くは役務の購入費を支弁する為の本邦通貨による支払いは右禁止規定より除外する法意であつて原判決の如く「当該非居住者から居住者に対する支払及び居住者の受領」に限定する理由は認められない。

これは同法第二項の記載が「前項第二号から第四までの規定は左に掲げる行為については適用しない」となつていることよりも当然の解釈と言わねばならない。

以　上

昭和三六年(あ)第二七〇六号

判　決

本　籍　京都市左京区岡崎真如堂前町三番地

住　居　同市中京区坊城通仏光寺東入壬生賀陽御所町四四番地

会社重役

深　井　良　石

明治四二年四月一五日生

右有価証券偽造、同行使被告事件について昭和三六年九月二五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判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人三木今二、同千森和雄、同大塚正民の上告趣意は、判例違反をいうけれども、原判決が論旨引用の刑事判例と相反する判断をしたものとは認められない。また論旨引用の民事判例は本件と事案を異にし適切でなく、その余は単なる法令違反ないし事実誤認の主張であつて、適法な上告理由にならない。

なお、原判決の確定するところによれば、被告人が本件約束手形を作成した当時、「株式会社三和カタン糸製造所」は設立準備中であつて法人としては実在せず、その発起人代表たる安藤弘一郎は右会社の代表取締役に就任していなかつたのであるから、被告人が、たとい右安藤の承諾を得たとしても、右事実を知りながら行使の目的をもつて、振出人を「株式会社

昭和三八年一二月六日判決　昭和三六年(あ)第二七〇六号

昭和三八年一二月六日判決　昭和三六年(あ)第二七〇六号

三和カタン糸製造所代表取締役安藤弘一郎」と表示し、その印を押捺して、いかにも実在する右会社が振出したものと誤信させるような約束手形を作成するときは、架空の会社の代表資格を冒用したものとして、有価証券偽造罪が成立するものというべきである。この点に関する原判断は正当である。

その他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。

昭和三八年一二月六日

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　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和三六年(あ)第二七〇六号

弁護人三木今二、同千森和雄、同大塚正民の上告趣意

第一点　原判決には最高裁判所の判例と相反する判断をした重大な違法がある。

一、本件は、被告人が予め当時設立中であつた「株式会社三和カタン糸製造所」の発起人代表安藤弘一郎の承諾を得て、「株式会社三和カタン糸製造所代表取締役安藤弘一郎」名義で本件約束手形四通を作成した事案である。

そして第一審判決も認めるように「株式会社三和カタン糸製造所は本件手形が作成された当時、安藤弘一郎を発起人代表として設立手続を終末ちかくまで進め、会社成立後は同人をその代表取締役に就任させることとなつていたことが認められるから設立登記はなされていなかつたとはいえ、社団としての実体はすでに存在していたものとなし得られるが故に結局法人としての株式会社三和カタン糸製造所は未だ存在していなかつたとしても、人格なき社団としての設立中の会社である株式会社三和カタン糸製造所は実在し、安藤は前述の発起人代表としてさような社団である設立中の右会社を代表し得べき権限を有していた」のである。

ところで原判決は被告人を有罪と認定した理由を次のとおり判示している。すなわち

「右会社は当時未登記であつたのであるから（右会社は株金の払込がないため結局設立されなかつた）代表取締役名義を用いて手形を作成すれば、情を知らない手形取得者をして、あたかも同会社が、設立登記を完了していて法人として実在するもののように誤信させる虞があつて、取引の信用を害すること明白である。所論の如く発起人代表が設立中の会社を代表して手形行為をなす権限があるとしても、設立中の会社を代表して行うことを明示することなく、すでに設立されている会社の振出した手形と誤信させるような代表取締役名義を用いて手形を作成する行為は有価証券偽造罪を

被告人　深井良石

構成するものといわなければならない。」と。

右の判示によれば、およそ発起人が設立中の会社を代表して作成する権限のある文書（有罪証券を含む）であつても、設立中の会社を代表して作成することを明示せず、成立後の会社と共通する代表者の名称を用いて作成したたけで文書偽造罪を構成することになつて社会常識にも反し、吾人の素朴な法意識からしても到底納得できない。

二、原判決が右の如き理由のもとに有価証券偽造罪の成立を認めたのは本件手形の作成名義者は既に実在し、且つ発起人代表が現にこれを代表して手形行為をなす権限を有する設立中の会社（人格なき社団）ではなくて未だ存在せざる設立後の会社（架空の法人）であるとの判断に立脚していることが明らかである。原判決も「原判決（第一審判決）が設立中の会社名義を冒用したとして説明したのは誤りであるといわなければならないが云々」と述べてこれを裏書している。

しかしながら原判決の右の如き判断は明らかに左記最高裁判所の判例の判断と相反する。

(1) 昭和二八年(あ)第一四八一号同三四年六月一二日第二小法廷判決（刑集一三巻六号九三七頁）

(2) 昭和三二年(オ)第七八三号同三六年一〇月一〇日第三小法廷判決（判例時報二七九号二五頁）

左に右各判例を原判決と対比しつつその理由を詳述する。

(1) 昭和二八年(あ)第一四八一号事件の判例

右判例は被告人が染谷定吉なる者の承認を得ずして染谷定吉が徳島商事株式会社の代表者として国から国有財産の売払を受くる旨の関東財務局千葉財務部長宮川正純と徳島商事株式会社代表者染谷定吉間の国有財産売買契約書一通を作成したが、当時右会社はすでに設立登記手続を行うばかりになつてはいたものゝ右登記手続は完了していなかつたという私文書偽造被告事件に関するものである。判旨は弁護人の上告論旨、すなわち「本件国有財産売買は徳島商

事株式会社に対してなされたのであり該契約書の名義人は同会社自体であつて、染谷定吉個人ではない。しかるに名義人である徳島商事株式会社は架空のものである。同会社が架空のものである以上、同会社代表者なるものの存在するいわれもない。従つて又同会社『代表者染谷定吉』も架空のものに過ぎないので、原判決は架空者の名義を冒用したものとして本件私文書偽造罪を認定したものといわなければならない。しかるに我国の従来の判例は私文書偽造罪の成立には名義人の実在することを必要とする立場をとつているので、原判決はこれらの判例に違反したものである」との主張に対し、次のように判示して上告を斥けている。

すなわち「私文書偽造罪において、冒用された文書の作成名義者が実在しない場合でも、それだけの理由で文書偽造罪の成立を否定すべきものでなく、その文書が真正の文書として誤信される危険を有し、文書の公正を害するおそれある場合には名義者の実在しない場合でも私文書偽造罪の成立を妨げないことは当裁判所の判例とするところであり（昭和二七年(あ)第一三四二号、同二八年一一月一三日第二小法廷判決、昭和三八年(あ)第二五八七号、同三〇年五月二五日大法廷判決参照）、所論徳島商事株式会社は、原判決の確定するところによれば、現に設立準備中の会社であつたというのであつて全然架空のものというのではなく、被告人は右会社代表者染谷定吉（実在人）の名義を冒用して本件文書を偽造したというのであるから、原判決が右被告人の所為を文書偽造罪に問擬した点について、所論のような違法ありとすることはできない」と。

右売買契約書を原判決の前記判示に従えば設立中の会社を代表して作成することを明示することなく、すでに設立されている会社が作成した契約書と誤信させるような代表者名義を用いて作成されていること本件手形と異るところはない。ところが判旨は明らかに右契約書の作成名義者（被冒用者）を設立後の――従つて架空の――徳島商事株式会社とは見ておらず、設立中の――従つて実在する徳島商事株式会社なりと判断しているのである。蓋し、右売買契

約書の作成名義者を未だ存在せざる設立後の徳島商事株式会社と見るならば、架空名義の冒用として処断すれば足り、敢て設立中の会社としての右会社の存在を認める必要はなくましてや「右会社代表者染谷定吉（実在人）の名義を冒用して」などと会社代表者の承諾の有無を問題にする要はさらに存しないからである。

そして右判旨はこれを卒直に理解する限り設立中の会社名義の文書に関する偽造罪の成否は一般偽造罪の原則通り一にかゝつて、設立中の会社代表者の承諾の有無に存することを判示したものと解せられる。

(2) 昭和三二年(オ)第七八三号事件の判例

右判例は訴外新生興業株式会社の監査役で、近くその代表取締役に就任する予定の被上告人が、未だ商号変更および代表取締役選任の株主総会の決議を経ざる間に変更予定の新商号広島鋳材株式会社の代表取締役名義で手形を振出したところ、その後に至つて右会社は株主総会を開催して前記趣旨の各変更決議を経て、変更登記もなし被上告人の手形行為をも追認したが該手形所持人たる上告人より被上告人に対し、手形法第八条により手形金を請求した民事事件に関するものである、判旨は上告人の請求を排斥した原判決を支持してその理由を次の如く述べている。

すなわち「商号変更の前後における法人格は同一なのであるから、右会社が登記上は新正興業株式会社名義で法人格を備えつゝ、社会的には広島鋳材株式会社名義で本件各手形振出前既に三ヶ月余にわたつて取引活動をして来た一企業体として実在したものであることを肯定することができる。それゆえ、所論のように振出当時広島鋳材株式会社は虚無の会社であつたということはできない。そしてこの実在する会社に対する被上告人の代表権限は振出当時には存在しなかつたのであるけれども本人たる会社がその後に追認したのであるから被上告人個人に振出人としての責任を帰することはできない」と。

原判決の如く手形面の記載だけから厳格に解すればこの手形の如きはその作成名義者たる広島鋳材株式会社という

会社は右手形作成当時には未だ存在しなかつたのだから架空名義の手形とも言えそうである。しかし判旨はあくまでも実体に則して右手形の作成名義者は広島鋳材株式会社という会社であると判断したのである。手形面の振出人の商号の記載と実在する振出人の正式商号が全然違つている右の如き事案においてすら然りである。ましてや手形面の振出人の商号の記載「株式会社三和カタン糸製造所」は実在する設立中の会社の商号そのものである本件において、手形の作成名義者を未だ存在せざる成立後の株式会社三和カタン糸製造所と解した原判決の判断の誤つていることはきわめて明白である。

三、右に述べたように、設立中の会社の代表者である発起人代表が、ことさらに設立中の会社のためにすることを明示することなく、代表者乃至代表取締役という肩書を用ひて手形を振出した場合でも該手形の作成名義者はすでに実在する設立中の会社そのものであり、未だ存在せざる設立後の会社でないとするのが従来の最高裁判所の判例である。

また左記学説もひとしく右見解を支持している。

(イ) 北沢正啓「設立中の会社」株式会社法講座一巻二二七頁

(ロ) 大隅健一郎「株式会社の成立と権利義務の帰属」私法学の問題(二)石田文治郎先生還暦記念論文集二六頁

(ハ) 遠田新一「判例批判」民商法雑誌四〇巻五号一〇二頁

原判決の判断が最高裁判所の判例及び学説と相反し、誤つていると認定される以上、被告人の所為が有価証券偽造罪を構成するか否かを判断するに当つては、当然株式会社三和カタン糸製造所の発起人代表である安藤弘一郎が、右設立中の会社を代表して手形行為をなす権限を有していたか否かを審究する必要を生ずる。

ところで安藤弘一郎は設立中の会社「株式会社三和カタン糸製造所」の発起人代表として右設立中の会社のために一般的に手形行為をなす権限を有していたものといわなければならない。蓋し発起人代表は、会社設立のため必要な創立

事務所の借入れ、事務員の雇入れ、定款、株式申込書等の印刷等を行うに当つて金銭取引、ひいては手形を行うことも
また会社にとつて必要な行為であり、当然発起人代表は設立中の会社を代表して手形を作成する権限を有すること明白
であるからである。而して安藤弘一郎が一般的に手形行為をなす権限を有する以上、その権限を濫用したとしても有価
証券偽造罪を構成するものでないこと、大審院大正一一年一〇月二〇日の刑事聯合部判決の趣旨からも明らかである。
なおこの点に関する弁護人らの主張の詳細は末尾に添付する弁護人三木今二の控訴趣意書第二点、同千森和雄の控訴趣
意書第一点記載のとおりであるからこれを援用する。

四、次ぎに、若し仮に百歩を譲つて本件手形振出行為が安藤弘一郎の権限外の行為であると認定される場合を仮定すれ
ば、被告人を有価証券偽造罪をもつて処罰するには、さらに改めて被告人が右事実を認識していたか否かを証拠によつ
て認定しなければならない。

ところが、被告人は安藤弘一郎の承諾を得たからこそ、本件手形を振出したのであつて、右安藤の諒解は全くその権
限内のものであることを信じていたのである。すなわち「事実の錯誤」であつて本件手形を偽造する故意は存しないの
である。

なおこの点に関しての弁護人らの主張の詳細は末尾添附の弁護人三木今二の控訴趣意書第三点、同千森和雄の控訴趣
意書第二点記載のとおりであるから援用する。

しかし原判決は「弁護人の主張する本件手形振出行為が安藤弘一郎の権限外の行為であるとの事実について被告人に
故意がなかつたとの点（弁護人三木今二の控訴趣意第三点）については当裁判所の前示法律見解に従えばかような故意
を必要としないこと明白であるから理由がない」と述べて右犯意の有無についての事実認定をしていないが「前示法律
見解」が最高裁判所の判例と相反し誤りである以上「かような故意を必要としない」との判断もまた当然誤りといわな

ければならない。

以上の理由により原判決は破棄を免れないものと確信する。

以　上

控訴趣意書

被告人　深井良石

右の者に対する有価証券偽造同行使被告事件につき、次の通り控訴趣意を陳述する。

第一点　（略）

第二点　原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令解釈の誤りがある。

原判決は「本件各手形の作成が罪となるか否かは、安藤弘一郎が、右各手形に表示の株式会社三和カタン糸製造所を代表してかような約束手形を振り出し得べき権限があつたか否かにかかるもの」として「設立中の会社の唯一の目的は、完全な株式会社となすことにあるのであるから、その執行機関たる発起人代表の権限も、そのために必要な行為のみに限られるというべきであつて、それには、法によつて直接定められているものはもとより、これらと密接不可分の関係に立つ行為、すなわち、設立事務所の借入れ、設立事務員の雇入れ、定款、株式申込書等の印刷、株主募集の広告を委託する行為など、経済上会社の設立に必要とみとめられる行為も含まれるのであるがこれに反し、株式会社を成立せしめるために必要でない行為は、発起人代表の権限に属しないものといわなければならない。そして本件各約束手形が融通手形であることは前認定の通りであるから、それの振出行為が、右会社の設立につき必要でない行為であることはいうまでもなく、設立中の会社たる株式会社三和カタン糸製造所の発起人代表者である安藤には、右設立中の会社を代表して、このような手形を振り出し得べき権限はなかつたことが明らかであるから」被告人は右各手形偽造の責任を免れないとしている。

ところで、右判旨からうかがえることは「設立中の会社たる株式会社三和カタン糸製造所の発起人代表である安藤には、右設立中の会社を代表して」手形そのものを振り出し得べき権限がなかつたというのではなく、融通手形を振り出し得べき権限がなかつたということである。

いわゆる設立中の会社の執行機関である発起人の権限を、右判旨の如く狭く解すること自体に、すでに異論があるが（この点に関し、大隅健一郎「株式会社の成立と権利義務の帰属」石田文治郎先生還歴記念論文集「私法学の諸問題」㈡所載、北沢正啓「設立中の会社」田中耕太郎編「株式会社法講座」第一巻所載）、この点はしばらく措くとしても、原判決はとにかく、安藤弘一郎が、設立中の会社を代表して手形を振り出す権限一般を否定しているものではないことは明らかである。

そして、原判決のかかる態度は基本的には正しいのである。すなわち、設立中の会社の執行機関である発起人が、既に会社が成立しているかのように、成立後の会社取締役の肩書を用いて行為をした場合、かかる行為は、設立中の会社の実体に則して、設立中の会社の名における行為と同様に取扱われるべきものと解すべきものであることは、学説判例の等しく認める所である（北沢「前掲書」二百二十七頁、大隅「前掲書」二十六頁、遠田新一「民商法雑誌」四十巻五号百二頁。判例としては、最高裁昭和三十三年十月二十四日民集十二巻十四号三千二百二十八頁。事案は、発起人が設立後の会社名義で、会社設立に関する行為に属しない契約――プロ野球試合請負契約――を締結した。最高裁は「本件契約は、会社の設立に関する行為といえないから、その効果は、設立後の会社に当然帰属すべきいわれなく」と判示しているところからすると、逆に「会社の設立に関する行為」であれば「その効果は、設立後の会社に当然帰属する」と解していると見るべきである）。

原判決は、学説、判例の右のような立場を踏まえて、本件各手形は融通手形であること、つまり本件各手形が、会社の設立に関する行為に属しないものを原因として振り出されたこと（この点も疑問である。そもそも本件融通手形の交換は、安藤弘一郎が、株式会社三和カタン糸製造所の設立資金を得るためになされたものである）から、かかる手形を振り出す権限は安藤になかつた。従つて偽造であると論じているのである。

しかし、この点、原判決は明らかに法令の解釈を誤っているものである。右安藤にとにかく手形を振り出す権限があつたと解する以上、たまたま本件各手形が融通手形であつたとしても、すなわち、その原因行為が（原判決の理論によれば）安藤の権限外のものであつたとしても、有価証券偽造罪は成立しないことはすでに判例の認める所である。

大審院大正十一年十月二十日（刑集一巻五百五十八頁）は「他人の代表者又ハ代理人カ其ノ代表名義若ハ代理名義ヲ用イ又ハ直接ニ本人ノ商号ヲ使用シテ文書ヲ作成スル権限ヲ有スル場合ニ偶々其ノ地位ヲ濫用シテ単ニ自己又ハ第三者ノ利益ヲ図ル目的ヲ以テ擅ニ其ノ代表若ハ代理名義又ハ直接ニ本人ノ商号ヲ用イ文書ヲ作成シタルトキト雖文書偽造罪ハ成立スルモノニ非ス」と判示しているし、大審院大正十二年二月二日（新聞二千九十二号二十一頁、評論十二巻刑法十三頁）も右と同趣旨である（なお、この点に関し、原審における千森弁護人の弁論要旨を参照）。

つまり、本件のように抽象的には権限を有する者が、その権限を濫用した場合（もつとも、本件の場合、そもそも濫用といえるかも疑問）には、横領罪とか背任罪とかに問擬するは格別、他人名義の冒用として有価証券偽造罪を以て論ずべきではないのである。

