からみても、第一審は憲法と最高裁判所大法廷の判例に背いているにかかわらず、原審は漫然とこの点を看過したのであつて、違法であり、破棄されなければならない。

第二点　没収または追徴は、刑罰の一種であるとされる。

かかる刑を言渡すばあいには、如何なる物件を没収すべきか、または何故に追徴すべきかを判断しなければならない。

本件で問題になつている没収の対象物は、脱罪にかかる貨物（旧関税法八三条一項）であるから、その物件は「罪となるべき事実」の一構成要素として特定されなければならない。

そして、本件の追徴は、その特定物件が犯罪後のその取得者が「其ノ取得ノ当時善意ナリシコトヲ認ムル能ハサルトキハ其ノ物ヲ没収」することができ（同条二項）、そのような没収が不能のときはじめて、これをなしうるのであるから、（同条三項）、没収しえない点もまた必然的に「罪となるべき事実」の一構成要件と考えるべきであろう。

果して、そうだとするならば、本件において本件自動車を取得した第三者が、その当時善意であつたことを認めえないことを、検察官において主張し立証する責任があり、裁判所も職権でこの点を調査しなければならないし、その証拠は、刑訴法三一七条以下の規定の適用を受けなければならないし、判決においても、そのことを「罪となるべき事実」として明示すると共にその証拠の標目を示さなければならない（三三五条一項）。

しかるに、第一審判決は、この点の検討を欠き、何らの証拠に基かず、漠然と単に「善意の第三者」であると認定して本件追徴を言渡している。原審は、かかる点の違法をみのがした点で欠かんがある。

以　上

（昭和三十六年三月八日付）

昭和三五年(あ)第二三六三号

弁護人山本孝の上告趣意

原判決は、憲法第三一条に違反する。

一、原判決は、第一審判決が被告人らの関税法違反の点につき事実第一二の(一)記載の通り認定し且つこれは被告人下田義春、同中村利一、同山崎勝の三名の共同正犯であると認定した上、「この犯罪にかかる貨物たる一九四九年式バッカード普通四輪自動車一台は犯罪当時右被告人らの所有及び占有に属していたが、犯罪後善意の第三者に譲渡し現在同被告人らの所有及び占有にかゝらずこれを没収することができないから、新関税法附則第一三項、旧関税法第八三条第三項により同被告人ら三名から右自動車の原価に相当する金三六三、六〇〇円を夫々追徴する」と言渡したのを支持し、その全額を各人夫々に対し追徴すべきことの理由を右法条に関する古くからの判例法上確定しているところと称するものに求め、「追徴の場合には――没収と異り――一見恰も共犯者全員に対し個別にその全額につき重複して執行することができるかに解せられるが、それは許されず、共犯者のいずれかが追徴金の全部又は一部を納付したときは、その納付済の部分について重ねて執行し得ないものである」という解釈に基いているのであると説明している。

しかるに原判決は、他方において前記被告人らの共同正犯ではないとの控訴申立に対し「……しかし三名で呉市に赴き現物も検分の上、所定の輸入手続を経ないでこれを譲受けたもので、被告人下田は当初の買入資金こそ出していないが、同自動車を譲受けてからこれに二〇〇、〇〇〇円に相当する修理を加え、さらに登録に必要な費用の三分の一をも負担してその登録を済した上、三名相談の下にこれを他に転売し、その利益を三名平等に分配していることが明らかである……」と認定し、かかる責任額が明白であるという意味での共同正犯であるとまで判断しているのである。

それにもかかわらず、原判決は慢然控訴を棄却するとしたことは以下の理由により憲法第三一条に違反し罪刑法定主義を侵すものである。

二、本件の控訴棄却により被告人らが任意に追徴金の納付をしない場合には、第一審判決が執行力ある債務名義となり、その執行については民事訴訟に関する法令の規定が準用されるのである（刑事訴訟法第四九〇条）。その結果前述の重複執行を避けるべきことは専ら執行担当公務員の判断及びその責任に任せられ、執行の段階でコントロールされるに過ぎなくなる。