そもそも、設立中の会社の執行機関たる発起人の権限の範囲に関して、ある程度の制限が必要とされるのは「発起人の権限濫用により、設立されるべき会社に負担がかかることを極力防ぐことが、株式会社設立法規の立法目的の主要なものであるから（田中誠二「会社法」上巻八十二頁）」なのである。つまり発起人の権限濫用に関しては、刑法上、横領罪あるいは背任罪等を以つてのぞむことも出来るが、なお民事上、発起人の主観的意図（会社のためであろうと、私利私慾のためであろうと）を問うことなく、一律にかかる制限を付することによつて、右趣旨を徹底せんとする、いわば純粋に民事的な考慮に過ぎないものである。しかも、その民事的な考慮そのものに関してさえ、前述のように、学説に争いがあるのである。原判決は、その一説をとつて、本件各手形振出行為を安藤弘一郎の権限外の行為としているのであるが、これ

は民事上の概念を直ちに刑事上のそれに無批判に流用した結果である。

仮りに、ある発起人が、専ら会社のためを考えて、会社の成立以前に、会社の名である取引をしたとして見よう（この前掲最高裁昭和三十三年十月二十四日の事案もその一例である）。

ような形式の取引は世上往々にして見られる。

そしてその際、契約書とか手形とかが作成された場合、民事的には、このような行為も設立後の会社の追認なくしては、会社に帰属しないと構成しても余り不都合はない。なんとなれば発起人の意図が、もつぱら会社のためということにあつた場合には、設立後の会社は、必ずや右行為を追認するであろうからである（東京高昭和三十三年三月二十日下民九巻三号四百五十七頁は、発起人が設立中の会社のために将来の営業所を賃借するのは発起人の権限に属しないので、会社が成立しても、当然に会社に対し効力は生じないが、設立後の会社が同会社の名において、その営業のために、その建物を使用しているときは、反証のない限り、その権利義務は、新会社に引きつがれたものとしている。田中誠二博士はこの場合、本人たる会社の追認があつたものと解される「前掲書」八十三頁）しかるに、この理論をそのまま刑事に持込むと、極めて不当な結果になる。つまり、そのような場合、発起人の主観的意図に関係なく発起人は常に文書偽造あるいは有価証券偽造の責任を免れないからである。これは将に、角をためて牛を殺すの類いに外ならない。そこで、前述のように発起人の権限に制限を加えることが、専ら民事上の考慮として発起人の権限濫用を防止するために、発起人の主観的な意図はさておいて、とにかくそのような危険を伴う行為に近ずいてはいけない（どこまで近ずいていいかについては、前述のように学説に争いがある）ということにあることを考えれば、実際には、敢えてそのような行為をなすものが多数存することは事実なのであるから（前掲諸判例）、刑事上の考慮としては、具体的場合に、果してその者がいかなく意図でそのような行為をなしたか、つまり抽象的権限を有する者が果してその権限を濫用したか否かを問題として、横領罪あるいは背任罪に問擬すべきものなのである。されば、この点に関し、原判決は重大な法令解釈の誤りを犯しているものである。

第三点　原判決には、適用法令の解釈を誤り、ひいては審理不尽ないし事実誤認の違法がありこれは判決に影響を及ぼすことが明らかである。

右第二点で述べた如く、本件各手形振出行為は具体的権限の濫用か否かを論ずる余地はあるとしても、一応抽象的権限内の行為であるから、他人名義の冒用は存せず、従つて有価証券偽造罪は成立しないものであるが、仮りに百歩ゆずつて、本件各手形振出行為が、抽象的権限外の行為であるとしよう。

一般に犯罪の成立には故意が必要とされる。従つて本件において有価証券偽造罪が成立するものとすれば、客観的に本件各手形振出行為が安藤弘一郎の権限外の行為であるという事実の外に、主観的に被告人が右事実を認識していなければならない筈である。

被告人は安藤弘一郎の諒解を得たからこそ、本件各手形を振り出したのであつて、右安藤の諒解は全くその権限内のものであることを信じていたことは本件記録によつて明らかである。つまり、仮りに本件各手形振出行為が安藤の権限外の行為であるとしても、被告人は「安藤の権限内の行為」であると誤信していたのである。

このような場合を、いわゆる「事実の錯誤」あるいは「構成要件の錯誤」ということで、故意を阻却するものと解するのが一般である（この点に関し福田平「違法性の錯誤」二百十八頁以下）。例えば、民法の誤解によつて「他人の」ものでなく「自己の」ものだと誤信していたときは、それは「法律的事実に関する錯誤」で「事実の錯誤」であるとされているが（団藤「刑法綱要」二百二十九頁）、本件も、将にこの事例に外ならない。原判決は、まず客観的に、本件各手形振出行為が安藤の権限外の行為であることを認定したまでであつて、いわば商法の解釈論以上に出る所はない。すなわち、被告人に故意が存したかについては何ら審理していないのである。

もつとも、原審において、弁護人は明確にはこの点を主張していないことは事実であるが、本件はもともと被告人が安

藤弘一郎の諒解得ることなしに本件各手形を振り出したものとして起訴されたものであり（だからこそ、安藤自身は訴追されていないのである）、次いで株式会社三和カタン糸製造所が、当時まだ設立中であつたことから、設立中の会社は虚無人であり、従つて虚無人名義の手形は、何人といえども振り出すことが出来ず、たとえ安藤の諒解があつたとしても、有価証券偽造罪の成立には消長をきたさないという趣旨に変つたものである（検察官論告要旨を参照）。

そこで弁護人としては、専ら右の二点、すなわち、安藤弘一郎の事前諒解の有無並びにいわゆる設立中の会社の法的性質についてだけ弁護すれば足ると解したのである。

しかるに原判決は、右二点に関する弁護人の主張を全面的に認めながらも、突如として、設立中の会社の執行機関たる発起人の権限をきわめて限定的に解した上、直ちに被告人に故意あるものと認定して、有罪の言渡をしたのである。

しかし、本件記録からも明らかなように被告人は当初から「安藤弘一郎の諒解のもとに」本件各手形を振り出した旨供述しているのである（冒頭陳述）。従つて、右供述の中には、「右安藤の諒解は適法なものと信じた」旨の弁解があると見るべきは当然である。しかるに、原判決が、右諒解が客観的に適法でなかつたと認定しただけで、直ちに被告人の犯意を認めたことは「結局刑法三十八条一項の解釈適用を誤つた結果、犯意を認定するについて審理不尽の違法があるものといわざるを得ない。そして右違法は事実の確定に影響を及ぼすべきものである（最高裁昭和二十六年八月十七日刑集五巻千七百八十九頁。なお最高裁昭和二十四年四月二十三日刑集三巻六百十頁）」。

右いずれの点からするも、原判決は破棄さるべきものである。

昭和三十五年十月五日

大阪高等裁判所第二刑事部　御中

右弁護人　三　木　今　二

昭和三五年(う)第一二九九号

控訴趣意書

被告人　深井良石

右の者に対する有価証券偽造行使被告事件につき弁護人千森和雄は控訴の趣意を左記の通り陳述する。

第一点　原判決は本件各手形はいずれも被告人が設立中の会社「株式会社三和カタン糸製造所」の発起人代表である安藤弘一郎の承諾を得て振出したものであることを認めながら被告人の所為に対し、刑法第一六二条第一項及び同法第一六三条第一項を適用し有価証券偽造並に行使罪の成立を認めたのは法令の適用を誤つた違法があり且つその誤が判決に影響を及ぼすことは明らかである。

この点につき原判決は「設立中の会社の唯一の目的は完全な株式会社となすことにあるのであるから、その執行機関たる発起人代表の権限も、そのために必要な行為のみに限られるというべきであつて、それには法によつて直接定められているものはもとより、これらと密接不可分の関係に立つ行為（中略）も含まれるのであるが、これに反し、株式会社を成立せしめるために必要でない行為は、発起人代表の権限に属しないものといわなければならない」と説示した上「本件各約束手形が融通手形であることは前認定のとおりであるから、それの振出行為が、右会社設立につき必要な行為でないことはいうまでもなく、設立中の会社たる株式会社三和カタン糸製造所の発起人代表である安藤には、右設立中の会社を代表してこのような手形を振出し得べき権限はなかつたことが明らかである。そうすると被告人は設立中の会社である株式会社三和カタン糸製造所の代表者資格を冒用して本件各手形を偽造したものであつて、右各手形の偽造の責任を免れないものとすべきである」と判示している。

然しながら原判決の右判断は誤つている。

左にその理由を詳述する。

一、或団体の代表者がその代表名義を用いて手形を作成する権限を有する以上、作成された手形が如何なる実質関係（原因関係）に基いて作成されたかということは有価証券偽造罪の成否に関係がない。

先ずこの問題を考えるに当つては広義における文書の中における手形の特殊性に着目しなければならない。手形は文書の一種であるが、一般の文書とは違つた特殊な文書である。一般の文書（私文書公文書を含めて）は形式内容は一定せず従つてその文書の表現する意識内容も千差万別である。借用書、売買契約書の如き法律行為を表現するものから単なる事実を表現するものに至るまで種々様々である、然しこれらの一般の文書は内容の如何を問わず実質関係即ち具体的な生の事実をそのまゝ表現している、これに対し手形はその形式内容が法律上定型化されており（手形行為の定型性）一定の人が一定の期日に一定の場所で、一定の金額を支払うことを約し（約束手形の場合）又は或人に支払を委託する（為替手形の場合）旨の記載あるにとゞまり手形債権という実質関係から切り離された一種の抽象的な金銭債権を表象する。手形の振出裏書その他の手形行為は通常何らかの実質関係（原因関係）を前提としてなされるが、そのような実質関係は手形の記載自体からは判らないばかりでなく、これが存否及び効力は手形の効力自体とは全く無関係であるとされる。（手形行為の無因性又は抽象性）言うまでもなくこれらの特性は手形が流通証券、有価証券たるの機能を果すために認められているものである。

ところで、団体の代表者について手形の偽造罪の成否を論ずるに当つて重大なことは一般の文書にあつては、文書作成行為そのものは事実行為に過ぎず、文書が表現する意識内容たる実質関係（消費貸借売買等の）と切り離しては法律上意義を認め得ないのに対し、手形にあつては、手形作成行為そのものがその前提たる実質関係と切り離されて一箇の独立した法律行為として独自の法律効果が認められることである。従つて一般の文書にあつては一般的抽象的な文書作

成権限なるものを考えることはできないのに対し手形にあつては実質関係と切り離して一般的抽象的に手形作成権限なるものと認め得るのであり、又認めなければならない。

例えば売買契約書を作成する権限は売買契約締結の権限と切り離しては考え得ないが、手形を作成する権限は売買契約締結の権限と関係なく、それとは別個に存在する。第三者もその手形が果して売買代金支払のために作成された手形か将亦融通手形かは手形面に記載されていないから判別することは不可能である。若し、手形作成権限を実質関係から切り離して考え得ないとすれば、団体の作成者が作成した手形と雖も、その真偽は一々その実質関係を確めることとなしには判別し得ざることとなり手形流通の安全は保障できない。然らば抽象的な手形作成権限とは何か、手形は金銭取引の手段であるから、手形の作成権限は金銭の支払権限と密接不離の関係にあり、他人のために金銭を支払う権限の存するところに手形を作成する権限も亦存するものと解すべきである。従つて団体の代表者は常に団体のために手形を作成する権限を有するものと解さなければならない。

よつて団体を代表して手形を作成する権限のある者が、代表資格を用いて作成した手形である以上、その前提たる実質関係即ちいかなる事情の下に手形が作成され手形作成者がかゝる事情の下に当該手形を作成する権限があつたか否かは手形の効力自体に関係はなく、手形はその名義人たる団体に対して当然効力を生ずるものといわなければならない。

会社の代表者が単に自己又は第三者の金融の利益をはかるために融通手形を振出しその結果会社を破滅に陥れ株主や債権者を泣かせる事例は枚挙にいとまないがこれを背任罪と問擬するは格別、手形の偽造罪に問うた事例は知らない。

この場合の手形行為の前提たる実質関係は自己又は第三者のためのみにする信用の供与であるから、手形作成の原因関係にまで遡れば仮令会社が設立され営業を開始していても、会社の代表者はかゝる手形を振出す権限はなく権限濫用の責は免れない、しかしこのような手形と雖も会社の代表者は一般的な手形作成権限を有するが故に勿論有効でありそ

の効果は会社に帰属する。

然らば一般的に手形作成権限を有する団体の代表者が代表者資格を用いて作成した手形である以上、それが如何なる実質関係に基いて作成されたものであつても形式的に作成名義の冒用はない。手形の偽造罪が成立するや否やは一にその名義として他人の名義を冒用したるや否やの形式によつて決せらるべきものであるから、全然手形面の記載にも存しない手形作成の実質関係は同罪の成否に全く関係がないことは明らかである。

二、安藤弘一郎は設立中の会社「株式会社三和カタン糸製造所」の発起人代表として右設立中の会社のために一般的に手形を作成する権限を有していたものである。

原判決は安藤が右設立中の会社のために抽象的、一般的に手形の作成権限があつたか否かについては一言も触れずして、一挙に本件の如き融通手形を振出し得べき権限はなかつたと判断したのは重大な誤りである。

設立中の会社は法人格こそ有しないがその実体は社団であり代表機関である発起人総代の行為によつて活動し、その行為の効力が実質的に設立中の会社に帰属することについては、法人格を有する設立後の会社や社団法人と異るところはない。

本件手形振出当時株式会社三和カタン糸製造所が既に右の如き設立中の会社という一箇の社団として社会にその存在が認められていた以上、当然一箇の経済単位として他人と金銭取引をなし得べき道理である。然らば金銭取引の一手段たる手形行為もまた当然なし得て然るべきである。然らば設立中の会社の代表機関である発起人代表安藤は右会社の行為能力の範囲内で包括的な代表権限を有する以上、手形行為についても当然権限を有していたものといわねばならない。（東京大学商法研究会編商事判例研究昭和二十五年度一二五頁、我妻栄民法総則一一六頁、石田文次郎民法研究「権利能力なき社団」四五頁参照。）

設立中の会社の行為能力の範囲及び発起人代表の権限の範囲について――特に営業行為乃至は営業準備行為をなしうるか否かについて――は学説上議論の存するところである（田中耕太郎編株式会社法講座第一巻所載、北沢正啓「設立中の会社」石田文次郎還歴記念論文集私法学の諸問題二所載、大隅健一郎「株式会社の成立と権利と帰属」に詳しい。）が、一応我国の判例通説に従い「会社の設立に必要な行為及びこれと密接不可分の行為に限られる」との原判決の見解は正しいとしておこう、然しながらこれを原判決の言う通り右の範囲に限定しても設立中の会社が経済社会における一単位として活動する以上、金銭取引ひいては手形行為も亦、右会社にとつて必要な行為乃至はこれと密接不可分の行為であるから、当然発起人代表は右会社を代表して手形を作成する権限を有することは明らかである。（例へば設立中会社が創立事務所を借りるための権利金又は家賃の支払、書類の印刷費の支払等を考えれば明らかである）

三、発起人総代安藤が設立中の会社株式会社三和カタン糸株式会社のために手形を振出す形式として「株式会社三和カタン糸製造所代表取締役安藤弘一郎」の名義を用いても違法ではない。

通常発起人総代が設立中の会社のために法律行為をなすには「何々株式会社発起人総代何某」という形式を用いることが多いであろうが、発起人総代が代表取締役に就任することが予定されているような場合には「何々株式会社代表取締役何某」という形式を用いることも当然ありうることであり、又実際にも往々行われているところである。（前掲北沢正啓「設立中の会社」二二七頁、大隅健一郎「株式会社の成立と権利義務の帰属」二六頁（註一）参照。）

勿論厳格にいえば、創立総会及び取締役会において選任されるまでは代表取締役ではないが、同一会社の代表資格を表示する点において発起人総代の資格を用いる場合と差異はないから違法とは考えられない。

第二点　原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな事実の誤認がある。

原判決は「被告人は（中略）当時株式会社三和カタン糸製造所が未だ設立中で法定の登記をしておらず安藤弘一郎がそ

れの発起人代表となつているに過ぎないことを知りながら」本件各手形を作成したと認定している。

然しながら本件各手形作成当時安藤が発起人代表に過ぎないことを被告人が知つていたという証拠は全くない。却つて被告人は第二十回公判において本件手形を作成する一、二ヶ月前に小林大が、株式会社三和カタン糸製造所の重役に就任するについての被告人の承諾を求めに来た（被告人は当時日興繊維株式会社の専務取締役、小林は取締役であつた）時に初めて同社の存在を知つた旨を供述している、更に亦小林証人（第六回公判）及び安藤証人（第七回公判）の各供述によれば右会社の設立手続は実際にも株金払込さえすれば何時でも設立登記をなし得る段階にまで進んでいたことが明らかであり、原審裁判所においては安藤に対し設立登記申請書の提出も命じた位である。（第九回公判調書参照、後日安藤行方不明のため提出させることができなかつた。）

又被告人は右会社設立手続には全然干与していなかつたことも明らかな事実である。従つて設立の経過については小林又は中野から聞いて知る外ない、ところが本件手形作成の一ヶ月も前に重役の就任について小林から承諾を求められた位であるから其後特に右両名のいづれかゝら話を聞かない以上は中野が取寄せた「代表取締役安藤弘一郎」なる印鑑を見た時に既に会社は設立され、又安藤弘一郎が代表取締役に就任しているものと思うのは当然のことである。小林、中野の両名が設立登記未了の事実を被告人に語つたか否か又その時期は何時かという点については三木弁護人の控訴趣意書第一点に詳しいから省略する。

然し設立登記がすんでいないことは直ちに代表取締役の選任もすんでいないとは言えないから被告人が安藤は発起人代表に過ぎないことを知つていたと認定するには別に証拠が必要である、ところが安藤が代表取締役に選任されていないことを被告人が知つていたという証拠は全く存しないから、この点原判決は証拠によらずして事実を認定した違法がある。

被告人が安藤が前記会社の代表取締役であると信じて本件手形を振出したとすれば偽造の犯意なきこと明らかである。

以上いずれの点からするも原判決は破棄されるべきものと信ずる。

昭和三十五年十月十日

右弁護人　千　森　和　雄

大阪高等裁判所

第二刑事部御中

昭和三七年(あ)第二〇九号

判　決

本　籍　長野県上伊那郡箕輪町大字中箕輪二一六四番地ロ号

住　居　岡谷市新屋敷四八六二番地

自動車運転者

中　田　勇　雄

大正九年二月二〇日生

右業務上過失傷害被告事件について昭和三六年一二月五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判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人林百郎の上告趣意第一点について。