そもそも旧関税法第八三条の如く、必要的没収及び之に代る追徴が規定されている場合、数名の共犯者が追徴を命ぜられたときの責任は、これを以つて連帯債務ではないが不真正連帯債務ともいうべきものであるとする、右法条についての大審院の判例（明治四一年六月九日録一四輯六三九頁、昭和三年二月三日大判集七巻六七頁等）は、「……犯則者多数ア ル場合ニ於テハ犯則者ヲシテ之ヲ連帯納付セシムル旨ヲ規定シアラサルヲ以テ各犯則者間ニ連帯債務ノ関係ヲ有セシムル ノ法意ニアラサルコト明カナリ……」と解しているのである。右法条が法令の字句上数名の共犯者存する場合につき何とも明確に規定していないのであるから、逆に、追徴額を共犯者の員数で除した額を以つて為す法意であると解することも可能である。そしてかゝる法条を解釈するに当つては、被告人に有利に即ち重複執行の危険負担を生ぜしめないようにすることが罪刑法定主義の精神に合致し、憲法第三一条の趣旨とするところである。

三、しかるにその後、昭和三三年三月五日最高裁判所大法廷判決（一二巻三号三八四頁）によると、

「没収に代わる追徴に関する事項をいかに定めるかは追徴なる制度の本旨に適合する限り立法によつて定めうる事柄である」

とし、

「旧関税法第八三条第三項は、共に起訴された共犯者の一人又は数人がその物の所有者であることが明らかである場合には、必らずしも右共犯者全員のそれぞれに対し、各独立して物の原価全額の追徴を命じなければならぬものと解すべきではなく、その物の所有者たる被告人のみに対して追徴を命ずることも許すと解するを相当とする。」

との考方が出るに至つた。これは本来必要的没収、追徴を規定したものとされる右法条を、ある限度において裁判所の自由裁量にまかすことになる嫌いが多分にある。しかしながら、この大法廷の判決が従来の判例と異る考方をとるに至つた理由は、恐らく追徴の裁判を受けるべき責任者たる被告人につき事実認定（これこそ自由心証主義に任される）によりその責任の限定が明らかにされたときは、その者のみから追徴すべきものとすることが実質的衡平に合するのみならず、個人責任主義にも合致するとの考方に基くものと思われる。この大法廷判決をみても、前示従来の判例が右法条についての唯一絶対的な解釈とは言えないことを裏書しているのである。

四、そこでひるがえつて本件をみるに、第一審判決のように、被告人らの間において最終的に誰がどれだけの責任を負うべきかにつき問題を残すことになる。ところで、民事訴訟ならば連帯債務者間に右のような問題が残つても、それぞれの債務の性質や、基礎となる法律関係（例えば雇用、委任）等に基いて決せられ、争が起つた限度において更に訴訟で解決すればよいが、本件の如き刑事責任の追及において、その責任がいわゆる不真正連帯債務の性質を有し、それ故に債務者たる被告人らの間において求償の問題が起つた場合民法第四四二条乃至第四四五条を適用すべきでないとすれば何を根拠として各人の責任を考えたらよいであらうか。本件は刑事訴訟であるから被告人各自に対し各別に言渡すべき本件追徴の言渡は貨物の没収に代るものとして、原価の三名平等分配額たる金一二一、二〇〇円を以つて為すべきであり、そうしてこそ罪刑法定主義を謳つた憲法第三一条の精神に合致するものと言わなけれ

ばならない。

これを要するに、原判決は憲法第三一条に違反し速かにその破棄をなすべきものと思料する。

（昭和三十六年三月九日付）

以　上

昭和三六年(あ)第一四二七号

判　決

本籍並びに住居　岐阜県関市大平町二丁目四五番地

研磨工

中島隆雄こと

中　島　隆　夫

昭和七年一月一九日生

右両名に対する行進又は示威運動に関する岐阜県条例違反、右中島隆夫に対する公務執行妨害被告事件について、昭和三六年五月八日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し、検察官並びに被告人中島隆夫から上告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。

本件を名古屋高等裁判所に差し戻す。

昭和三九年九月二九日判決　昭和三六年(あ)第一四二七号

本　籍　岐阜県関市本町八丁目一四番地

住　居　岐阜県関市本町八丁目六番地

雑貨商

野　田　満　三

大正元年一一月二六日生

理　由

検察官の上告趣意について

第一点は、判例違反をいうが、引用の判例はいずれも本件に適切ではないから前提を欠き、第二点は、単なる法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