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。

同第二点について。

所論は憲法一四条違反を主張する。けれども、原判決は、被告人が業務上必要な注意を怠つたことを認定して過失責任を認めたのであつて、被告人が自動車運転者なるが故に苛酷な業務上の注意義務を負わせたものではない。そして人が一定の業務に従事しているということは、その人の属性による刑法上の身分であつて、憲法一四条の社会的身分といえないこと

昭和三八年一二月六日判決　昭和三七年(あ)第二〇九号

は、判例の趣旨により明らかである（昭和二五年(れ)一二一九号同二六年八月一日大法廷判決、刑集五巻九号一七〇九頁・昭和三〇年(あ)四八〇号同三二年三月二六日第三小法廷判決、刑集一一巻三号一一〇八頁）。したがつて所論違憲の主張は採用できない。

同第三点について。

所論は判例違反を主張するけれども、引用にかかる判例は、本件と事案を異にし、不適切であり、適法な上告理由とならない。

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。

昭和三八年一二月六日

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

弁護人林百郎の上告趣意

第一点　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、いちじるしく正義に反するものである。

即ち原判決は一審無罪の判決を破棄する理由として

「被告人が本件富ヶ丘停留所を通過するに当つては、右踏切道附近より乗降客の有無は拘らず時速十粁以下に減速除行すべき業務上の注意義務があるものと云わなければならない」

と判示し、その理由として上告人が勤務している諏訪自動車株式会社の運転者安全服務規律第十条を援用している。

而して原審が証拠に援用している前記諏訪自動車株式会社々長宮坂健次郎の「御照介に対する回答」と題する書面及び一審第七回公判における藤森睦臣証人の供述を検討してみると、

右安全服務規律は昭和三十一年頃制定されたものであるが、当時バスの停留所はそのほとんどが交叉点とか丁字路と云つたいわば通常時に於いても相当に危険な個所に設けてあつたため特に右服務規律第十条中に第(2)号の規定を設け危険を妨ぐために「停留所では乗降客の有無に拘らず徐行しなければいけない」と云うことになつていたものである。

然るにその後昭和三十二年頃この停留所の設置個所については長野県公安委員会の命により、従前の人集りのする交叉点又は丁字路に停留所を置く事は禁じられ、比較的危険度の少い直線上の道路上に移されたものである。この停留所の移転によつて少くとも乗降客のいない場合には停留所前を通過するとき敢て徐行しなければならない理由がなくなつてしまつた。従つてバス業者特に本件諏訪自動車株式会社としてはこの服務規律第十条第(2)号の規定は実質上削除されたものと

被告人　中田勇雄

して従業員に対し指導されていた事が明である。

而も各交通機関は近時ようやくその運行時間が早められ、昭和三十一年頃とは比較にならない早い時刻による運行時刻表が定められ、時間表が公示されるようになつている現状にある。従つて運転者が一々停留所で十粁以下の減速をしていたのでは時刻表通りの運行は倒底不可能である。

このため各バス会社特に諏訪自動車株式会社としては従業員に対してこの原判決挙示の安全服務規律第十条(2)号を旧態通り守らせていたのではバス運行の時刻表にくるいが生じ、時刻表通りのバス運行が出来なくなるのでこの点は敢て従業員に強調指導せず、むしろ危険を感じない時は通常委員会で許された制限速度の範囲で通過するよう指導している事が伺えるものである。（藤森睦臣証人供述及び回答書参照）

従つて原判決が正常な乗客が一人も居らず、車掌が通過の合図を運転者に知らせておる。

本件で而も警笛をならし、減速し、更に急停車している本件に於いて尚右安全服務規律第十条第(2)号を持ち出して上告人に誰れも乗客がなく車掌が通過の合図をしている本件富ヶ丘停留所の通過の際に反対側に背を向けて湖水を眺めていた被害者のために尚十粁以下に減速する業務上の注意義務があり、この義務を果さなかつたと認定したことは重大な事実の誤認であり、この誤認にいちぢるしく正義に反し、判決に決定的な影響を与えるものであるから上告の理由となる。

第二点　原判決は憲法第十四条に違反している。

即ち原判決は右の如く決定的な事実の誤認によつて上告人を有罪としているが右判決は憲法第十四条に違反し上告人の社会的身分が自動車運転者と云う職業上の身分によつて上告人を差別しているものであつて当然破棄されなければならない。

即ち旧道路交通取締法施行令第九条及び十条には

「歩行者は道路を斜に横断してはならない」

「歩行者は自動車の直前、直后で道路を横断してはならない」旨を規定し第七四条において右に違反したものは処罰されることが定められている。

然るところ本件の被害者である太田松之助は自らが既に七二才と云う高齢にあり、その運動は機敏さを失つている事を承知していながらも、バスの停留所の反対側にバスに背を向けて諏訪湖をみとれている如き姿勢で立つていてバスを四〇米―五〇米前方で振り向いて発見し手をあげてバスの進行して来る方向と反対の方向をみながら道路に斜めに歩き出し、バスとの距離が約一五・二〇米位のところに来て一旦は速度を落し停止し前方を横切ることのないような姿勢をとりながら再びバスが八・六〇米位になつて来たにも係らず、突然としかも身の危険もかえりみずバスの直前に廻りこんでこれを横断しようとして本件事故を惹起してしまつたものである。

この被害者太田の行為は明かに旧道路交通取締法施行令の第九条及び第十条に違反し七四条により処罰されるべきものである。

一方上告人は警笛を鳴らし事故現場より約一五・二〇米前でブレーキをふみ相当速度の減速をなし、かつ八・六〇米位の手前で急ブレーキをふんで急停車の処置をとつているものであるこの点につき第一審判決では

「歩行者（太田松之助）が道路中央附近に向つて歩き始めたに過ぎない場合においては未だ道路を横断するか否か明でないのであるから（殊にそのようなことは旧道路交通取締法及び施行令で禁じられている行為である）衝突の危険も明になつていないのであるのみならず道路交通取締法施行令第一〇条は「歩行者は自動車の直前において道路を横断してはならない旨規定しているうえ、歩行者において右のような場合バスの直前を横断するときは自身の生命、身体に危険が大きいので歩行者が敢てかかる行為に出ることは通常考えられないことであるので、バスの運転者に対しこれを予想

（カッコ内は弁護人の附記）

すること を義務として要求することは相当でない」と判示しているがこれは当然の注意義務の基準である。

いかに上告人がバスの運転者であつたといえ、法を犯す歩行者に対して迄業務上の注意義務を課することは不当である。

かくしてみれば本件の原因は明に被害者太田が法を無視し、全く通常考えられない非常識にして無暴な行動に出たことによつて惹起されたもので、この太田松之助の違法な行為に対して迄業務上の注意義務を課することは明に憲法第十四条に違反し、バスの運転者たる上告人を特別に差別的取扱をしているものである。

この点原判決は太田松之助にも過失はあつたと認めながらも、被告人に対してのみ苛酷な業務上の注意義務を負わせ一方的に運転者なるが故に上告人に他易く刑事責任を執らせているものである。

即ち、原判決は俗に云われる「当り屋」の如き状態で上告人の運転するバスの直前に飛びこんで来た太田松之助の法律違反には何等ふれる事なく同人に対しては善良な市民として被害者扱いをなし、その責任は問わず一方上告人がただ「自動車の運転者」であると云う社会的身分にこだわり第一審において無罪を云い渡されたのに対しこれを破棄し改めて「これ以上要求することは人間である自動車運転者にとつては不可能な事と思われるまでの業務上の注意義務」を敢て要求して、有罪の云渡しをなしたことは明に上告人が自動車の運転者であると云う社会的身分があるによりこれを反つて一般市民と差別して扱つているものであつて明に憲法第一四条に違反しているものであり、上告の理由あるものである。

弁護人としても近時頻繁に起る交通事故に対しては重大な関心事と考えるにやぶさかではない。

而しこの責任をただ一途に弱い立場にある善良な運転者にのみその責任を転嫁しこれを罪に陥しいれることは根本的な社会事情を無視するものであつて、全く木をみて森をみないものと云わざるを得ず原判決の如きはそのそしりを免れない

ものと思料する。

第三点　原判決は明に最高裁判所の判例と相反する判断をしており上告の理由あるものである。

即ち原判決は上告人に対しバスの乗客が停留所ではなくその附近に時としては反対側においてバスを待つている事は間々あることであるから、バスの運転者たる被告人は右太田の動勢に留意し、停留所に停車すると同様何時でも停車出来る程度に減速徐行する業務上の注意義務がある」と判断している。

然れども被害者太田松之助はただ単にバス停留所の反対側にバスを待つていたと云うのではなく、

(1)　バス停留所の反対に道路に背を向けて湖水を眺めていたものであること。

(2)　バスが四〇―五〇米に近づいたとき突然ふり向いて手をあげながら自動車を見ずに反対を向いて道路を斜めに歩き出したこと。

(3)　而も自動車の直前八・六〇米位のところを突如として前方を斜めに横切つていること。

(4)　被害者の七二才の老齢で身体の自由を欠いていること。

(5)　自動車の直前で一旦横切ることを思い止つて停止したこと。

(6)　その時車掌は上告人に通過の合図をしていたこと。

(7)　上告人は約一五・二〇米からブレーキを踏み八・六〇米辺で急ブレーキをかけて万全の処置を執つていること。

(8)　警笛を充分鳴らしていること。

(9)　このような条件を敢て無視して「ただ停留所反対側で待つていた乗客人として被害者をみること」は上告人が注意義務を果したかどうかを判断する場合重要な差違を生ずるところである。

而も当時上告人としては過去十二ヶ年間バスの運転者として無事故で勤めぬいて来たほどの注意力の高いものであ

り、当日も二五、六名の乗客の生命を預り注意力をそそぎながら本件バスを運転していたものであり、前記の如く車掌からも「通過」の合図を受け且つ自己の注意力の及ぶかぎりにおいて太田松之助の行動を注視しつづけた上「一旦停止した太田がよもや突如として車の前に飛びこむことは全く考えられなかつた状態にあり、又当時の客観的な状況からしても右太田が突如として七二才の高齢でありながらバスの前方に飛びこみ横切るとは考えられない状況にあつたことは本件公判廷にあらわれた全証拠からしても伺えるところである。

即ちバスを四〇―五〇米手前で発見し振り返りながら道路中央に出て来てバスとの距離が一五・二〇米になつても尚急いで飛び出さずにいたことは運転者としての経験と常識からしては当然バスをやり過した上安全に道路を横断するものと信ずる事は当然の理であり、バスとの距離が八・六米辺で突然バスの直前に飛びこむとは何人も想像出来ない現実である。而も七二才の老人である。

このような状況の中で惹起された本件事故の責任を上告人に負わせ、上告人にそれまでの業務上の注意義務を要求することは失当である。この点原判決は明に従前の最高裁判所の判例による注意義務の基準に違反していると云わねばならない。（大審院昭和六年(れ)第一〇五八号同年九月二八日刑二判詳論二〇巻刑法二九七頁その他参照）

以　上

昭和三七年(あ)第二八九号

判　決

本　籍　福岡市潟洲町六四番地

住　居　同市新柳町二丁目　飲食店「川太郎」方

無　職

森　重　信　男

大正一一年九月五日生

右売春防止法違反被告事件について昭和三六年一二月二二日福岡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

弁護人荒木新一の上告趣意第一点について。

所論のうち、刑訴三二一条一項三号の規定が憲法三七条二項の規定に違反するという点については、右刑訴の規定が所論憲法の規定に違反するものでないことは、当裁判所大法廷の判例（昭和二六年(あ)第二三五七号同二七年四月九日判決、刑集六巻四号五八四頁）の趣旨に徴して明らかであるから、所論は採ることができない。又原判決が所論の田中清の供述調書を採用した第一審判決を是認したことが違憲であるという点については、原判決は、同人の供述が特に信用すべき情況の下にされたものであることを認定しているのであるから、右供述が特に信用すべき情況の下にされたものでないことを論拠とす

昭和三八年一二月六日判決　昭和三七年(あ)第二八九号

る所論違憲の主張は、前提を欠くものであつて、結局所論は、事実誤認、単なる訴訟法違反の主張に帰し刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同第二点について。

所論は、単なる法令の解釈、適用の誤りを主張するものであつて同四〇五条の上告理由に当らない（なお、原判示の被告人の所為が売春防止法六条二項一号にいわゆる勧誘に当るものとした原判決の判断は相当である）。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。

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。

昭和三八年一二月六日

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

弁護人荒木新一の上告趣意

第一点　原判決は憲法の解釈に誤りがある。

一、原判決は被告人の控訴を棄却して第一審の訴訟手続を援用したが、右第一審の訴訟手続は左記の如き憲法の解釈に誤りがあると思料する。

即ち第一審は被告人の本件行為を有罪として認定したが、その証拠として被告人の検察官並に司法巡査に対する供述調書中、本件犯行を自白した部分とこれを補強する田中清の司法巡査に対する供述調書を援用して居る。

右供述調書は被告人及び弁護人が同意しない書面であるが、供述人の所在が不明なため、検察官が刑事訴訟法第三二一条第一項第三号の要件を充たす書面として証拠申請をし、弁護人より同調書の取調べについては憲法第三七条違反として異議を申立てたが、右異議申立は棄却され、証拠調べがなされたものであることは原審記録の証拠カードにより明らかである。

そもそも、右供述調書の証拠調の根拠となつている刑事訴訟法第三二一条第一項第三号は、憲法第三七条の保障する被告人の反対訊問権を不当に奪う結果を招来する規定であるから違憲であることは、弁護人が原審で主張したとおりである。

仮りに同条項の規定が違憲ではないとしても、憲法第三条の趣旨を没却しないよう、その解釈適用は厳正になさるべきことは論ずるまでもないことである。

前記田中清の司法巡査に対する供述調書が供述人の所在不明であり、又同調書が被告人の自白を補強すべき唯一の証

被告人　森　重　信　男

拠であつて、本件犯罪の証明に欠くべからざるものではあるとしても、右供述が特に信用すべき情況のもとになされたものであることが認められなければ、これを本件犯罪の証拠とすることはできない。

そこで右供述調書の特信性について検討してみると、田中清は当時酒に酔つて本件現場附近で売春婦を物色しながら徘徊していたものであることは原審証人坂井信幸の証言中にも見られ（原審記録第三六丁裏）又同人が被告人の面前で、証人坂井から職務質問を受けた際、「今晩は遅いからどこか泊るところはないか、よい女はいないか、自分は年増がよいが世話できないか」ということを被告人に話した旨を答えた事実も同証人　証言するところであり、（同記録三三丁裏）又同人が右供述調書作成に当り、司法巡査に対して自己の住所、氏名を偽つて告げ、帰宅を急いだ事実も亦司法巡査坂井信幸の捜査報告書記載のとおりで（同記録第四六丁表）あつて、これらの事実を綜合すれば、田中清なる人物が取調に際しては自己の面子を作るため、その場限りの言逃れをした疑いが濃厚であつて、又取調官の誘導的な質問にも容易に同調したであろうことは、吾人の経験則上推察に難くないのである。「一般に本件の如き場合遊客は自己の社会的面子とか、家庭に判ることを恐れるなどの理由から住居、氏名等を故意に虚偽の供述をする場合が多く事後の捜査に支障を来たすものである」ことは前記司法巡査の捜査報告書中参考事項として報告されているとおり（原審記録第四六丁表）で、このことは田中清なる人物が又右の例に漏れずその供述内容が如何に責任の持てないものたるかを物語るものである。従つてかかる供述調書は特に信用すべき情況のもとになされた供述とは到底認め得ないものであつて、原審判決がかかる証拠能力なき供述調書を採用したことは、まさに憲法第三七条及び刑事訴訟法第三二一条第一項第三号の解釈適用を誤り、採証の法則に違反したというべきである。

第二点　原判決は法令の解釈を誤り無罪を有罪と認定した違法がある。

一、即ち売春防止法第六条第二項第一号の所謂「勧誘」とは、積極的に売春の相手方となるよう働きかけることをいうのであつて、遊び客から依頼され、それを消極的に認容するだけでは足りない。同条第二号によれば「売春の周旋をする目的で」なされた勧誘を処罰する趣旨であり、周旋とは売春の意思のある者とその相手方となる意思のある者との間に売春行為が行われるように仲介することをいうのであるから、被告人が日頃売春婦を遊び客に引き合わせることをしていたのでなければ、周旋することはできないのであり、本件の如く遊び客から依頼されたから、それに応ずる程度では未だ売春の相手方となるよう勧誘したということはできないのである。

従つて原判決はこの点からも判決に影響を及ぼすこと明白な法令の解釈適用の誤りがあるから破棄を免れないものと信ずる。

以上の次第であるから、原判決破棄の上更に相当の御判決を求める。

以　上

昭和三七年(あ)第二六六三号

判　決

本　籍　岐阜県犬山市南古券二二四番地
住　居　東京都文京区表町七九番地　伊藤方
学　生　玉置鎰夫
昭和九年八月一七日生

右行進または集団示威運動に関する愛知県条例同条例の特例に関する名古屋市条例違反公務執行妨害被告事件について昭和三七年六月一五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

弁護人小林直人同小長井良浩の上告趣意第一点は、違憲を主張する。しかし、昭和二四年愛知県条例第三〇号（行進又は集団示威運動に関する条例）五条等が憲法二一条一三条に違反するものでないことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し明らかであり（昭和二六年(あ)第三一八八号同二九年一一月二四日大法廷判決刑集八巻一一号一八六六頁、昭和二八年(あ)第四八四一号同三五年七月二〇日大法廷判決刑集一四巻九号一一九七頁、昭和二七年(あ)第五八六六号同三〇年二月一日第三小法廷判決刑集九巻二号一一九頁、昭和二七年(あ)第六一〇号同三〇年五月一〇日第三小法廷判決刑集九巻六号九六七頁参照）、また、

昭和三八年一二月六日判決　昭和三七年(あ)第二六六三号　一

昭和三七年(あ)第二六六三号

弁護人小林直人、同小長井良浩の上告趣意

被告人　玉置鑑夫

目次

第一点　憲法違反
一、参加罪の違憲性
(1) 思想表現の自由と警察比例の原則
(2) 本件条例の特色
(3) 公安条例の適憲根拠
(4) 規制対象の限定
(5) 本件条例の違憲性
(6) 結論
二、罪刑不均衡、法定刑過酷
(1) 刑罰規定の適正
(2) 集団犯罪における法定刑
(3) 法定刑の規定内容の違憲性
(4) 法定刑の過酷
三、結論