なお、本件については、被告人中島隆夫からも上告の申立があつたが、同被告人は、刑訴四一四条、三七六条、刑訴規則二六六条、二三六条、二五二条により定められた期間内に上告趣意書を提出していない。

職権をもつて調査すると、原審は、本件公訴事実中被告人両名に対する昭和二四年七月二八日岐阜県条例二八号行進又は示威運動に関する条例（以下本件条例という）違反の点について、被告人らは、いずれも集団行進又は示威運動（以下単に示威運動という）は、あらかじめその場所の所在地の区域を管轄する公安委員会の許可を受けないでこれを行つてはならない旨を規定する同条例一条に違反するものとして、同五条の罰則の適用を求められたものであるが、右一条にいう「その場所の所在地の区域を管轄する公安委員会」というのは、同条例制定当時施行されていた改正前の警察法（昭和二二年法律一九六号、以下旧警察法という）の関係条文および本件条例四条二項に、「公安委員会は、第二条に規定する申請を許可しなかつた場合には、遅滞なく公安委員会の属する県市町村の議会に対し、その旨及び理由を詳細に報告しなければならない」とあるのを綜合すると、旧警察法に基づく所轄の県市町村公安委員会を指すことは明らかであり、これらは昭和二九年法律一六二号警察法（以下新警察法という）の施行に伴い廃止された結果、本件条例一条において、本件の如き示威運動を行うことに関して許可を所管事項とする岐阜県市町村公安委員会（本件においては関市公安委員会）も廃止されたのであつて、今日においては、同条例において本件の如き示威運動に関して許可を管掌する行政庁は存在せず、少くとも右一条に関する限り現実に作用することのできないものというのほかはなく、したがつて、同条の違反を処罰する同五条の罰則もその適用

の余地がなく効力を失つたものであるから、被告人らに対する前記公訴事実については、刑訴三三七条二号にいわゆる刑が廃止された場合に当る旨判示して、被告人両名に対する前記公訴事実につき、それぞれ免訴の言渡しをしていることが明らかである。

しかし、原判決が指摘する本件条例一条中の「その場所の所在地の区域を管轄する公安委員会」とは、単に管轄の公安委員会という趣旨に解すべきであり、また、同四条二項は、右公安委員会が申請を許可しなかつた場合の措置に関する規定であつて、警察法改正後においても、同条例が示威運動の許可管掌機関を特に旧警察法に基づく公安委員会に限定した趣旨に解するのは相当ではなく、新警察法施行後は、当然に同法に基づく岐阜県公安委員会が右許可管掌機関に当るものというべきである。のみならず、本件条例一条が、示威運動を行うに当り、あらかじめ公安委員会の許可を受けることを要する旨規定しているのは、示威運動により、明らかに公共の安全を害するような事態の発生を予防するためであり（同四条一項参照）、本件の如く、その許可を受けないで示威運動を組織し、もしくはこれに参加する行為を処罰することの必要性は、旧警察法に基づく県市町村公安委員会が廃止され、新警察法に基づく県公安委員会が設けられたということによりなんらの影響を受けるものとは考えられないのである。

されば、旧警察法に基づく県市町村公安委員会が廃止されたことを根拠に、本件条例一条により示威運動について許可手続を管掌する行政機関が消滅した結果、同条に関する限り現実に作用することができなくなつたものとして、被告人両名に対し前記公訴事実につき免訴の言渡しをした原判決には法令の解釈適用を誤つた違法があり、右違法は判決に影響を及ぼすものというべく、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。

よつて、刑訴四一一条、四一三条本文により、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　川井英良公判出席

昭和三九年九月二九日判決　昭和三六年(あ)第一四二七号

昭和三九年九月二九日判決　昭和三六年(あ)第一四二七号

昭和三九年九月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　横田正俊
裁判官　石坂修一
裁判官　五鬼上堅磐
裁判官　柏原語六
裁判官　田中二郎