昭和三七年(あ)第二六六三号　二

昭和三八年一二月六日判決　昭和三七年(あ)第二六六三号

論旨は憲法三一条違反をいうが、右愛知県条例五条一項が無許可の示威運動等の参加者に対し、その組織者と同一の法定刑（一年以下の懲役又は五万円以下の罰金）を規定したとしても、所論の如く不公平、過酷な法定刑といえず、論旨は結局立法政策の非難に帰着し、当裁判所の判例（昭和二三年(れ)第一〇三三号同年一二月一五日大法廷判決刑集二巻一三号一七八三頁参照）の趣旨に照しとるをえないことは明らかである。同第二点は、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。

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。

昭和三八年一二月六日

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

第二点　重大な事実誤認――著るしい不正義

一、第一、二審判決の摘示

二、右認定に内在する問題

三、証拠評価

(1)　集団行使の成立、目的、構成、形想からして、公務執行を妨害する性質のものでなかつた。

イ　集団行進の成立は偶発的である。

ロ　集団行進には確たる目的もなく公務執行を妨害する意思も必要もなかつた。

ハ　集団行進の構成からして公務の執行を妨害する実態になかつた。

(2)　集団行進の情景からして公務の執行を妨害するほどのものでなかつた。

イ　集団行進は歩道を平和的に進行した。

ロ　取締当局は黙認していた。

ハ　群集心理としてありふれた現象以外に敵対的雰囲気はなかつた。

ニ　集団行進は不満をもつて押しかけるというような形態ではなかつた。

(3)　取締当局の警備体制は一挙に行進を制圧する勢力で検挙が準備された。

イ　警察官動員数

ロ　警備計画

ハ　検挙部隊

(4)　解散命令は一挙に強行され、行進参加者はこれに抵抗しうべくもなく逃散した。

イ　分断命令は突然発せられ無理矢理強行された。

ロ　解散点での力関係は圧倒的に取締側が優勢であつた。

ハ　警察官は行進の中に飛び込んだ。

ニ　分断即検挙が行なわれ、行進は一瞬のうちに解散された。

(5)　玉置被告人の実行行為についての第一審判決挙示の証拠は、信用さるべきでない。

イ　桜山巡査と被告人とが六、七分警杖を押したり押されたりしたことはなく同人が被告人に接してから逮捕までは一瞬のことである。

ロ　玉置被告人の動作は、刑法的評価の対象となりえない受動的消極的自衛動作であり、積極的暴行ではない。

ハ　一件記録によれば、警察官が積極的攻撃によつて参加者に過剰の攻撃を加えその抵抗を抑圧することによつて解散が強行され、被告人はこれに攻すべくもなかつた。

(6)　犯罪の証明がない。

四、結　論

第一点　昭和二四年愛知県条例三〇号（行進または集団示威運動に関する条例）第五条第一項、昭和二五年名古屋市条例二一条（行進または集団示威運動に関する条例の特例に関する条例）は、憲法第二一条第一項、第一三条、第三一条に違反し無効であるのに、原判決は、同条例を適用して被告人に前記条例違反の罪が成立するとした第一審判決を支持した点で、憲法に違反する。

一、参加罪の違憲性

(1) 思想表現の自由と警察比例の原則

日本国憲法第二一条第一項、第一三条により、思想表現の自由は、立法その他の国政のうえで、最大限の尊重を受けなければならない。

その趣旨は、憲法の保障する思想表現の自由が民主主義社会におけるきわめて重要な礎石であり、基本的人権を擁護することもまた「公共の福祉」なる所以（判例）を考えれば、憲法第一三条が基本的人権の「最大の尊重を必要とする」のは、集団行進に対する規制が社会公共の秩序を維持するうえに忍容することのできない障害または障害の直接の危険を除くためにのみ、そのために必要な最小限度でなくてはならない（警察比例の原則）ことにある。

(2) 本件条例の特色

本件条例による行進または集団示威運動を規制することが、右自由に対する制限であることは明らかであるが、所謂公安条例中、本件条例においては、たんに無届集団行進の指導者を処罰するのみならず、行進の目的、性質、指導者の有無を問わず、一律に、これへの参加者をも処罰している点が、著るしい特色をなしている。

(3) 公安条例の適憲根拠

公安条例による集団行進の事前の制限が従来合憲とされたのは、「集団行動による思想等の表現は、……現在する多数人の集合体自体の力、つまり潜在する一種の物理的な力によつて支持されているのを特徴とする」ゆえ、「群集心理と現実の経験に徴して明らかである」ように、「勢いの赴くところ……警察力を以てしても如何ともし得ないような事態に発展する危険が存在すること」（昭和三五年大法廷判決）による。

そして、右の「暴徒と化し」（同）、一地方の平隠を害するに至つた状態において、まさに、刑法上、騒擾罪の規制

対象とされることになる。

(4) 規制対象の限定

ゆえに、そこに至る発展の危険を胚胎していればこそ、ある種の集団の形成が「公共の福祉」にとつてゆるがせにできないが、それは、集団形成の目的において平和的でなく組織者ないし指導者によつて集団としての統一をもつ場合には、「公共の福祉」に対する脅威となる事態の現出もときにありうるものといえるのであるが、該集団が目的において平和的であり指導者のない烏合の衆にとどまる場合は、本来なんら社会的に危険ではなく、よしんば現実に平穏を害するおそれあるに至つても、そこにおいて解散措置その他によつて十分「公共の福祉」の擁護が講じうるのである。

その意味で、大衆が偶々平和的目的で自然発生的に集合し、それが行進に移つた場合、その参加者になつたというだけでは、何人といえども処罰せられることがあつてはならない。世上、屢々特定の人物に対し人気が集中し、例えば、野球優勝チーム、大相撲優勝者、人気俳優、注目すべき遠来の知名士に随行し、これを歓迎するため、彼らの到るところ自然発生的な大衆の集合、集団行進が行なわれる事例が見られるのであるが、これが刑法的評価の対象外として疑われないのは（例えば、二審証人市岡義一、中村署長の証言）、叙上の消息をあらわすものにほかならない。

(5) 本件条例の違憲性

しかるに、愛知県公安条例第一条は、わずかな除外例を設けたのみで、本件の自然発生的歓迎行進のような平和的な目的、性質、形態のものについてまで、必要以上広範な対象について事前届出制を定め、同条例第五条は無届行進であれば指導者のみかたんなる参加者も一律に処罰することとしている点で、あきらかに過剰である。

(6) したがつて、例えば、福井県（二審記録五七六）、石川県（二審五七八）、富山県（二審五八〇）の各公安条例が、

無届行進の計画者、指導者のみを処罰する立法主義をとるのは、容認さるべきものとしても、本件愛知県および名古屋市公安条例のごとき自然発生的歓迎行進の参加者まで処罰する場合は、「公共の福祉」のために必要な限度の制約を超える制限禁止を科したものであり、憲法第二一条第一項、第一三条に違反するものである。

二、罪刑不均衡、法定刑過酷

(1) 刑罰規定の適正

憲法第三一条は、アメリカの適正手続条項に由来するものであり、当然に罪刑の法定が適正であることを要求し、そのためには、罪刑の均衡の要請される。すなわち、残虐な刑（憲法第三六条）でない刑であつても、犯罪に不相当な刑を規定することは、憲法違反になると解される（団藤・刑法総論三八以下）。

ある種の集団行進に対する規制の必要から、指導者ならびに参加者をともに処罰することが「公共の福祉」の見地から容認されるとしても、このことは、右集団行動における指導者と参加者の責任の定型的相違、したがつてそのことの法定刑への当然の比例的反映までをも没却せしめるものではない。

(2) 集団犯罪における法定刑

このことは、集団犯ないし群衆犯として多数人が犯罪を行うことを特別の犯罪類型として規定された場合にも、集団それ自体に責任を認めることはできず、「集団が犯行に出た場合、それに基ずく刑事責任は、それに参加の個々人について問うの外はないこととなる。が、同じく集団犯に参加した個人としても、そのうち指導的地位にあつた者は、それに受動的の地位にあつた者より異つた責任が問われなければならないであろう。事実また今日までの集団犯に対する諸国の立法においては、集団犯に参加した者に対して、単に参加というそれだけの理由で、刑責が恰も共犯の場合の如く、原則的に平等に問われるとすることなく、大体において、(a)集団犯に積極的役割を演じ、能動的に活

動した者、すなわち指導者のそれと、(b)消極的に、群集心理に支配され、被動的に活動した者とを区別し、概して前者の刑を重く、後者の刑を軽く定めているのである。」（安平政吉・「集団犯罪」刑事法講座三＝五二〇）。

わが刑法も内乱罪、騒擾罪において、「集団犯罪ないし群集犯罪の特質を考えて、その関与者は、その役割に応じて主導的な者にはとくに重く、群衆心理に駆られたにすぎない者には軽い刑が定められている」（団藤・刑法各論・有斐閣9＝一〇九）。準備革案（第一二九条、第一八九条）も役割により処罰を区別する立法主義をとつている。

これは、前記憲法上の要請に応えたものである。

集団犯罪における関与形式の差異は、犯罪定型の相違であり、したがつて、それぞれに相応するとみとめられる法定刑が規定されなければならない。

(3) 法定刑の規定内容の違憲性

しかるに、本件条例は、無許可集団行進を「組織し若しくはこれに参加した者」に対する法定刑として「一年以下の懲役又は五万円以下の罰金に処する」ものと定め、行進組織者たると参加者たると区別することなく、その間の関与形式上の本質的差異を無視し、等しく右法定刑をもつて臨んでいるのは、憲法の要請に背くこと明白であり、本件条例の罰則は違憲無効である。

(4) 法定刑の過酷

また、本件条例の規制対象は、前述のように、無許可集団行進それ自体である。それが、暴動的事態に発展する抽象的危険ある点に、処罰価値が求められている。暴行脅迫によつて一地方の公共の平穏を害するに足る程度に達すれば、騒擾罪（刑法犯）となるのである。

構成要件要素からしても明らかなちがいがあり、法形式上からしても、運用面で、現に、本件発生の翌日生起した大

須事件、同時期のメーデー事件、枚方事件などの大規模事件に騒擾罪が適用されていることからしても、疑いのないことである。

しかるに、本件条例の「参加者」の法定刑と、これに対応する騒擾罪の「附和随行者」の法定刑とを較量してみると、かえつて本件条例には懲役刑が選択刑として設けられていることおよび罰金の多額の点で、騒擾罪より重い（刑法第一〇条）のである。

アメリカ各州の立法例も、たんなる参加者に対しては、罰金刑をもつてしている（昭和三五年度最高裁判例解説・公安条例大法廷判決解説参照）。

これらの各点を総合するならば、参加程度の行為について、罰金刑のみか懲役刑を法定し、懲役刑にともなう不利益を被告人に負わしめるのは、適正な内容の刑罰とはいいえない。

かかる法定刑の不公平、過酷は、立法政策の問題をこえ、憲法第三一条に抵触することもとよりである。

三、結　論

よつて、原判決は憲法の前掲各条に違反するので破棄は免れないものと信ずる。

第二点　原判決には、被告人に公務執行妨害罪の成立を認めた第一審判決を支持した点において、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する。

一、第一、二審判決の摘示

第一審判決は、被告人が集団行進に対する解散「職務を執行中の巡査桜山春男に対し、その所携の警状を両手でつかんで力任せに引張る等の暴行を加え、以てその職務の執行を妨害し」「たるものである」との事実を認め、その証拠として、解散命令について、被告人の第一審公判廷における供述のほか、解散に当つた警察職員の証言を挙げ、被告人の

実行行為に関しては、第一審証人桜山春男、同佐野正広の各供述に拠つている。

原判決は、右「判決……事実の対応証拠を検討してみると、被告人……に対する……公務執行妨害の事実を認めることができる。所論は右証拠の措信すべからざることを強調するも、独自の見解で首肯するに足りない。その他記録を精査し、原審ならびに当審で取り調べた証拠を検討しても、右事実認定に誤認の点はない。」と判示した。

二、右認定に内在する問題

第一審判決第二事実冒頭の点はしばらく措くとして、被告人の公務執行妨害の実行行為について、右認定の際、その根拠とするに足る証拠とされているのは、前記の解散実施に当つた桜山春男、佐野正広の各供述であつて、これが直接証拠となつている。

これに対し、職務執行の対象となつた被告人は、逮捕当日の取調に対して実行行為を否認（被告人の司法警察員に対する昭和二七年七月六日付供述調書、記録五冊一三七丁）して以来、公判廷においても、一貫して、否定し続けている。

したがつて、公務執行妨害の点については、対立両当事者の主張が真向からくいちがつて対峙しているわけである。

しかも、同様の状況において、相被告人藤吉三男、同野田文、同鈴木隆史については、原判決は公務執行妨害の点を無罪とし、同被告人らの部分はそのまま確定している。

かかる場合においては、警官証人の証言と被告人の供述のいずれを措信すべきかは、それぞれの供述内容を当時の状況に照らしどちらが合理的であるか検討して決するほかない。

けだし、一般に採証法則上、直接証拠たる供述証拠が矛盾しているとき、状況証拠の批判にそれらのいずれがたえるかをみざるをえないのであるが、本件においては、一方の警官証人の証言の信用性が相被告人について疑われたという

事案であり、その疑惑は、被告人についての前記証人においても逕庭あるべきはずがないからである。

三、証拠評価

そこで、右の観点に立ち、被告人に公務執行妨害罪が成立するか否かを検討するならば、第一、二審判決の認定にそう証人桜山春男、同佐野正広の各供述は措信さるべきでなく、その他これを認むべき証拠がないばかりか、かえつて無抵抗の被告人に対し警察官たる証人らが職権を濫用し必要以上の実力行使を敢えてした嫌疑は濃厚であり、被告人は無罪であること明白である。

(1) 集団行進の成立、目的、構成、形態からして、公務執行を妨害する性質のものでなかつた。

イ 集団行進の成立は偶発的である。

本件集団行進は、昭和二七年七月六日、国鉄名古屋駅前に衆議院議員帆足計および宮腰喜助両氏を学生、労働者らが出迎え、「両氏の歓迎演説会が終了したのち、出迎えた群集のうち一人の提唱により突然行なわれたもので」(原判決)、偶発的に成立した。

ロ 集団行進には、歓迎気分を昂揚しかつ一般に宣伝するという以外にとりたてて確たる目的もなく、目的遂行のため公務執行を妨害する意思も必要もなかつた。

両氏が名古屋駅に着いたのは、両氏が、

「鉄のカーテンといわれたソ連中国を初めて詳しく見聞した来た知識人としてその持つて来た報は朝野から非常な注目をあびて、新聞は私達の旅行見聞を国民に報道したのです。それで各地で私共の話を聞きたいという申出があつて、最初に東京で報告演説会を開催した後、次いで名古屋、京都、大阪、神戸、福岡の順に開催する予定で、まずその手始めとして名古屋へ来た」(帆足計、二審一冊六九〇ウラ)

というものである。

そこで、一審証人片山博によれば、

「歓迎会が終つてからどうしましたか、

帆足、宮腰両氏が丸栄ホテルに泊るということだつたので、そこまで見送つて行こうということになりました。」(同旨証人杉浦登志彦三七九、同丸山真兵三九二)

すなわち、当行進の目的は、両氏を丸栄ホテルまで送つていくことにほかならないが、これを解するに、丸栄ホテルは当夜の両氏の宿舎であり、前記の群集は、歓迎演説会を終えた両氏がこれから宿舎におもむくというので、それじや自分達も一緒に送つて行こうという気になり、単純に深い考えもなく、歓迎会なるものに特有のうわついた所謂「お祭り気分」でそのままずるずると集団行進に移つたものである。

したがつて、当行進は、はつきりした目的らしいものはなく、公務の執行を妨害してまで遂行しようという意思も必要もないといわなくてはならない。

ハ 集団行進の構成からして、公務の執行を妨害する実態になかつた。

集団行進参加者は、「約百数十名」(原判決認定)であつたが、その中には、女(記録五=一一六)、子供(五=一七、一八、三四、一一四ウラ、一一九ウラ、一二五)を交え、学生、労働者、自由労働者、一般市民など混成の集団で、公権力に抵抗できるものではなかつた。

ニ 以上のような次第であるから、そこには、主催者、指導者、整理係とも称すべき者が一名もなかつたのは当然であり、集団は、全然組織的統制力のない烏合の衆にすぎず、実力行使を受ければただ逃散するほかないものとして出発したのである。

(2) 集団行進の情景からして、公務の執行を妨害するほどのものとは認められない。

イ 本件行進は、「北側歩道」を（原判決）行つたものであり、「車道に出ようとして交通整理の警察職員と小ぜりあいを起し」たのは、「笹島電停北側の玉喜食堂の付近において」「先頭の者が」行なつた一回だけであり（原判決認定）、平和的に進行した。

ロ 現に行進に対しては、「静かに行進してください」との警告放送はあつたが、分断地点に至るまで、取締当局において黙認されたことは、関係証拠上、明白である。

ハ もつとも、行進が「ワッショワッショ」と掛声をかけ、気勢をあげて笹島交さ点を東に横断し……行進中は歌をうたい、警備の警察職員に対し……罵言をあびせ、……東京銀行前においてワッショワッショと掛声をかけてジグザグ行進をし、隊列を乱す者もあつた（原判決）というのであるが、当日「交通分隊長としてデモ隊の誘導に当つた」中村署巡察係椙村清が、行進の情景について、

「たいしたことはありませんでした。悪口程度でそんなことは聞きながしておりました。歩道上の交通はあれだけの部隊が行進するんですから若干妨害すると思いますが、露店をひつくり返したりなんかということは見なかつたと思います。」（二審一＝三五四）

と述べているほどのものである。

行進の喧騒は、参加者がみな歓迎のお祭り気分で、これは例えば、誰か一人が突然歌をうたい出せばそれにつられて歌をうたい、誰か一人が警察官に対して悪口をいえば周囲の連中も真似して悪口をいうような群集心理としてもつともありふれた現象とみなすべきであつて、それ以上に深刻な敵対的雰囲気が醸成されていたわけではない。道路横断の際、掛声をかけたといわれるが、交通が混乱した事実はなく、信号は遵守されたのであつて、信号を

無視し車を押し止めて強引に行進を続ける力はなく、青信号が赤信号に変らぬうちにと駈足で大急ぎに横断し、その際における景気づけに群集心理として掛声が発せられたに過ぎない（中村署次長中村政一、二審一＝一七四）。

その結果、中村署長市岡義一の証言する

「デモ隊のあとの方が遅れているから、あとの者を待つているようにして其処から蛇行しており、あとから来る者も歩道にあがると蛇行に入つて行きました。私はそこで分断を決意しました。」（二審一＝一七四）

ということになつたものである。

ニ 総じて、本件行進は、何らかの要求、抗議のために、特定の建造物、人物へ押しかけるといつた類のものとはまつたく性質を異にし、他人に迷惑をかけたり反感を買つたりする形態は、その動機よりして、とらなかつたのである。

(3) これに対し、取締当局の警備体制は、一挙に行進を制圧する勢力で検挙が準備された。

イ 当日の最高責任者である中村警察署長市岡義一によれば、自署の警察官および他署の一九〇名位の応援警察官をあわせ二七〇名前後の制服警察官と自署の二〇名位の私服警察官合計二九〇名前後の警察官が動員されている（二審一＝八六）。

ロ これは、前日か前々日に万全を期せとの指令が市警本部から出ており（市岡、二審一＝八六）、市岡署長において詳細に計画をたて（同一〇八ウラ）、「警察官を充分用意しておかねば警備の目的は達せられないと思い各署から応援を求めた」（同一〇九ウラ）ことによるのである。

ハ 動員警察官は、交通分隊（行進誘導を主目的）、検挙隊（主部隊）、採証部隊に当初から分れ（椙村清、二審一＝三二八）、同日午後二時半頃より全員各署で待機を受命、最初中村署公安課長が三五名（二審一＝九五）の警察官

を指揮して駅前歓迎会の整備に当り、次にデモ行進を開始したとの報で中村署次長が輸送車、トラック三台に乗つた計七〇名位の警察官を引連れて笹島のガード下で待機し行進が笹島を通過してよりこれに沿つて進行し、最後に市岡署長が輸送車三台に乗つた警察官を引連れて出動し伏見通りでデモ隊に追いつき、ここで他署の警察官も合流して、集団行進を解散させる実力行使をした（市岡義一・二審一＝八九、野口素・一審一＝三二一、三二四、三二五）。

(4) 解散命令は一挙に強行され、行進参加者はこれに抵抗しうべくもなく逃散した。

イ 分断命令は突然発せられ、無理矢理強行された。

市岡署長は、次長の報告を待ちきれない焦燥感から自からサイドカーで出動して伏見通りの手前で行進に追いつくと、次長がはからいかねていたので、熟慮している暇はないということで電話局附近に公安課長を呼び、分断を下命したが同課長が躊躇していたため、「この中に割り込んで分断するんだ」と指令したのである（二審・一＝九二～九五）。

このように、実力行使は、市岡署長一人の判断によつて、「次席、公安課長にデモ隊はどこへ行きそうかを聞く暇もな」く、躊躇する部下を「激励叱咤」して、強行された（二審一＝九八ウラ以下）。

ロ 解散点での力関係は圧倒的に取締側が優勢であつた。

実力行使は前後二回、第一回は伏見通りより約一〇〇米東の中央電話局前、第二回はさらに約一〇〇米東の住友ビルと日本生命ビルとの間の露地、島田町通りにおいて行なわれた。

第一回の分断によつて、行進の後部四、五〇人は解散してしまつたということを実力行使に当つた警察官は報告している（桜山春男・一審二＝三九〇）。

したがつて、第二回の分断が行なわれた際の行進参加者の数は、一〇〇名前後であつたということになる。しかも、彼らは、組織も統制もされない烏合の衆であり、かかる際には、浮足立つたまま成行にまかせて解散すべくもなく、ただ東進するほかなくていたことは疑いない。

これに対して、専門的に訓練された前記の武装制私服警察官が実力行使に当つたのであり、第二回分断地点においては、行進参加者の優に三倍する数となるのである。

ハ 警察官は行進の中に飛び込んだ。

被告人ら一二名の逮捕者を出した第二回目の実力行使は、東進する集団を南から北に突切つて分断するという仕方でなされた。

このような解散措置自体、警職法第五条に照らし、その正当性は甚だ疑問であり、命令の杜撰については原判決もこれを認める口吻を洩らしているのであるが、その方法は、警棒または警杖を構えてじわじわと押し分けるというのではなく、武器を前に構えて一気に飛込む、というかつこうであつた。市岡署長に叱咤され、「四、五人の者が一緒になつて」「誰からともなく飛び込んだのです。」（市村明恵・一審一＝四六九ウラ四七六、中村次長・二審一＝一五六）というのが実態である。それは、「列をつくつて飛び込む時間はなかつたのです。」（市村明恵・一審一＝四七六）というほど、市岡署長が急き立てたことによるのである。

したがつて、これを受けた被告人らにしては、異口同音に、「いきなり襲われた」「突然警察官が飛びかかつて来」「後でわあつと声がするので振返つてみると」など（一審二九回被告人質問）、要するに、「分断というより暴行と敢えて言いたい」（野田文・二審六二六ウラ）ということになる。被告人らには、解散命令もよく聞こえなかつたのであるから（警官証人の供述も警告の内容については不確かである）、まさに、青天の霹靂ともいうべきで

あつた。

ニ　分断即検挙が行なわれ、行進は一瞬のうちに解散された。

中村署長市岡義一は、第一回目の分断を命令してから第二回目の分断をやり集団が静かになるまでの時間は一〇分足らずであるむね供述している（二審一＝九七）。

しかも、第二審の検証結果によれば、第一回目と第二回の各分断地点の距離は約八〇米であり、集団の行進速度をもつてして約二分を要するのであり、本件の第二回分断の際には行進の先頭は丸山デパート前にさしかかつていたというのであるから、第二回分断着手後解散完了迄の所要時間は、八分足らずとのことは確実である。

そして、分断にともなう「混乱の時間は二、三分位」（中村署捜査係山田藤十・一審二＝三六四、同旨中署警ら隊員林重夫・一審四＝三九ウラ）なのである。「要するに一つの集団との摩擦状態が続いたんですが、それはものの二、三分もかかつていなかつた」（鈴木被告人・二審六一三ウラ、同旨野田被告人・二審六三二）。

この間に、「分断即検挙というような状況になつた」（鑑識係堀田秋夫・一審三＝六一三ウラ）結果、被告人らが逮捕された。

被告人らの多くは、警察官の飛び込んで来た行進の中央部に居たため、逃げられず（例えば、鈴木被告人の公判廷における供述）逮捕される羽目に陥つた。

そして、集団全体の解散状況は、行進の中止分散というのではなく、算を乱しての逃散であつた。

「解散命令がありまして、デモ隊は一齊に後を向きまして、検挙隊が中へ入りまして、実力解散みたいな形になりまして、バラバラになつてしまいまして僅かの時間で任務は終つてしまいました。」（中村署巡察係椙村清・一審一＝三三八ウラ）

(5)　以上のような全体の状況においては、「刑法的評価の対象となりえない動に対する反動ともいうべき反射的、物理的な身体、動作の相接触、反発が行なわれるのは理の当然であり」（原判決）その意味において、被告人藤吉、同野田、同鈴木の各所為は、犯罪を構成しないものと認められた。

それでは、被告人玉置の所為は、「形態および程度よりして同警察の職務執行を妨害するに足るべき積極的な暴行ということ」（原判決）ができるものか。

ここで、一審判決挙示の証拠の証明力が問題になる。

被告人玉置の実行行為について、

証人桜山春男

「五三　どのようにして妨害されたか。

一人の男が私の警杖の中央部を持つてデモ隊の中に引張り込もうとしました。

五五　証人がどんなことをしていた時に妨害されたか。

警杖で押分けて入り、デモ隊の西側の者の行進を阻止しようとしてデモ隊の人を押えてたら妨害されたのです。

五七　その時証人は西を向いていたのか。

西向きで、やや北を向いていました。相手の男は、東南を向いていました。

六二　押したり押されたりしていた時間はどれ位か。

数分で、六、七分だつたと思います。

六三　それでどうなつたか。

私が警杖をとられそうになつたので、佐野巡査部長が、私の後から廻つて右側に来て、私を援助してくれましたが、その男が警杖を握つて離さないので車道上に押出しました。」

証人佐野正広

「六三　証人はその場所でデモ隊の人が警察官の職務を妨害していたのを見たか。

見ました。

六四　それはどういうところだつたか。

私の部下の桜山巡査が警杖をデモ隊の人に引張られているところを見ました。

七一　桜山巡査はその人に警杖をとられたか。

とられることなく押したり引いたりしていました。

七三　二人はなにか云つていたか。

云つていませんでした。

七四　証人はそれを見てどうしようとしたか。

警察官の職務執行を妨害しているから逮捕しようとしました。」

イ　桜山と被告人とが六、七分警杖を押したり押されたりしたことはなく、桜山が被告人に接してから逮捕までは一瞬のことである。

前記(4)ニのように、第二回分断における混乱は、二、三分であり、分断即検挙の状況であるから、証人桜山の証言する六、七分という時間はいかにしても挿入しえない。

しかも、桜山（第二九項）、佐野（第三六項）は、第一回の分断に参加し、五分程度費して（佐野第四六項）、速

足で第二回の分断の途中から加わつたのであるが、その間六、七分要しており（桜山第一〇一項）、とうてい桜山証人の供述にあるような被告人の妨害行為はありうべくもない。

右の事実に、桜山証人と同様小隊長伊藤警部補にひきいられた中署の林重夫が、中署からは警ら隊は二〇名位参加した（伊藤小隊）のであるが、デモ隊を住友ビル東側に押したのは証人達でなく、彼らはすぐその応援に出かけたむね供述している（一審四＝三九ウラ）こと、および、市岡義一署長が、「中署から長い棒をもつたのは分断中に来た」（二審一＝九六ウラ）と証言していることを併せ考えるならば、第二回分断は、中村署員が先に突込み、中署員が後から飛び込んだものと認むべきで、この点からしても、桜山証言の動作が行なわれる時間的余裕はなく、むしろ、桜山、佐野ら中署員の介入後、被告人は一瞬にして逮捕されたものである。

さらに、被告人吉田を逮捕した中署員鈴木義一（一審一＝五二九）、同川勝厳（一審一＝五四五、五五五）によれば、同被告人の逮捕は、分断後といつた方がよい時間的間隙であり、そのうえ、同被告人は、「トラックに乗せられたとき玉置君がいました」（一審四＝一四二）と言い、玉置被告人は、「私が最初に抛り込まれ他の人は後で乗せられた、その中で吉田君は記憶がある」（一審四＝一二八）というのである。

このように、前後の経緯からして、玉置被告人の動作およびそれに引続く逮捕は分断直後遮鎖して生じており、この点からして、すでに桜山証人の証言する玉置被告人の実行行為はありえない。

ロ　玉置被告人の動作は、刑法的評価の対象となりえない受動的消極的自衛動作であり、積極的暴行ではない。

前記のように警察官は行進に飛び込んだのである。桜山巡査の場合は、第一回目の切断がすみ勢揃いもせず駈けつけ、伊藤主任の指示で、「此処に割込めと言われて割り込んだので外のことは何も知りません」（佐野・一審二＝四二一）という有様である。

このような場合、ぶつかつて来る警杖に対し、集団のもみ合いの中で避けることもできないまま、突嗟に身を衛るため握りしめて防ぐとしても、理の当然である。鈴木被告人（無罪）が、所携のプラカードで防衛したのと異別に解すべき理由はない。集団対集団の接触の際、偶々被告人が前面で警杖にぶつかつたに過ぎないのを、不当にも公務執行妨害に仕立てられたというほかない。

被告人は当時一七才の少年であり、体力的にも抵抗できなかつたはずである。

また、被告人には警杖をうばうような動機もなく、被告人が警杖を引張ることには意味がない。

起訴事実にある行為は、被告人が桜山「所携の警杖を両手で摑んで奪い取ろうとし同巡査が取られまいとするや力任せにデモ隊列に引摺込む様な気勢を示して暴行を加え」たというにあり、証人桜山はこれにそう証言をしている。

しかし、「デモ隊」なるものは、警察官の実力行使があつて、桜山巡査と玉置被告人と接したときには、すでに四散し無くなつてしまつていたものと認められる。

玉置被告人と同地点島田町通りで逮捕された他の四名についてみれば、

a　藤吉被告人を逮捕した中村署員山川寅吉は、

「デモ隊の分断の隊は何人位でやつたか、

その人数は私が自動車より一番始めに降り最初に分断に入たので自分にはわかりません。」（一審一＝五一四ウラ）

というのであるが、

「証人が最初仕事を始めた時デモ隊の中でみかけた人はいるか、

左様あります。それは赤旗を持つていた人で第五空軍宿舎と日本生命の間の道路に於て見たのですが、私がその男に対して向へ行けと云いますと同人は第五空軍宿舎のうらの方へ逃げて行つたのですがその男は後から岩田と云う男であることを写真を見て知つたのです。又その後藤吉が同道路マンホールの附近にて三人位の警官に対して何の為に逮捕するのか理由を云えと喚いて暴れているを見たので……」（一審一＝五一二）

というのが、中署員より先に入つた中村署員の中でも真先に突込んだ者の証言である。

b　吉田被告人を住友ビルの北二、三米のところで見受けたという川勝厳（一審一＝五二九）は、伊藤小隊に属する中署員であり、桜山と前後して実力行使に加わつたときになる。吉田はすでに隊列のあつた地点から逃げていたこと

c　阿知波被告人を逮捕した中村署員林幸八は、「阿知波に手錠手錠といつて鈴木巡査の持つている手錠を貰つた。その時、大勢の人が居たので同人が誰に転がされたかわかりません」という（一審一＝五八六）。阿知波が、大勢の警察官に襲われたことが窺える。

d　権被告人を逮捕した中村署員長瀬薫は、「分断に従事した警察官の前方（東方）には沢山いたが其処には点々と二、三名いただけです」（一審二＝三四八ウラ）というのである。

e　玉置被告人を逮捕した中署員桜山自身も、島田町通りに警察官とデモ隊員が「入り乱れて」いたと供述している（一審二＝四六二）。

これらは、いずれも弁第二、第四号の写真の状況と一致する。

すなわち、警官隊の圧倒的勢力に包囲され逃げ遅れて孤立無援になつた者が、警杖、警棒、土足、手腕でさんざんに乱暴された挙句、逮捕されたにほかならない。

そこで、第一審判決も証人桜山の証言中、デモ隊列に引摺り込もうとして六、七分引張つたとの点を措信せず、たんに、「警杖を両手でつかんで力任せに引つ張る等の暴行」としたと思われるが、すでにデモ隊がなかつたことが明らかである以上、玉置被告人の瞬間的動作があつても、これは、自覚的意識的な動機を欠く反射行為であつて、恐怖のあまり一瞬警杖にしがみついた外形的挙動があつたのみである。

そして、これが、公務執行妨害罪にいわゆる「暴行」といえないことは明らかである。

されば、仮に被告人玉置に警杖を握る動作があつたとしても、原判決は、動機のない無意味の動作を犯罪を構成するものとした不自然を犯している。

ハ　一件記録によれば、警察官が積極的攻撃によつて参加者に過剰の暴行を加えその抵抗を抑圧することによつて解散が強行され、被告人はこれに抗すべくもなかつた。

第三四号の検挙現場と題する写真（一審記録五＝四三、一三一）について、原審証人本件当時中村署次長であつた中村政一は、裁判長の尋問に対し、

「これは警杖で制止しているところのようです」（二審一＝一五八）

と説明している。

本件の「制止」（警職法第五条）行為たる解散措置は、同号証が物語るがごとくしてなされたのである。すなわち、戦闘帽の警杖所携の製服警察官二名、製帽製服警察官二名、私服警察官二名合計六名が地面にうずくまろうとする男を手錠をかけようとでもするようにかかえこみ寄つてたかつて攻撃をし、暴行されるばかりで、反撃の余地がないこと瞭然である。わずかに警杖の打撃から身を護るため、警杖を握るのがようやくと思われる状況が示されている。

その他、証拠写真のうち、第二九号（記録五＝三八、一二九）（住友ビル横、氏名不詳）、第三〇号（三九、一三〇）（歩道上、山内）、第三一号（四〇、一三一ウラ）（吉田）第三二号（四一、一三〇ウラ）（学生）、第三三号（四二、一二八ウラ）（岩田）、および、弁五号（歩道上、野田）、同六六号（丸山デパート前、高木）、同七号（高木）、同八号（住友ビル角、婦人）のいずれもが、本件の制止行為が警察比例の原則に反する職権濫用の暴力行動であることを明らかにしており、かかる事態にあつて被告人らがなすすべを知らなかつた状況を写しているのである。

右第三四号の写真の被写体が誰かということについては、これまで明らかでないが、関係各証拠を仔細に検討すれば、当日逮捕された一二名のうち、野田、高木、山内、吉田各被告人の「検挙現場」は前記証拠写真にあり、中川被告人は人家に逃げ込んで逮捕、鈴木被告人は丸山デパートに逃げ込んだところを連れ出され警官二名に逮捕、権、廬各被告人は私服警官に逮捕、飯島被告人の逮捕は警官二名で逮捕地点も道路南側であり、結局、残る玉置、阿知波、藤吉のいずれかに関するものであることになる。

そして、右三名は、おなじ地点で実力行使を受け逮捕されているのであるから、被写体が誰であつたにせよ、玉置被告人に対する警察権行使の状況を窮わせるものである。

ところで、弁二号の証拠写真は、逮捕者が桜山巡査で、当日同巡査は玉置被告人一名しか逮捕しなかつた（あまりに解散が瞬間のことで余地がなかつた）こと、地点、逮捕者の服装、警杖からして、同被告人が被写体であることは疑いない。

同号写真における警察官の優勢と被告人の姿態、および、この一瞬後の実力解散が終つた状況と思われる弁四号ならびにこれまで指摘した諸事実をあわせ考えれば、むしろ本件においては、被告人の反抗、積極的暴行を抑圧するに足る程度の過剰の外形力が警察官によつて行使され、玉置被告人一人をもつてしてはいかにしても職務執行行

為に対して妨害しうべくもなかつたと断ずべきである。

(6) 以上のとおりであるから、前記証人桜山春男、同佐野正広の各証言は信用さるべきでなく、その他に、玉置被告人に公務執行妨害罪の成立を認めるに足る証拠はなく、犯罪の証明がない。

四、結　論

本件は、自然発生的な混成の集団行進に対し、それまで黙認していた警察官が所轄署長の突然の命令で圧倒的に優勢な外形力により一挙に実力解散を強行し、その際、偶々、警察官の勢力に直面した被告人らが職務の執行を各別に連絡なく妨害したとされた点に共通の特質ある事案である。

そこで、第二審では、実力解散の際における積極的な暴行に至らない反射的動作は、刑法的評価の対象となりえないとの見解から、三被告人に対し、無罪を言渡した。

玉置被告人の場合、第一審判決認定の公務執行妨害の事実は認められないこと叙上のとおりであるが、仮に、認定事実のごとき外形的動作があつたとしても、本件の状況においては、無罪となつた被告人らにおけると異別に解すべき理由はなく、同被告人ら同様、これをもつて、刑法的評価の対象となしえない。