昭和三六年(あ)第一四二七号

名古屋高等検察庁検事長松本武裕の上告趣意

第一点　原判決は、(一)行列行進、集団示威運動に関する昭和二四年三月二五日新潟県条例第四号（以下新潟県条例という。）違反事件についての昭和二九年一一月二四日最高裁判所大法廷判決（集八巻一一号一八六六頁）、集団行進及び集団示威運動に関する昭和二四年一一月二二日佐賀県条例第五二号（以下佐賀県条例という。）違反事件についての昭和三〇年二月一日最高裁判所第三小法廷判決（集九巻二号一一九頁）及び(二)集会、集団行進及び集団示威運動に関する昭和二五年一一月一日神奈川県条例第六九号（以下神奈川県条例という。）違反事件についての昭和三二年四月二四日東京高等裁判所第一刑事部判決（高裁刑事判例特報四巻九号二〇六頁）の各判例にそれぞれ違反する判断をなしており、その判断は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、刑訴法第四〇五条第二、三号、第四一〇条第一項に従い破棄せらるべきものと思料する。

以下その理由を開陳する。

一、原審は、被告人野田満三に対する行進又は示威運動に関する昭和二四年七月二八日岐阜県条例第二八号（以下岐阜県条例という。）違反ならびに被告人中島隆夫に対する同条例違反、公務執行妨害被告事件につき、右岐阜県条例違反の点は、犯罪後の法令により刑が廃止された場合に該当するものとして被告人両名を免訴する旨の判決を言い渡したが、その理由は次のとおりである。

職権を以つて調査してみるのに、被告人野田満三に対する公訴事実（無罪が確定した集団行進参加の点を除く）は、

被告人　野田満三
同　中島隆夫

昭和二七年七月二二日関市安桜小学校校庭において開催せられた林百郎代議士の議会報告演説会終了後、関市警察署へ集団行進を行うことを企て、同日午後一〇時三〇分ころ、法定の除外事由がないのにかかわらず、所轄公安委員会の許可を受けないで同演説会の聴衆に対し、同日同演説会場附近に遺留してあつた関市警察署自転車の処置を諮り、その際警察官の置いていつた自転車を先頭に関市警察署へデモをかけようという旨の叫び声をなし、そのころ同校庭から聴衆約二、三百名とともに同市月見町及び相生町を経て同市住吉町関市警察署前まで集団行進をなし、もつて示威運動を組織したというのであり、被告人中島隆夫に対する公訴事実中(一)は、右同時同所において右記載の如く被告人野田満三の組織した無許可集団行進にその情を知りながら赤旗一本を持つて参加し、もつて示威運動に参加したというのである。

すなわち、被告人両名の右の各所為は、いずれも昭和二四年七月二八日岐阜県条例第二八号行進または示威運動に関する条例一条に違反するものとして、同五条の罰則の適用を求められたものである。そして同条例一条は「集団行進又は示威運動（以下単に示威運動という）はあらかじめその場所の所在地の区域を管轄する公安委員会の許可を受けないでこれを行つてはならない」と規定し、本件の如き示威運動を行うには、あらかじめ所轄公安委員会の許可を受けることを必要としているのである。

ところで同条例一条に、示威運動に関して許可を管掌する行政官庁としての「その場所の所在地の区域を管轄する公安委員会」というのは、同条例制定当時施行せられていた改正前の警察法（昭和二二年法律一九六号）二〇条、二七条、四〇条、四三条並びに同条例四条二項に「公安委員会は、第二条に規定する申請を許可しなかつた場合には、遅滞なく公安委員会の属する県市町村の議会に対し、その旨及び理由を詳細に報告しなければならない」とあるのを綜合すると、右条例一条にいう「その場所の所在地の区域を管轄する公安委員会」というのは、改正前の警察法にもとづく所轄の県、市、町、村の公安委員会（以下単に県市町村公安委員会という。なおここに県公安委員会というのは同法にいう国家地方警察の運営管理を行うべきものをいい、改正後の警察法による県公安委員会とは自ら性格を異にするものである。）を指すことは明らかである。