本件における状況上反抗を抑圧され「暴行」できる力関係になかつたこと、玉置被告人に反抗できる能力もなく、また、妨害する動機がないこと、行為の「形態および程度よりして」（原判決）実力解散の際、「手首を殴る」（藤吉被告人）または「警杖を押し返す」（鈴木被告人）と「警杖を引張る」（玉置被告人）とは異なるものでなく、「テーブルの脚にしがみつく」（野田被告人）よりも「警杖を握つて離さない……で」（桜山六三項）「警杖を持つたまま南の方に出」（佐野七六、一二二項）ることが反抗的とは解しえない。

よつて、第一審判決を支持した原判決には、刑事訴訟法第四一条第三号に該当するので、貴裁判所の職権判断による第一、二審判決の破棄を期待する次第である。

以　上

昭和三八年(あ)第一〇四九号

判　決

本　籍　仙台市原町小田原字中江三〇番地
住　居　同字南区三三号
コンクリートブロック製造工
村　山　一　男
昭和一八年一二月一六日生

右道路交通法違反、業務上過失致死傷、窃盗被告事件について昭和三八年四月五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。

被告人を懲役一〇月以上一年六月以下に処する。

理　由

仙台高等検察庁検察官検事醍醐政の上告趣意について。

原判決は、本件公訴事実中、「被告人が普通貨物自動車を運転し、過つて小塙哲次郎を、続いて中島安治を負傷させ、交通事故を起したのにかかわらず、右交通事故発生の日時、場所等法令に定められた事項を警察官に報告しなかつた。」との点について、該公訴事実の存在することを認定しながら、道路交通法七二条一項後段の報告義務は、同条項前段の救護等の義務に対し、単に補充的意義を有するにすぎず、両者は別個独自の義務として互いに並立するものではないとし、本件のよ

うないわゆる「ひき逃げ」の場合には、救護等の義務違反の罪のみが成立し、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こと、及び同判決が、いわゆる「ひき逃げ」の場合に、右両義務の違反が成立するとした論旨引用の東京高等裁判所の判例（東京高裁昭和三七年(う)第五五九号同年六月五日判決）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。

よつて、審案するに、道路交通法七二条一項前段の救護等の義務と同条項後段の報告義務は、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のが相当であるから、本件のようないわゆる「ひき逃げ」の場合にはその双方の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である（最高裁昭和三七年(あ)第五〇二号同三八年四月一七日大法廷判決、刑集一七巻三号二二九頁参照）。

されば、右と同趣旨に出でた所論引用の東京高等裁判所の判例は正当として支持さるべきで、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。

よつて、同四一三条但書により被告事件につきさらに判決をすることとする。

原判決の確定した事実に法律を適用すると、被告人の所為中、酒気帯び無免許運転の点は、道路交通法六五条、同法施行令二七条、同法六四条、一一八条一項一号、一二二条一項、罰金等臨時措置法二条に、酒気帯び酒酔い運転の点は、道路交通法六五条、同法施行令二七条、同法一一八条一項二号、罰金等臨時措置法二条に、各業務上過失致死傷の点は、各刑法二一一条前段、罰金等臨時措置法二条、三条一項に、救護等の義務違反の点は、道路交通法七二条一項前段、一一七条、罰金等臨時措置法二条に、報告義務違反の点は、道路交通法七二条一項後段、一一九条一項一〇号、罰金等臨時措置法二条に、窃盗の点は、刑法二三五条に各該当するところ、以上は同法四五条前段の併合罪であるから、各道路交通法違反罪についてはいずれも所定刑中懲役刑を、各業務上過失致死傷罪についてはいずれも所定刑中禁錮刑を選択し、刑法四七条本文、一〇条により最も重い窃盗罪の刑に法定の加重をした刑期範囲内で処断すべきところ、被告人は二〇才に満たない少年であるから少年法五二条一項本文により被告人を懲役一〇月以上一年六月以下に処し、第一審及び当審における訴訟費用は刑訴一八一条一項但書により被告人に負担させないこととし、主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官　高木一公判出席

昭和三八年一二月六日

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

被告人　村山一男

昭和三八年(あ)第一〇四九号

検察官醍醐政の上告趣意

原判決は、その主文中において、「本件公訴事実中第三の後段の報告義務違反の点につき、被告人は無罪。」と言い渡しているが、右は、左記いづれも道路交通法第七二条第一項の前段第一一七条および同第七二条第一項の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)　同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）

(四)　同年七月三一日東京高等裁判所第三刑事部の判例（昭和三六年(う)第二三三八号）

(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）

(六)　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。

本件被告人村山一男に対する道路交通法違反、業務上過失致死傷、窃盗被告事件の公訴事実に示された各訴因は、第一審判決においていづれも有罪と認定されたのに対し、被告人の弁護人から控訴の申立てがあり、これに対し、原判決は、救護措置義務（道路交通法第七二条第一項前段）違反の訴因と報告義務（道路交通法第七二条第一項後段）違反の訴因との両者以外の各訴因は、第一審判決同様いづれもこれらを有罪と認定しているが、右救護措置義務違反の訴因と報告義務違反の訴

因とについては、両者のいづれの外形事実をも認定しながら、右両者中の前者（救護措置義務違反）の訴因につき罪責を問う以上は、その後者（報告義務違反）の訴因の罪責を問うことはできないとして、右前者については、前記他の有罪部分と併せて有罪の言い渡しをしたが、後者について無罪の言い渡しをしたことは、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。以下にその理由を説明する。

一、前掲各高等裁判所の判例の中の㈠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）は、左のとおりの判断をした。「道路交通法は、道路における危険の防止と、その他交通の安全と円滑を図ることを目的とするものであり、同法第七二条第一項は右目的達成のため、車輌等の交通により人の死傷、物の損壊等の事故が発生した場合の措置として、その前段において当該車輌の運転者その他の乗務員（以下運転者等という）に対し、直ちに車輌の運転を停止し、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（以下救護措置と略称する）を講ずべきことを命じ、その後段において、右交通事故発生の日時、場所、右交通事故による死傷者の数、及び負傷者の負傷の程度、並に損壊した物、及びその損壊の程度、並に当該交通事故について講じた措置をもよりの警察官に対し報告すること（以下報告義務と略称する）を命じている。これらはいずれも、交通事故発生による負傷者の救護並に交通秩序の回復を図ることを目的とするものであるが、同条項前段の趣旨は事故発生に関係ある運転者等に対し、先ず応急の救護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、以つ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つて、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、」と判断し、「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道路交通法第一一七条、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かれず、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、その罪を免かれるべきものでもない。」と判断し、なお、道路交通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、車輌等の交通事故による人の死傷又は物の損壊があつた場合に常に警察官に対する報告義務のあることを定めたものと再言し、同項後段の報告義務は、警察官による迅速な負傷者の救護、並に交通秩序の回復を目的とするものであることを重ねて述べ、結論的に、道路交通法第七二条第一項前段の救護措置を怠つた場合においても、なお、同項後段の報告義務が存するものと明確に判断したのである。

而して前掲各高等裁判所の、その他の判例の各判断も、右東京高等裁判所第三刑事部のそれと同様に、救護措置を怠つた場合においても、なお、報告義務が存するとしているのである。

右東京高等裁判所第三刑事部以下の各判例に示された判断が正当であること、従つて右判例は維持せられるべきものであることは、本件原判決言い渡し（昭和三八年四月一七日貴裁判所（大法廷）から言い渡された判例すなわち昭和三七年(あ)第五〇二号被告人菊地正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の判決中に、次の如く判示せられているのに照しても明らかに認められるところである。「道路交通法は、道路における危険の防止と交通の安全、円滑を図ることを目的とするものであり、右目的達成のため、同法七二条はその一項前段において、車輌等の交通による人の死傷又は物の損壊の交通事故のあつたときの措置として、『当該車両等の運転者その他の乗務員は、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。』と規定し、その後段において、『この場合において、当該車両等の運転者（運転者が死亡し又は負傷したためやむを得ないときは、その他の乗務員。）は……警察官……に当該事故が発生した日時及び場所、当該交通事故における死傷者の数及び負傷者の負傷の程度並びに損壊の程度並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。』と規定している。右規定の趣旨を前記道路交通法の目的に照して考えると、同条項前段は、交通事故があつた場合、事故発生に関係ある運転者等に対し、先ず応急の処置として救護等の措置を執るべきことを命じ、その後段は、この場合、すなわち、右前段にいう交通事故があつた場合において、人身の保護と交通の取締の責務を負う警察官をして、負傷者に対する万全の救護と交通秩序の回復に即時適切な処置を執らしめんがため、運転者等に右のような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を相当とする。」「交通事故があつたときは、前記運転者等は、救護等の措置と報告の措置の双方について、これが履行を義務づけられ……前者の義務の履行を怠つた場合においても、後者の義務を免れず、これを怠るときは当然報告義務違反の罪が成立」すると解すべきである旨を明示せられているのに照し、前掲各高等裁判所の判例は正当なものである。

二、然るに本件原判決は、右各高等裁判所の判例と異る判断をしたものである。すなわち、本件公訴事実中の報告義務違反の点につき被告人は無罪との言い渡しをする理由の判断として、「道路交通法七二条は、要するに交通事故が発生した場合において、当該車輛の運転者等に、時を移さず被害者の救護及び交通秩序の回復等緊急を要する応急措置をとることを定めた規定であつて、同条一項前段においてまず基本的なその救護等の義務を規定し、右規定に従つて運転者等が自身で講じた救護等の措置だけでは不十分な点もあるであろうことを考慮に入れ、同項後段において当該車輛の運転者等に対し、事故の内容、救護等の措置の概略を直ちに警察官に報告しなければならないことを規定し、一方報告を受けた警察官は、同条二項、三項によつて現場に臨み、さらに運転者に対し救護等必要な措置を指示することができることとして交通事故の被害者の救護、または道路における危険防止、その他交通の安全を図るため万遺漏なきを期しているのである。この観点からすれば、」と説示して、「道路交通法七二条一項前段の救護等の義務も、同項後段の報告義務も共に立法の趣

旨、目的を同じくするものであつて、決して同条項において独自の異なつた並列的な義務を規定したものではない。」「運転者等に必要にして十分な救護等の措置をとらせることが主眼で、ただそのためには警察官が介入して適宜指示を与えることが必要であるとの見地から補充的に前記報告義務を定めたものと解すべきである。」と判断し、「いわゆる『ひき逃げ』の場合において、当該車輛の運転者等が自身で本来の目的に添う救護等の措置を講じなかつた点の罪責を問う以上、これと同じ目的の下に補充的意義を有する報告義務違反の罪責を云々する理由は既に失われたものと解するのが正当である。」と判断したのである。而して本件被告人に対し、報告義務違反の点につき無罪と言い渡したのである。

右に詳述したとおり、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始めて問題にされ得るのであつて、未だ救護の義務を履行しない中は、報告義務違反に対する罰則は未だ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前段、後段の解釈に関し、前掲各高等裁判所の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本文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

昭和三八年(あ)第一〇四九号

被告人　村山一男

弁護人伊藤宣喜の答弁書

一、道路交通法第七二条第一項の解釈については、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運転者等は直ちに車両等の運転を停止し、負傷者を救護し、例へば出血多量の際における止血、呼吸停止の際における人工呼吸、骨折の場合における添木、寒冷時における保温等の手当のほか医師への急報、病院への搬入あるいは救急車派遣の要請等また道路に於ける危険を防止するに必要なる処置、例へば路上に放置されている負傷者または車両等を安全なる場所へ移動し、接近する車両に急を告げて二重の事故を防ぐ等、臨機応急の処置をとり、なおいやしくも物の損壊があつたと判断された限り車両等を停止し、結果的には道路交通の危険が生じておらず、従つて具体的措置を講ずる要がなかつた場合に於ても、これを生ずる危険があつたものとして、かゝる危険が全く生じていないことを十分確認するまでの措置を講じなければならぬのである。(同法第七二条第一項前段)

二、この場合において、即ち交通事故を起し、車両等を停止して負傷者の救護その他必要な措置を講じた場合において、当該車両等の運転者は、警察官が現場にいるときは当該警察官に、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当該交通事故が発生した日時及場所、当該交通事故における死傷者の数及び負傷の程度並びに損壊した物及びその損壊の程度並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故にこの報告義務は当該車両等の運転者が交通事故を起した現場にいることを前提として規定したもので、本件の場合の如く交通事故を起しながらそのまま現場を立ち去る場合は本項前段の違反のみが成立し、後段の適用はないのである。(東京高判昭三四、七、一五東高刑時報一〇、一一並に最判昭三七、五、二集未掲載御参照)

三、前掲第一項の救護措置義務と第二項の報告義務とは立法の趣旨及び目的を同一にするものであるから、茲に原判決を引用して之を維持します。

四、終りに右検事が道路交通法第七二条第一項後段、同法第一一九条の報告義務違反に関する規定を当該車両等の運転者が当該事故発生の現場にいないときまで拡張したるは罪とならない事実を有罪と誤まつて判定したものであります。

仍て本件上告は棄却さるべきであります。

右答弁いたします。

以上

昭和三七年(あ)第一五五七号

判決

本籍および住居　福岡市西新町一丁目七番地

無職

堀正人

大正一四年三月一五日生

右に対する所得税法違反被告事件について、昭和三七年六月四日福岡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

原判決を破棄する。

本件を福岡高等裁判所に差し戻す。

理由

被告人本人の上告趣意は、事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当らない。

しかしながら、所得税法六九条一項前段のいわゆる所得税逋脱罪は、所得税の納税義務ある者が詐偽その他の不正な行為をもつて、納税義務の履行を怠り（いわゆる逋脱行為）、その結果、税金を免れることにより成立する犯罪である故、その犯罪事実を認定するにあたつては、逋脱の犯意や逋脱行為にとどまらず、その行為により履行を免れた所得税額をも認定することを要すると解すべきであるところ、原判決は、被告人の逋脱の犯意および逋脱行為を認定しているものの、逋脱の結果については単に「同年分の所得金額は八八二、〇〇〇円をこえていたにかかわらず云々」と判示しているのみであつて、

逋脱にかかる所得税額を判示していない。かかる判示の程度では、逋脱の結果の認定としては不確定かつ不充分であるというべく、原判決はこの点に理由不備の違法がある。また、原判決は、第一審判決が否定した昭和二九年度期首における手持現金、売掛金、および借入金について、正確には確定することはできないが、相当額のものがあつたことを推認できるとしている反面、同年度期末の右各課目の金額については判示するところがないので、したがつてその相当額は全額同年度の財産増減の表中減の方に加算されてしかるべき金額である。しかるに原判決は、単に漠然と相当額と推認しているのみであつて、その金額を確定するところがないから、右金額の如何によつては、被告人の所得金額は、あるいは被告人が確定申告書に記載した所得金額よりも少額であるやも知れず、被告人にとつて有利な金額であることを疑い得る余地があり、その認定が不明確であることを免れず、このような認定にとどまつた原判決には、審理を尽さなかつた違法があるというべきである。

以上の理由不備および審理不尽の違法は、判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決は破棄、差戻を免れない。

よつて刑訴四一一条一号、四一三条により原判決を破棄し、本件を原裁判所である福岡高等裁判所に差し戻すべきものとし、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　浜本一夫公判出席

昭和三八年一二月一二日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　下飯坂潤夫

裁判官　斎藤朔郎

裁判官　長部謹吾

昭和三七年(あ)第一五五七号

所得税法違反

被告人　堀　正人

被告人の上告趣意

第一点　原判決文の二頁の七行の元入金につき「被告人の検察官に対する昭和三十一年六月六日付供述調書によれば開業当初（昭和二十八年五月頃）の取引は月数十万円の程度で、これから順次月を追うて取引が拡大したものであることが明らかであるとして、開業当初における元入金は合計七、五〇〇、〇〇〇円であつたとする被告人の主張を排斥したのは相当とすべきである。」と認定してあるが被告人の検察官に対する昭和三十一年六月六日付供述調書は開業当初の交際費の支払い高は月数十万円の程度であつたと供述したのを、古野検察事務官が筆記まちがいを犯したものであります。

此の点に関しては、原判決文の四頁の七行に「被告人はこれまでこの種の取引をした実績がなく、仕入先にも信用が乏しかつたのであるから、常時相当多額の現金を手許におく必要に迫られており。」とある如く月仕入高が三百万円として丸々二ヶ月後に全額回収し得たとしても、六百万円の仕入資金を現金にて準備し、又得意先開拓費用や営業経費も現金支払いの為め必要である故、開業当初元入金は合計七、五〇〇、〇〇〇円であつた事は確実である。元入金の認定については原判決は相互に矛盾を生じて居り、数十万円の元入金で、売上代金の回収期間を二ヶ月としても、月どうして、数百万円もの売上が出来るか、科学的に思考すれば、元入金は僅かであつたとの原判決は事実の誤認を犯して居り、それが判決に重大な影響を及ぼしているのであります。

第二点　原判決文の三頁の十行の「被告人ははじめから所得税を免れようと企てて当該年度中の取引その他の証憑書類を焼却して正規に記帳整理していないので。」とあるが、被告人は従来給料生活をしていて、所得税法の知識なく、当時中間町の味噌会館内の事務所が非常に狭ま苦しかつたし、取引関係の用事が終つたものは、保存の必要なし、又中間町から千

歳町の店舗付住宅へ引越の際取引上必要ないものは全部焼却したもので、所得税を免れようと企てゝ書類を焼却したのでないのです。此の点についても原判決は事実誤認を犯しているものであります。

第三点　原判決文の五頁の一行に「同期首における売掛金の点についても、原判決がいうように証人堀愛子、同和佐野幸太郎の供述は、被告人との身分的関係からして措信し難いとしても、証人西岡寛次の供述は同人は当該年度当初富士銀行の預金係長をしていたものであり、その供述内容をみても措信できないものではなく。」と、あるが、事実被告人主張の通り、当時の一ヶ月売上高はおよそ、八、九百万円程度であつたので、二ヶ月分として、昭和二十九年期首に於いて、千四、五百万円の売掛金と手持現金二百八十万円とがあつた事は確実である。

第四点　原判決文の八頁の十行の「被告人ははじめから取引の証憑書類を焼却して販売収入を正規に記帳整理せず。」と、あるが、被告人は前述の如く所得税法の知識がなかつたので、如斯ミステークを犯したものである。

又原判決文の八頁の十三行の「原判決が挙示する証拠とくに預金関係のものをあわせ考量すると、その額こそ正確に確定することはできないとしても。」と、あるが、原判決は昭和二十九年度分の被告人の所得を推計するのに余りにも銀行預金の預入、引出の收支の数字等にとらわれすぎて所得の計算上最も重要なる昭和二十八年期末の売掛金の有り高や、昭和二十九年期末の売掛金の有り高等を軽視したために事実を誤認してあるものであります。

第五点　原判決文の十頁の九行の「虚偽の所得税確定申告書を所轄博多税務署長宛提出し。」と、あるが、被告人は前陳の如く従来給料生活によつて、終戦後失職したがため、事業を開始した者であつて税法その他の法規に通ぜず、昭和二十九年分の所得は昭和三十年三月一日に所得額八八二、〇〇〇円の確定申告をなし、其の後所得の判明によつて更に、昭和三十一年四月一、二三六、〇〇〇円の修正申告をなし、詐欺その他不正行為の事実なく昭和二十九年分の納税の義務を完了したる善意の行為は、情状酌量して然る可きであると思料致します。

原判決は所得税の追徴を課せず、懲役のみ四月に処すると判決されたのであります。所得税の追徴なきことは当然所得税法第六十九条に該当しないのであります。又追徴ないことは所得税を免れたものでありません。以上の理由によつて所得税を免れたものでない者に懲役に処する判決は不当であると思料致します。

右の如く被告人は昭和二十九年度分の所得を一、二三六、〇〇〇円也と修正申告し、税金を完納したにも不拘、所得税法第六十九条第一項に該当するとするならば、果たして幾何の所得が真実であつたかの確実なる証明がなされなければ条理に反するのであるが、之を裏付ける十分なる証明がないまゝ推計により、逋脱罪を犯したとの原判決の認定は裁判の大原則である。「疑はしきは罰せず。」との精神に反したものである。

以上諸般の情状により、被告人に無罪の判決あるべき事案と信ずるものであります。依つて原判決は事実の誤認が、甚しく判決に影響を及ぼして居り、之を破棄しなければ著しく正義に反するものと思料致します。

以　上

昭和三七年(あ)第二〇五六号

決　　定

本　籍　愛媛県周桑郡三芳町大字実報寺甲八六二番地
住　居　同県今治市榎町二丁目　南条元一方
工　員　竹田　明　昭和一六年一一月二一日生

右に対する窃盗、恐喝、恐喝未遂被告事件について、昭和三七年八月二〇日高松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。
当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

被告本人の上告趣意は量刑の非難であり、弁護人馬場敏郎の上告趣意は単なる法令違反と本件に適切でない判例違反をいう前提欠如の主張であつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。なお、記録によれば松山家庭裁判所は少年であつた被告人を恐喝等の事実について少年法二五条によるいわゆる試験観察に付したところ、その後被告人は所在をくらまして呼出に応ぜず、右家庭裁判所が高松警察署から別件である本件窃盗の事実につき被告人を逮捕した旨の連絡を受けたときは、被告人は成人年令に切迫していて身柄及び事件の移送による併合審判等の措置をとる余裕がなかつたため、結局右裁判

昭和三八年一二月一二日決定　昭和三七年(あ)第二〇五六号

所は右恐喝等の事実につき被告人の年令超過を理由とする検察官送致決定をした経過を窺知することができる。そして右経過に徴すれば右検察官送致決定に所論のような違法のかどは見当らず、従つてこれらの事実に関する検察官送致決定の不存在を理由として公訴提起の無効を主張する点はその理由がないものと云わなければならない。

よつて、刑訴四一四条、三八六条一項三号、一八一条一項本文により裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和三八年一二月一二日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　下飯坂　潤夫

裁判官　入江　俊郎

裁判官　斎藤　朔郎

裁判官　部　謹吾

裁判官　長

昭和三七年(あ)第二〇五六号

窃盗、恐喝、恐喝未遂

被告人の上告趣意

母からの忠告に心の平安を求め、試練も仏の恵で有ると言う心境に落着く今日被告人は今年度の成人を機会として、決意も新たに張り切つております。

原判決が被告人のため、いちじるしく不利益だから正義に反する事案の真実を認めて、

更に其の裁判を更生せられ改心し、真面目に働き更生する事を誓いますから何卒被告人を真面目にする点を考慮下さい。

今回に限り犯情の情状に因り軽減為し下さい。必ずしも重刑を科する事が改過遷善の所為ではなく母が極貧の生活を味い苦しんでいる事実に同情の想いを致され、一面不幸な境遇に照し鑑み案じられて、極重悪人ではありませぬので、艱苦の境遇にある被告人をして折角、真面目に働こう、復帰しようとする決意を何卒、踏みにじらないで、被告人を真人間にすべく適応性の判定に因つて名判官にふさわしき人情味あふるる情けが有つて最も利益ある判決の宣告を更に賜わらん事を謹みて御願い致します。

只今、保釈中の身心で御座いますが被告人も長い未決修養が身に入り、現在では、保釈出所以来、別紙の如く青果市場にて家計の事を思い一生懸命働き続けています。

太田青果店の主人も私の生来を考えてやると、ひどく導引いて呉れます。今後、必ず真面目な青年として生きて行きますから、

何卒、利益有る判決宣告を御願い致します。

主　文

被告人　竹田　明

(1) 刑の量定が不当で不服で有る理由、量定不当と謂うべき事実。

① 判示第一、第二事実、恐喝、同未遂は犯意のなかつたもので有るから法律上の酌量減軽すべき理由となる事由があるのに判示適用欄には法律上の減軽及び酌量減軽を為して貰つていない実状にある事由。

以　上

昭和三七年(あ)第二〇五六号

窃盗、恐喝、恐喝未遂　　被告人　竹田明

弁護人馬場敏郎の上告趣意

原審は、最高裁判所の判例と相反する判断をなし、その判断が判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄さるべきである。

第一点

一、被告人の起訴事実のうち、窃盗については、昭和三六年十一月二〇日、高松家裁昭和三六年少第一〇七四号の決定をもつて、検察官へ逆送されているが、恐喝及び恐喝未遂については、第一審記録中には、家裁が右起訴事実につき検察官送致の決定をなした事実を認めることができず、原審もまたその瑕疵を看過してその証拠調を行つていない。

そもそも検察官が、少年法第二〇条により送致を受けた少年につき、余罪のあることが判明したとき、右余罪について、家裁を経由しなくとも起訴できるかについては、争いのあるところであつたが、

最高裁判所は、昭和二八年三月二六日の判決（刑集七巻三号六四一頁）をもつて「少年事件を起訴するにあたつては、すべて一たん保護を目的とする機関である家庭裁判所の門をくぐらせ、その審査を経るということが現行少年法の重要な眼目であると解すべきである」として、余罪といえども家庭裁判所を経由しないで起訴することは無効であるとした。

従つて第一審判決は、恐喝及び恐喝未遂については、公訴の提起が無効であるから、刑訴法第三三八条四号により公訴棄却の判決をなすべきであつたにも拘らず有罪の判決をなした違法があり、原判決は右違法を看過したものである。

二、原審記録には、松山地検検務一課長発信の法務電報が添付され（記録四二五丁）、それによれば、恐喝及び恐喝未遂

事件はつぎのように処理されている。「一、昭和三六年八月二五日勾留のまま松山家裁へ送致（同日観護措置決定）
二、同年九月一八日、同家裁において、試験観察決定（即日観護措置取決定）
三、略
四、同年十一月下旬に至つて高松警察署より、同家裁へ右被告人を別件で逮捕した旨の連絡があつたが、同家裁においては、成人年令に切迫していたため、そのまま同月二七日年令超過による検察官送致決定に付した。（同月三〇日高松地検へ移送済）」。

しかし、年令超過による検察官送致決定は、少年法十九条二項、同法二三条三項の場合にのみ許されるのであり、成人年令に切迫している故をもつて成人になるのを待つて右送致をすることは、保護を目的とする少年法の趣旨に反するものと解せられるから、法務電信第四項の送致決定は違法であり、結局恐喝及び恐喝未遂については、家庭裁判所の送致決定がなかつたものと解せざるをえない。

三、犯行当時少年であつたが故に、家庭裁判所に送致され、同家裁において試験観察の決定のあつた事件は、そのご成年になつたからといつて直に起訴することは、少年法の精神に反する処置であるというべきである。被告人は、その控訴趣意書の第一点第二項（記録三三四丁裏）において、「恐喝はすでに保護処分になつているつもりでいたのが、再び刑事処分になつた」と訴えている。

被告人の右の訴えは理由がないとはいえ、刑はその受ける者に対して充分な説得力をもつて下される必要のあることはいうまでもない。試験観察中であつた被告人がその後余罪を犯したことにより、家庭裁判所が刑事処分相当の決定をした場合は、納得のいく所であつた筈である。

本件においては、たとえ成人になつた後においても少年事件として扱うのが法の趣旨であるといわなければならな

い。

四、以上のごとく、被告人の恐喝及び恐喝未遂事件については、検察官送致の決定がなかつたものであるから公訴棄却の判決を言渡すべきであつたのであり、それに反した原判決は最高裁判所の判例と相反し、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、破棄さるべきである。

以　上

昭和三八年(あ)第一一一二号

決　定

本　籍　兵庫県神戸市須磨区東須磨南町一丁目二番地
住　居　同県同市同区潮見台町二丁目一九番の七
会社役員　椿　原　丈　夫　大正七年九月二九日生

右に対する有印公文書変造被告事件について、昭和三八年三月五日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人および原審弁護人定塚道雄、同大西保、同定塚脩から上告の申立があつたので当裁判所は次の通り決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人定塚道雄、同大西保、同定塚脩の上告趣意は、事実誤認、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（本件文書を有印公文書にあたるとした原判断は正当と認める）。

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。

昭和三八年一二月一二日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　長　部　謹　吾

昭和三八年一二月一二日決定　昭和三八年(あ)第一一一二号

裁判官　入江俊郎
裁判官　下飯坂潤夫
裁判官　斎藤朔郎

有印公文書変造

被告人　椿原丈夫

弁護人定塚道雄、同大西保、同定塚脩の上告趣意

原判決には刑事訴訟法四一一条第一号の判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、法令適用の誤りが存すると同時に、同法第三号の判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があつて、原判決を破毀しなければ著しく正義に反する。

東京高等裁判所の控訴審判決（原判決）は、

「ところが神戸税関における昭和三〇年一〇月頃までの取扱いは原判示のとおりであつて、申請書に押捺される印が東京税関におけるものと違うばかりでなく……」

と記載しているが、神戸税関における取扱いは明治大正の昔から今日に至るまで何の変化も変更もないのであつて、「昭和三〇年一〇月頃までの取扱い……」というようなことが、どうして現われてくるのか甚しい不可解事である。つづいて原判決は、

「業者に交付された一通も……」

と記載するが、業者に交付されてはいない。旅具課で作成したものを乗船官吏が収納するのみで、業者は便宜ないし親切で乗船官吏の処まで届けて欲しいという税関の依頼に応ずる場合がないとは云えないが、業者に交付されたものではない。業者には一通も交付されないのである。また、明治大正の昔から現在まで少しも取扱いが変つていないのであるから、原判決のいうように、

「神戸税関における右取扱いももともと関税法及び大蔵省関税法基本通達三―二三―一にそつて行われてきた慣であるから」

などということは全くない。

原審証人中柳井氏は最も権威がある現職官吏であり、現在神戸税関における本件に関する職務を担当している責任の地位にある公務員であるこの二回に亘る明確な証言に対し、原判決は一片の判断も下していない。しかし、これを信ずる以外に本件を解明すべき何の手がかりもないことは明らかである。柳井証言は次の通りである。

問　業者が船積承認申請書を二通出したときに、旅具課ではどのような印を押すのが正しいのですか、

柳井　その二通に旅具課と書いた日附印を押すのが正しいのです。昔から提出された申請書全部に旅具課と書いた日付印を押しております。

問　その二通は業者に返されますか、

柳井　二通の内一通は旅具課でとりこれが原本となります。残り一通は業者に持たせて、船積荷物と共に本船に行かせ、乗船官吏に手渡させます。

問　乗船官吏はその一通を業者から受取つてどう扱うのですか、

柳井　その裏に認船積（ローデッド）の判を押して乗船官吏が収納し、これで書類手続は完了となります、乗船官吏は、後（あと）でこれを旅具課に返し、旅具課では、前に旅具課で取つておいた申請書と対照するということになります。税関吏員として作るべき文書は以上の二通だけで、他にはありません。このように手続されれば、業者の手許には何も残らないわけです。

問　業者の方で正規の二通の他に、仮りに申請書写を一通出した時にはどうなりますか、

柳井　やはり正規の二通だけに旅具課日附印を押して前に申上げた通りにやるべきです。

問　正規の二通の他に写一通にも判を押すのではないですか、

柳井　いいえ、そうすべきではありません。写の方にも判を押したとすれば、それは間違いです。

問　ところが、こんな判を押したのが業者の手許に残つているのですが、

（この時昭和三六年押第六二八号の一の二のうち昭和三五年一月六日附申請番号兵四三のもの一通を示す（起訴された一通である）

柳井　これが業者の手許に残されていたとすれば、全く間違つて判を押したものと思います。しかも、旅具課日付印であるべきところを、これには許可印の日附印が押してあります。許可印は誤つて押したものと判断されます。許可印は土産物等携帯品を対象にするときに押捺するものであるし、何れにしても日附印等は課内的なもので、最終的には庁印がなければ公文書にならないと思います、間違えて許可日附印を押したからと言つて、それが公文書になることはないと思います。

問　椿原君の話では、以前に許可印を押して、これは誤りだといつて旅具課印を押し直した官吏があつたということだが、

柳井　そんなこともあつたかも知れませぬ、旅具課印が正しいのですが、いずれにしても受付の意味、日附の意味しかありません。

問　神戸税関では、昭和三一年五、六月頃以降船用品積込承認申請書を三通以上提出することにより、少くとも一通が業者の手許に残るように取扱えという訓令が出ましたか、

柳井　そんな訓令は出て居りません。

右の柳井証言は、神戸税関が収納した二通以外のものは仮りにあるとしても「ほご」にすぎない。本件起訴の対象となつたタツタ一通の書面は神戸税関としては「ほご」にすぎないと公人として断定している。公的に三通作るにはどうすれば良

いかという意地の悪い質問があつたとすれば、二通だけで三通作る方法はないと断定する他ない。その公的な二通も外部に出さない書面である。内部的な書面である。内部的な書類には課印を押すことにしているのである。故に課印を押してあるのである。内部的処理には日附を明らかにしたスタンプが便利であるから日附印を押しているのである。外部に出すものなら庁印を押すのであるがこの正式の二通は外部に出さないものの故庁印を押していないといつているのである。しかし、どう考えても旅具課印であるべきで携帯品許可のときの許可された品に押すべき許可印を押したのはどう考えても全くの誤捺であると証言しているのである。

本件文書、本件で起訴された文書すなわち本件で問題とすべき文書は、唯一通のみで、それは押収されている。この押収されている一通には、右にいう乗船官吏のローデッドの判はない。ところが一審判決はこのローデッドの判のあるものが船積承認書の原本であるといつているのである。これが原本たる公文書であるといつているのである。これは裏面に押されるが、本件では、このローデッドの判はないのである。

刑法一五五条は「公務員の作ル可キ文書」といつているのであるが、本件の一通は間違つて押されたものであつて、公務員の作るべき文書でないことはおのづから明らかである。極めて明らかに公文書でない。

当方から原審公判に提出して領置中の外国製葉巻のケースに日附入りの許可印が押されているが、このように乗陸する船員の携帯品に押すために旅具課に置いてあるのがこの許可印で、携帯品の持出し許可という軽い意味で押されるものである。これを間違つて押したのである。受附印、日附印は、裁判所でも控訴趣意書を出した時に日附と裁判所名の入つているゴム印を弁護士の控の控訴趣意書などに押して貰つているが、これはその日に受付けて貰つたことを判らせる軽い意味のものである。そのため弁護士の手許にある控訴趣意書のコピイ写が公文書となることはない。そんな日附印を押すところを、間違つて押印したのが本件である。

原判決は乱ぼうにも、

「許可印はもつぱら輸入携帯品に押捺する取扱いであつたとしても、実際上はしばしば旅具課印の代りに許可印が押捺されており、許可印が旅具課印に代用される慣行があつた」

としているが、本件文書には「許可印」がありそれが有罪無罪の分れ目になつているのに、事実を認定しないで、どちらともとれる「……あつたとしても」という表現は不まじめではないだろうか。そして右の後半は全く事実無根である。また、証こによるも「慣行」というようなものは全くなかつたと神戸税関の責任者が証言しているのに、慣行により「公務員ノ作ル可キ文書」となつたとでも言わなければ、有罪の認定は不可能ではないか。そこまでの認定もなく、それに反する証拠の排斥についても一言のあいさつもなくして、刑法一五五条を適用したのは、判決に影響を及ぼすべき法令の違反であると同時に、重大な事実の誤認でもある。

業者の手許にある本件写一通は、税関係員がその職務上の権限に基き作成したものでないことはきわめて明りようである。その記載内容を承認もしていないし、許可もしていない。また、その記載内容が神戸税関に提出されたものと同一であることを確認もしていないし、証明もしていない。受付印を誤捺した神戸税関旅具課係員には右のような承認、確認、証明などをあたえる権限は全くないから、申請書に誤捺された旅具課の日附印は控訴趣意書に押捺される受付印と全く同一であつて、少しの異るところもない。たゞ、本件の一通は誤捺であるから、一層公文書でないことが明りようなだけである。

「公務員ノ作ル可キ文書」ではない。大蔵省税関部では、定められた部数以上の書類が公文書としての効力を持つためには、必ず一件づつ規定部数を超える毎に三十円を国庫に収納して後に税関において原本対照を行い、それから押印したものでないと公文書としていない。それ以外の書類は公文書としては成立せず、原判決は完全に誤つている。

検事は神戸船食の保存したコピー写私文書を原本であるといつて起訴した（起訴状御参照）。一、二審の審理により然ら

ざることが判明した。第一審記録中神戸税関長から裁判所宛の公文書に、明確に、承認書の原本は税関に保管されていると記載している。一点の疑義なき事実を原判決は誤認している。