ところで、昭和二九年七月一日改正警察法（同年法律第一六二号）の施行によつて、同法附則二項により従前の国家地方警察及び県公安委員会は廃止され、また同法施行によつて、市町村の自治体警察及び公安委員会も廃止せられ、前記岐阜県条例一条において、本件の如き示威運動を行うことに関して許可を所管事項とする岐阜県市町村公安委員会（本件においては関市公安委員会）も右警察法の施行に伴つて廃止されたのであつて、今日においては同条例において本件の如き示威運動に関して許可を管掌する行政庁は存在しないこととなつたのである（もつとも前示警察法は、同法七九条で同法実施のため必要な事項を政令に委任し、これにもとづき昭和二九年六月一九日号外政令一五一号警察法施行令が公布され、同附則一九項には、かような警察機構の改変に伴う警察の事務に関する市町村条例の経過措置が規定されたけれども、右の経過規定は従前市町村条例によつて自治体警察の機関または職員の事務とされていた事項に関する経過規定であつて、本件の場合の如く、県条例によつて県市町村公安委員会の事務とされていた事項に関しては適用のないものである。また当裁判所が職権によつて調査するところによれば、岐阜県においてその後同条例の運用に関し、条例をもつて右示威運動の許可機関として県市町村公安委員会に代る機関を制定した事実のないことも明らかである。そして又、昭和二九年七月一日岐阜県公安委員会規則一号の従前の岐阜県公安委員会及び市、町公安委員会のした定の効力の経過措置に関する規則が、右許可機関について条例の内容を変更すべき経過措置を定めることのできないことも明らかである。）。

そうすると右岐阜県条例は少くとも同一条に関する限り、現実に作用することのできないものというのほかなく、従つて同条の違反を処罰する同五条の罰則も今日においてはその適用の余地はなく、効力を失つたものといわなければな

らない。（昭和三五年七月二〇日最高裁判所大法廷判決、集一四巻九号一二一五頁参照）もつとも、この点について、本条例の場合は、最高裁判決にかかる静岡県条例と異り、示威運動に関する許可行政機関は単に抽象的に、示威運動を行うべき場所の所在地の区域を管轄する公安委員会とされていて、市町村公安委員会と限定されていないことを理由として、改正前の警察法にもとづく所轄の県市町村公安委員会が廃止された後は、当然にその所轄公安委員会とあるのは、改正後の警察法にもとづく県公安委員会と読み替えるべきであるとの議論もあるが、本条例一条にいう許可行政機関の意義については、既に見たとおりであつて、本条例が許可行政機関を特定の機関に指定しているのを、条例自らがなんらの措置を行つていないのに、これを換骨脱胎して、他の機関と読み替えるが如きことは、許されないところと解すべきである。すなわち、被告人両名に対しそれぞれ公訴にかかる前記犯罪事実については、刑訴法三三七条二号にいわゆる「刑が廃止された」一場合に該当するものと解すべきであり、被告人両名に対する右各犯罪事実については、同条を適用して、それぞれ免訴の言渡をなすべきものである。

二、ところで、岐阜県条例は、すでに最高裁判所または東京高等裁判所の判断を経た新潟県条例、佐賀県条例及び神奈川県条例と規定の仕方をほぼ同じくしているのであるが、右各条例の関係条文を比較して見ると次のとおりである。

岐阜県条例（昭和二四年七月二八日岐阜県条例第二八号）

第一条　道路、公園、その他の公共の用に供せられる場所の利用に関する私的又は公的権利を排除し又は妨害して、これらの場所を占拠し又は行進する車馬又は徒歩の集団行進又は示威運動（以下示威運動という。）は、あらかじめその場所の所在地の区域を管轄する公安委員会（以下公安委員会という。）の許可を受けないでこれを行つてはならない。（以下省略）

第四条　公安委員会は、示威運動が公共の安全を害するような事態を惹起することが明瞭であると認める場合の外

は、これを許可しなければならない。公安委員会は、第二条に規定する申請を許可しなかつた場合には、遅滞なく公安委員会の属する県市町村の議会に対し、その旨及び理由を詳細に報告しなければならない。（以下省略）

新潟県条例（昭和二四年三月二五日新潟県条例第四号）

第一条　行列行進又は公衆の集団示威運動（徒歩又は車輛で道路、公園その他公衆の自由に交通することができる場所を行進し又は占拠しようとするもの。以下同じ。）は、その地域を管轄する公安委員会の許可を受けないで行つてはならない。（以下省略）

第四条　公安委員会は、その行進又は示威運動が、公安を害する虞れがないと認める場合は、開始日時の二十四時間前までに許可を与えなければならない。（第二項省略）

3　公安委員会は、第一項の規定による許可を与えなかつたときは、すみやかにその理由を詳細に、公安委員会の所属する自治体の議会に報告しなければならない。（以下省略）

佐賀県条例（昭和二四年一一月二二日佐賀県条例第五二号）

第一条　街路を行進し街路を占拠し又は公共建築物或いはその周囲の敷地の使用権を排除し若しくは妨害する集団街路行進又は集団示威運動は予め所轄公安委員会に届出なければならない。（なお、公安委員会の所属する議会への報告に関する規定はない。）

神奈川県条例（昭和二五年一一月一日神奈川県条例第六九号）

第一条　道路その他公共の場所で集会若しくは集団行進を行おうとするとき、又は場所の如何を問わず集団示威運動を行おうとするときは、その地域を管轄する公安委員会の許可を受けなければならない。（以下省略）

第三条　公安委員会は、前条の規定による申請があつたときは、集会、集団行進又は集団示威運動の実施が公共の安

寧を保持する上に直接危険を及ぼすと明らかに認められる場合の外は、これを許可しなければならない。（以下但し書及び第二項、第三項省略）

4　公安委員会は、第一項の規定により不許可の処分をしたとき又は前項の規定により許可を取り消したときは、その旨を詳細な理由をつけて、すみやかにその公安委員会の属する地の議会に報告しなければならない。

右対比したところによつて見ると、新潟県条例及び神奈川県条例においては、集団示威運動等の許可機関を「その地域を管轄する公安委員会」と規定し、また、佐賀県条例においては、集団示威運動等をなすに当つて「所轄公安委員会に届出なければならない」と規定しており、その表現に多少の相異はあるが、新潟県条例及び神奈川県条例に「その地域を管轄する公安委員会」、また佐賀県条例に「所轄公安委員会」とあるのは、岐阜県条例に「その場所の所在地の区域を管轄する公安委員会」とあるのとその意義を同じくするのであつて、新警察法の施行に伴い何らその規定について改正されていない点も岐阜県条例の場合と同様である。

三、新潟県条例に関する昭和二九年一一月二四日最高裁判所大法廷判決は、被告人山岡貞作外一名が昭和二四年四月八日新潟県高田市内道路上を、朝鮮人など約二、三百名と共に、所轄高田市公安委員会の許可を受けないで集団示威運動を行なつたとの昭和二四年新潟県条例第四号違反被告事件の二審有罪判決につき、被告人側より新潟県条例は憲法第一二条、第二一条に違反するなどの趣旨で上告したのに対し、右条例は憲法に違反するものでない旨判示して、上告を棄却したものである。

また、佐賀県条例に関する昭和三〇年二月一日最高裁判所第三小法廷判決は、被告人三宅秀夫外四名が昭和二五年四月一九日佐賀市内道路上を所轄佐賀市公安委員会に届出をしないで行なわれた集団示威運動に参加したとの昭和二四年佐賀県条例第五二号違反被告事件の二審有罪判決につき、被告人側より佐賀県条例は憲法第一二条、第二一条に違反するなどの趣旨で上告したのに対し、前同様合憲なりと判断した上、「その他記録を調べても刑訴四一一条を適用すべき事由は認められない」と判示して、上告を棄却したものである。

最高裁判所の右二判決は、いずれも昭和二九年七月一日新警察法が施行せられる以前に行なわれた県条例違反事件につき、同法施行後に判決の言渡しがあつたことは明らかであるところ、いずれも主として条例の合憲性が論点とされて居て、同法施行後における条例の有効性そのものに関しては上告趣意書にも記載されていないため、その点についての判断は直接明示されていないのであるが、適用すべき条例が判決言渡し当時有効であるか否かは、当然裁判所が職権をもつて調査すべき事項に属するのであるから、最高裁判所が右各条例違反事件につき原判決の有罪判決を容れて上告を棄却したことは、ひつきよう裁判時において右各条例をいずれも有効であると判断した趣旨をも含んでいるものと認めざるをえないのである。とくに、佐賀県条例に関する右最高裁判決は、その理由の末尾に「その他記録を調べても刑訴四一一条を適用すべき事由は認められない」と判示しているのであるから、当該事件が刑訴法第四一一条第五号にいう「判決があつた後の刑の廃止」に当るか否かの点についても判断を加えたものであつて、本判決は、佐賀県条例の有効なる旨を判示したものというべきである。

なお、刑訴法第四〇五条第二号の「判例と相反する判断」をなしたというのは、必ずしも明示の判例に違反する場合だけでなく、黙示の判例に反する場合をも指すことはいうをまたないが、最高裁判所の判例もこれを認めているところである。

すなわち、昭和三一年六月一三日最高裁判所大法廷決定（集一〇巻六号八四七頁）は、大阪高等裁判所第二刑事部が、「地方裁判所の一人の裁判官のした保釈に関する決定に対する抗告事件は高等裁判所に管轄権がない」旨の決定をなした件につき、検察官より右決定は「従来東京高等裁判所及び大阪高等裁判所において地方裁判所の一人の裁判官の

した保釈に関する抗告事件は高等裁判所に管轄権ありとして裁判をした先例と相反する判断をなしたもので、刑訴四〇五条に該当する」として特別抗告の申立をしたのに対し、「論旨引用の各高等裁判所の判例に違反する」と判示して原決定を取消しているのであるが、検察官引用の高等裁判所の決定は、いずれも地方裁判所の一人の裁判官のした保釈取消決定または保釈請求却下決定に対する抗告事件に関するものであり、地方裁判所の一人の裁判官のした保釈に関する裁判に対する不服申立方法が、刑訴法四一九条の抗告によるべきか、同四二九条の準抗告によるべきか、すなわち、右不服申立について高等裁判所に管轄権ありや否やについて正面からこれに対する判断を示したものではなく、高等裁判所に管轄権ありとの前提に立つて単に保釈の取消または保釈請求却下の当否について審判をした先例にすぎないのであるから、右最高裁判所決定は、黙示的判断を示した裁判例も上告理由の「判例」に当ることを判示しているものというべきである。

さらにまた、昭和三五年四月二八日最高裁判所第三小法廷判決（集一四巻六号八二二頁）は、大阪高等裁判所第二刑事部が、「選挙告示前に行なわれた数個の買収事実は、いわゆる事前運動として包括一罪であるから一審判決がこれに併合罪の規定を適用したのは違法である」旨の判決をなした件につき、検察官より、「同種事案につき福岡高等裁判所及び広島高等裁判所岡山支部が、併合罪の規定を適用した判例の判断に違反する」として上告したのに対し、これを容れて原判決を破棄したのであるが、検察官引用の右判決は、いずれも事前運動における数個の買収事実が包括一罪なりや或いは併合罪なりやの点をとり上げて、真向からこれに対する判断を示したものではなく、併合罪に該当するとの前提に立つて擬律の点で併合罪の規定の適用を示しているに過ぎないのであるから、右最高裁判所判決も、右のような判断を示した裁判例をも上告理由の「判例」に当ることを判示しているものというべきである。

してみると、新潟県条例及び佐賀県条例を合憲なりと判示した前記判決は、たとえ条例の有効性が論点にされていないとしても、いずれもその条例の有効なることについて判断がなされたものと認めるべきである。

以上述べたところによつて明らかなように、最高裁判所の判例は、新潟県条例及び佐賀県条例をいずれも有効なりとして判示しているのであつて、しかも後記第二点に論述するとおり、静岡県条例に関する昭和三五年七月二〇日最高裁判所大法廷判決においても右二判例を変更したものとは認められないのみでなく、右二判例は当然正当なものとして維持せらるべきものであるから、新潟県及び佐賀県の各条例と規定の仕方を同じくする岐阜県条例につき、新警察法施行後効力を失つたことを理由として免訴の言渡しをした原判決は、結局最高裁判所の判例と相反する判断をなしたものというべく、原判決は、この点において到底破棄を免れないものと思料する。

四、原判決は、さらに昭和三二年四月二四日東京高等裁判所第一刑事部の判例にも違反する。

東京高等裁判所第一刑事部は、被告人遠藤総司が昭和二七年六月六日川崎市内の国道上を川崎市公安委員会の許可を受けないで、約一五〇名を指揮して示威行進を行なつたとの川崎市条例（昭和二五年八月二二日川崎市条例第三五号）違反等被告事件に対する一審有罪判決につき、同条例が憲法違反であるとの弁護人の控訴を却けた上、職権をもつて川崎市条例及び神奈川県条例について調査した結果、原判決が昭和二九年一〇月一日廃止された同市条例を適用したのは法令の適用を誤つたものであるとなして、これを破棄し、「神奈川県においては昭和二十五年十一月一日神奈川県条例第六十九号、集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例が公布即日施行されて現在に至つており、その内容は前記川崎市条例と同一であることが明らかであるから、本件犯行当時（昭和二十七年六月六日）は勿論……その後川崎市条例が廃止されるまでの間は、右両条例は併存していたものである。……故に本件については昭和二十九年九月三十日までは両条例のいずれを適用してもいいのであるが、同年十月一日以後は神奈川県条例のみを適用すべきところ……」と判示して、神奈川県条例違反として有罪の判決を言い渡した。

右判示に明らかなように、東京高等裁判所第一刑事部は、新警察法施行前川崎市公安委員会の許可を受けないで、同市内を示威行進した事件につき、同法施行後においてもなお神奈川県条例が有効なる旨判示してこれを適用しているのであつて、新警察法の施行に伴い、警察制度が県警察に一元化され、従来の県、市、町、村公安委員会及び自治体警察が廃止されたが、新警察法の施行は単に警察制度を変更したに止まり、県条例自体の効力には何等影響するところのないことを前提とし、神奈川県条例第一条の「公安委員会」は、新警察法施行後においては新制度の県公安委員会と読みかえるべきであると解した上、同市条例が廃止された後は、当然に同県条例を適用すべきものと判断しているのである。

従つて、原判決が本件の岐阜県条例の場合、新警察法の施行によつて、関市内における示威運動に関する許可機関である関市公安委員会は廃止されたから、今日においては同条例について本件示威運動に関して許可を管掌する行政庁は存在しなくなつたとなし、同条例は第一条に関する限り、現実に作用することのできないものであり、同条の違反を処罰する第五条の罰則も、今日においてはその適用の余地はないと判示しているのは、まさに東京高等裁判所の右判例にも相反するものといわなければならない。

第二点　原判決は、岐阜県条例ならびに刑訴法第三三七条第二号にいう「刑の廃止」について、解釈適用を誤つており、その誤りは判決に影響を及ぼすことが明らかであつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められるから、同法第四一一条第一号により破棄せらるべきものと思料する。以下その理由を論述する。

一、岐阜県条例の解釈の誤りについて

原判決が本件につき免訴の裁判を言い渡した理由の要旨は、前に摘記したとおり、岐阜県条例においては、行進又は示威運動（以下単に示威運動という。）についての許可機関である「公安委員会」は新警察法の施行に伴い廃止され、

同条例一条は「現実に作用することのできないもの」であるから、同条の違反を処罰する五条の罰則も「今日においては適用の余地はなく、効力を失つたもの」というのであるが、右判断は、その判文自体から見て静岡県条例に関する昭和三五年七月二〇日最高裁判所大法廷判決（集一四巻九号一二一五頁）を引用し、これを有力なる論拠としていることが明らかである。

右最高裁判所判決が昭和二三年一二月二一日静岡県条例第七四号違反事件につき、免訴の裁判を言い渡した理由は、昭和二九年七月一日、新警察法（同年法律第一六二号）の施行によつて、市町村の自治体警察及び公安委員会は廃止せられ、前記静岡県条例第二条において本件示威運動に関して許可を所管事項とする静岡市公安委員会も、右警察法の施行に伴つて廃止せられたのであつて、今日においては、同条例において本件のごとき示威運動に関して許可を管掌する行政庁は存在しないことになつたのである。（もつとも、前示警察法は同七九条で同法実施のため必要な事項を政令に委任し、これにもとづき昭和二九年六月一九日政令一五一号警察法施行令が公布され同令附則一九項には、かような警察機構の改変に伴う警察の事務に関する市町村条例の経過措置が規定されたけれども、右の経過規定は、従前、市町村条例によつて自治体警察の機関又は職員の事務とされていた事項に関する経過規定であつて、本件の場合のごとく、県条例によつて市町村公安委員会の事務とされていた事項に関しては適用なきものである。また当裁判所が職権によつて調査するところによれば静岡県において、その後同条例の運用に関し、条例をもつて、右示威運動の許可機関として市公安委員会に代る機関を制定した事実のないこともあきらかである。）

とすれば、右静岡県条例は、少くとも同二条に関するかぎり、死文化したものというの外なく、従つて同条の違反を処罰する同六条の罰則も今日においてはその適用の余地はなく効力を失つたものといわなければならない。すなわち本件公訴にかかる犯罪事実については、刑訴三三七条二号にいわゆる「刑が廃止された」一場合に該当するものと解