神戸税関における本件関係の直接責任者である柳井課長、この場合における最高責任者である柳井課長が、旅具課ゴム印、許可ゴム印などの日附印は「課内的なもので、最終的には庁印がなければ、公文書にならない」と断定しているのである。本件の文書一通にゴム印がもしないとすれば、どうみても私文書たる申請書そのものであることは一点の疑いもないが、このゴム印は柳井課長によれば日附印なのである。即ち、前掲の「東京高等裁判所第四刑事部昭和三六・八・三一のゴム印と同様のものである。偶々官庁名のあるゴム印だから公文書となるはづなく、外部に対して官庁が発する意味のない以上公務員の作るべき文書でない。法律上公務員の作るべき文書とみることはできない。しかも、本件は間違つてゴム印を押捺したことが明らかであるから、私文書たる申請書が、この誤捺、誤押のためにその性質を変ずるいわれなく、私文書のままであり、あるいは私文書の写として文書以前の状態のままである。また、税関においては船積承認―ローデッドの意味は重大である。船積承認書は公務員の作るべき文書であるから、原審がこれに反する証言を斥けて、ローデッドの裏判あるものを原本なりとしたのは、その点だけをみれば、考え方として正当なものを含んでいる。この正当な考え方を押し進めれば、本件の文書はどの点からみても有印公文書でないと認定さるべきであつた。

控訴趣意書写に東京高等裁判所の受附日附印のある私文書を弁護人が所持保管していても不法でないと同じく、承認書の単なる写を業者が所持保管することは自己作成の私文書を所持保管することで差支えない。それに誤つて、無関係なゴム印が押してあつた。日附がそれに入つていた。こちらが間違つたのではなく、公務員が間違つたのであるが、そのために公文書となるものではない。公文書となつた文書は二通とも神戸税関に保管されて居り、被告人はこれにふれたこともない。その二通とも、今は裁判所に押収されているから比較対照願いたい。げれども、その二通以

外の間違つて押され、誤捺の許可日附印をもつ、そしてローデッドの裏判のない本件一通の文書が業者手許の単なる余分タイプで、その性質は日附印の誤捺によつて変更を生ずるいわれもない。

本件一通の文書は業者たる被告人の手許に残されていたものであるが、全く間違つて判を押したものであることは、いまや明らかである。旅具課日附印ならば多少の疑問をいう人もあるかも知れぬが、これには許可日附印がよい加げんな箇所に押してあり、これは誤つて押したものであることは証言により明らかである。許可印は土産物などの携帯品に、酒ならばレッテルの白い部分の見易い処に、煙草ならば外箱にという風に、品物そのものに押捺するもので文書に押す印ではない。間違えて許可日附印を押したからといつて、それが公文書となることはない。本件が刑法法条の公務員の作るべき文書でないことは余りにも明らかである。

その他、昭和三一年五、六月頃に新たな慣行上の職務が発生したこともないし、何らかの新しい権限が発生して公的認証をあたえるようになつたなどということは全くない。

以上、第一、二審判決を通じて、もつとも残念に思うのは、判決内容のどこを探しても、「疑わしきは罪とならず」とか、「疑わしきは軽きに従う」という考え方の一片も、これを発見し得ないことである。刑事判決の根本的な態度に疑いをもたねばならぬのは、この事件の弁護人として不幸これに過ぎるものはない。残念とせざるを得ない。

また、「有印公文書変造」はその法定刑一年以上十年以下の懲役で、短期が懲役一年ゆえ、いわゆる重罪である。犯罪三分説による、重罪、軽罪、違警罪のうち、重罪に属している。これが現行法である。しかし、文書偽造を公文書偽造と私文書偽造とに分けて、公文書は重罪、私文書はきわめて軽くというのは、きわめて古い刑法思想であり、社会の実情から全く遊りしている。中世紀においては妥当なものであつたかも知れないが、近代社会の発達は、公文書なるが故に重くは誤りであると共に、私文書なるが故に軽くも誤りであることを明らかにしている。現在の実際社会は、私文書にして重要であり重

く罰すべきものが多いと共に、公文書にして重要性殆んどなく、重罪の法定刑の赤面に価するものすこぶる多い。法廷に現われた実際の事件においても、公私の分類は甚だ不都合、不合理であることを歴然と示している。法曹実務家のまじめな反省が焦びの急と思う。しかるに、刑法準備草案が旧態依然たる条項を並べているのは、悲しむべき不勉強である。西独はじめ西欧の諸立法諸草案は、既に公私の分類を全廃し、全く新たな規準によつて文書偽造の構成要件を定立し、社会の実際に適合せしめている。

公私の分類を固守する現行法においては、形式的な無意味な重刑をさけるためにも、公文書における「公務員ノ作ル可キ文書」などの解釈を文字通りに、きびしく解すべきであるが、本件では、その点に対しての審理らしい審理も、考察らしい考察も全く見出すことができない。本件起訴状では、旅具課係員が窓口にあつて携帯品用ゴム印を誤捺した唯一枚の文書を問題にしているものである。重罪事件として。そして、第一審判決はこの起訴状の事実を無罪と断じた。しかるに訴因の追加点を強いて有罪としたのであるが、これを受けた第二審では審理不じんも甚しく、文書偽造の理論と証ことによれば、当然無罪たるべきである。このことをかえりみれば、有罪の理由が判らない。すみやかに、原審に差戻して、事実審理をなさしむべき事案である。

「公務員ノ作ル可キ文書」という表現は、公務員、公務所におけるきわめて多端、多面にわたる無数の文書中、何を以つて重罪にあたる公文書偽造の目的物件であるかに付、重要な制限を付するものと解すべきである。作るべき文書であつて、公務員の作つた一切の文書ではないのである。反対説はあるが、例えば、「草案」のように事実の証明力を適確に生じないもの、いまだ確定的な意思表示でないものは、いわゆる文書ではないと解すべきである。謄本は文書であるが、単なる写本ないし写（コピー）は文書ではない。本件は公務員の作るべき文書ではなくて、公務員の作るべからざる文書である、また、見方によつては、文書ですらないと解し得るものである。業者（被告人）の単なるコピーに旅具課係員が手近にあつた

無関係のゴム印を誤捺したものである。それで重罪の対象たる「公文書」に変化すべきいわれがない。

以　上

昭和三八年(あ)第一二〇二号

判　決

本　籍　茨城県猿島郡猿島町大字逆井一五六〇番地
住　居　同県古河市大字古河二八八三番地
会社社員
八　代　芳　蔵
明治三一年一月二五日生

本　籍　茨城県猿島郡総和村大字下大野二〇七一番地
住　居　右に同じ
会社社長
塚　田　義　一
明治三七年一〇月二三日生

右両名に対する各公職選挙法違反被告事件について、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

被告人塚田義一の弁護人小中公毅の上告趣意について。

昭和三八年一二月一二日判決　昭和三八年(あ)第一二〇二号

所論は違憲をいう点もあるが、実質は事実誤認、単なる訴訟法違反の主張を出でないものであつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人塚田義一の弁護人長島忠信の上告趣意について。

所論中判例違反をいう点は、引用の判例は事案を異にし本件に適切でなく、その余の論旨は単なる訴訟法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（所論刑訴規則一六〇条一項七号違反を主張する点は、刑訴二二八条二項の弁護人の立会が裁判官の裁量によるものであり、また記録によれば、本件において所論証人尋問調書の証拠調請求に際し異議申立のなかつたことが明らかである点からみて、右の違法が直ちに右証人尋問請求手続、ひいてこれに基く証人尋問手続および証人尋問調書の無効を来たすものではないとした原判示は正当と認められる。）。

被告人塚田義一本人の上告趣意について。

所論は、事実誤認、量刑不当の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人塚田義一、同八代芳蔵の弁護人柏木博の上告趣意について。

所論は単なる訴訟法違反、事実誤認の主張を出でないもので、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

刑訴規則一六〇条一項七号違反の主張については、被告人塚田義一の弁護人長島忠信の上告趣意に対する前記判示参照。）。

被告人塚田義一、同八代芳蔵の弁護人飯塚信夫の上告趣意第一点について。

所論は違憲をいうが、実質は単なる訴訟法違反の主張に帰し、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同第二点について。

所論中憲法三七条違反をいう点は、同条二項の規定が、刑事被告人に対し、受訴裁判所の訴訟手続において、すべての証人に対して審問する機会を充分に与えられる権利を保障したものであつて、捜査手続における保障規定ではないこと、刑訴

二二八条は前二条の規定とともに、同一九七条一項に基づき規定された検察官の強制捜査処分請求に関する規定であつて、受訴裁判所の訴訟手続に関する規定ではないこと、および刑訴二二八条二項の規定が同条の証人尋問につき、被告人、被疑者、弁護人の立会を任意にしたからといつて、憲法三七条二項に反するものではないことは、原判決引用の当裁判所の昭和二七年六月一八日大法廷判決の示すとおりであり、また、検察官から刑訴二二七条に基づき証人尋問請求がなされ、裁判官から尋問を受けた本件の所論各証人は、原判示のとおり、第一審の公判準備期日において、それぞれ尋問され、被告人側の反対尋問にさらされ、所論各尋問調書の内容について尋問を受けているのであるから、所論各尋問調書を刑訴三二一条一項一号により証拠としても、その措置が憲法三七条二項に違反するものでないことは、原判決引用の当裁判所の昭和二五年一〇月四日大法廷決定、同三五年一二月一六日第二小法廷判決とその引用する同二四年五月一八日大法廷判決に照らし明らかである。それ故、所論憲法三七条違反の主張は、前記当裁判所各判例に照らし、採るを得ない。

その余の論旨は違憲をいうが、実質は単なる訴訟法違反、事実誤認の主張に帰し、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同第三点について。

所論は単なる訴訟法違反、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。

記録を調べても、所論の点につき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。

昭和三八年一二月一二日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　下飯坂潤夫

昭和三八年一二月一二日判決　昭和三八年(あ)第一二〇二号

裁判官　斎藤朔郎

裁判官　部謹吾

裁判官長

公職選挙法違反

被告人　塚田義一

弁護人小中公毅の上告趣意

原判決が右被告人塚田義一に対して宣告した判決にはその罪となるべき事実の認定に重大な誤認があつて、その誤認は当然に判決に影響を及ぼすものであることが明らかであつて、而もその誤りの因つて為された所以は原判決の為した証拠の取捨選択に法令に違反するものがあつた為めであり、その結果、憲法が保障しておる基本的人権の侵害の虞があつて、之を破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。

上告理由

原判決は被告人塚田義一に関しその罪となるべき事実として第一審判決の判示第一、第三、第四の事実を支持し、その理由として「原判決挙示の関係証拠を綜合すれば原判決の判示事実はすべてこれを肯認するに足る」としておるのである。然し乍ら本被告事件の第一審及び原審の各公判で取調べられた証拠の中には当弁護人が原審に提出弁論した弁論要旨に引照したとおり、当該被告人塚田義一の供述、原審相被告人八代芳蔵の公判供述を始めとして公判証人本沢彦、青木良助（以上右第一事実に干するもの）森道雄、木村倍二、知久義雄（以上右第三事実に干するもの）田中彦三郎、黒川善兵衛、渡辺周三郎（以上右第四事実に干するもの）等の各証言に徴すると右各判示認定は少くとも被告人塚田に関する限り全く事の真相に反した甚しい誤認であるとせざるを得ないものが存するのである、然るに原判決は右各証拠について、いずれも「右認定に反する部分は措信し難い」として一蹴し去つているのであるが、当弁護人としては、かように同一事件における証拠の中に互に相反する内容を有するものが存在する場合之が取捨選択に際しては慎重の上にも慎重を期されるべきであつたと遺憾に耐えないものがあるのである、勿論事実承審官である裁判官は刑訴法三一八条に則りその証拠についてはその自由な判断に

委ねられているのであるが、その判断なるものは条理に合致した方法で慎重の上にも慎重に為されなければならないこと、又論を要せざるところなのである。

想うに刑訴法なるものが制定された所以即ち同法の目的とするところは同法第一条に明記しておるとおり、この訴訟手続によつて事案の真相が明らかにされて、これに関する刑罰法令が適正に而も迅速に適用されることを期するにあるが、本被告事件のように特に被告人塚田に関するものについて、その取調べられた証拠の中に互に相反するものがある場合、当該事実承審官がそのいずれを採つて以て事実認定の為めに資するかによつて、有罪か無罪かに岐かれんとする重大なる事態が生ずるのである、それ故に法によつてその自由な判断に委ねられているからということで軽々しく措置されるようなことがありとすれば、即ちそれが為めにその判断が事案の真相に合致しないものであつたとすれば、法が懸念している処の或いは被告人その他干係人の基本的人権が侵害され若しく公共の福祉に反する結果を招来するという由々しき事態の生来することにならざるを得ないのである。

かように考えながら、当弁護人は「証拠そのものは事実そのものでない」「証拠はそれ自体証拠に過ぎない」ということを想起したのである、過去における事例で証拠として正しく適格であると考えられた資料によつて判断した結果が、後になつて真犯人が現われたりしてその証拠なるものが事案の真相を現わしていないことが判つて再審においてその誤りが訂正されたことがあるのである。

当弁護人としてはこの事件の第二審の審判に当つた裁判官諸公は当弁護人が知る限りにおいて最も信頼し尊敬することのできる方々である。（被告人塚田も当弁護人に同様な感想を漏らしていたのであるが）然し少くとも本件について為された原判決における証拠上の判断、事実の認定には遺憾乍ら承服することが出来ないのである、当弁護人は原審で本被告事件の弁護を受任し記録を精査し直接同被告人に接して事情を聴取した結果、前掲弁論要旨なるものを原審に提出弁論したのであ

つたが、それにも拘らず、その意に反して控訴棄却という判決が宣告せられたので、或いは神ならぬ身の到らなかつた為であつたのかと反省して見たのであつたが、その危惧も去る五月廿三日附書簡が同被告人から当弁護人宛に郵送されて、これを披見するに及んで、やはり前に本被告事件について考えていたことが誤りでなかつたことを再確認することができたのである。

当弁護人は過去の経験に照らして人の行いはその人の心の反影である、従つて善人善を為し、悪人悪を為すという言葉は至言であると確信しておるものであるが、この点について被告人塚田について観る時、同人は夙に茨城県議会議員として又その前期にはその議長として同僚議員等からは勿論、その地元民からばかりでなく同全県民等から絶対的な信頼を受け敬愛されて来たものであることは公知の事実なのである、その人物即ち人間的価値において人に優れた仁なのである、この人が仮にも法律違反を犯していながら、敢てその刑責を免れんとして徒に虚言を弄するものとは到底考えられないところなのである、この同被告人は事の真相を最終審である当審において明らかにすべく切望しているのであるが、その為めに自ら「最高裁上告趣意書」と題して印刷した書面を作成して過日最高裁判所に提出してありますから、御高覧下さいますように願います。

尚同被告人は今春行われた地方一斉選挙の際には自らは公判審理中の者であることを想い同県会議員立候補を遠慮し自宅に引籠り謹慎中であつたのであるが、その地元民の推せん候補として立派に当選したとのことであつて、この一事を見ても如何に同被告人の郷土における人望が厚いかということが判るのである。

以上要するに原判決及び第一審判決がその判示する如く同被告人が公職選挙法に違背するような所為に出でたと判断したその事実認定には判決に影響を及ぼすことの明らかな重大な誤認があつて右判決がこのような誤りを為すに至つたのはその証拠の取捨選択に法令適用についての誤りがあつた為めであり、若しも当審において尚右判決の事実認定を維持されるよう

なことがあれば、同被告人は法令上の理由なきに拘らず刑罰を受けねばならないことになつて憲法がその第十一条において同被告人に保障しておる基本的人権が侵害されるに至るという重大な事態を生ずる虞があり、従つて貴庁におかせられては速かに原判決を破棄して之を是正するに非れば著しく正義に反するに至るものであることを上申し以て当弁護人の上告の趣意とする次第である。

尚前段文中に援用した同被告人が当弁護人に郵送した書簡を点綴しておきますから、御参考として御高覧賜わりたい。

以　上

昭和三八年(あ)第一二〇二号

公職選挙法違反

被告人　塚田義一

弁護人長島忠信の上告趣意

一、原判決には従来の判例に背き著しく正義に反する訴訟手続を容認して居る違法がある。

昭和二五年三月三〇日最高裁判所第一小法廷の刑事訴訟規則第五四条、第五五条裁判書の記載要件に関する誤記を以て原判決が著しく正義に反するものとして之を破毀されて居り右規則の手続違反と雖も著しく正義に反する場合として厳に説示されて居る。

然るに原判決は其判決理由中弁護人が刑事訴訟規則第一六〇条第一項第七号によれば同規則第二二七条の証人尋問請求書には被疑者に弁護人があるときはその氏名を記載しなければならないと規定されて居るのに検察官はその尋問請求書に当時既に水戸地方検察庁下妻支部に弁護届を提出し弁護活動をして居つた弁護士長島忠信の氏名を記載しなかつたもので斯る違法な請求によつて作成された証人の尋問調書は固より其証拠力のあるべき筈はないから之れを有効として事実認定の証拠として採用した第一審判決には法令違反がある。然るに之れを有効とした原審の判断も亦誤れるものと言わねばならない。

原審は此点につき

「検察官が刑事訴訟法第二二七条により昭和三五年一二月三日付証人尋問請求書を以つて田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛、同月六日付証人尋問請求書を以つて竹内正、梅田彌平、新井政雄の証人尋問を請求した当時既に被告人八代において弁護士長島忠信を弁護人に選任し、その届書が水戸地方検察庁下妻支部に提出されていたのに拘わらず、各証人尋問請求書に右弁護人の氏名の記載がなされていないこと及び請求を受けた裁判官が右弁護人を立会せないでその尋

問を施行したことが認められ、右請求の手続が刑事訴訟規則第一六〇条第一項第六号に違反することは所論のとおりである」

と認め乍ら弁護人をして前記証人尋問に立会せると否とは裁判官の自由裁量だから右証人尋問手続乃至尋問調書は有効だと判断して居ることは議論に飛躍があつて如何にしても吾人の納得し難いところである。

弁護人の主張は「弁護人あるときは其氏名を請求書に記載せよ」と言うことは法律要件であるから之を欠く前記証人申請書は嘘偽であつてその手続は違法だから這は却下さるべきものである。違法なる申請によつて開始された証人尋問も亦違法だから其調書は証拠能力を欠くと主張するのであつて弁護人に該尋問に立会せなかつた事を争つて居るのではない。

原判決は弁護人の主張に対し顧みて他を言つて居る説明で承服し難いし弁護人を附したることを受訴裁判所に知らしめることは旧刑事訴訟法第二五五条改正の法意に鑑み且以下に述べんとする本件の特殊事情を考慮するときは此違法手続は引いて判決の結果にも重大なる影響を及ぼすところ甚大で看過し得ないものである。

二、右の如く検察官が強制処分の証人尋問請求に弁護人の氏名記載を忘つた為め受訴裁判所は弁護人の通知書は当然之をしないから弁護人は右請求があつた事実も知る由もなく従て其尋問に立会を申請する機会もなく失われて了つたものである。

其結果神経衰弱に陥つて居た竹内正証人の尋問を敢行したり又第一審の証人田中彦三郎の如きは

「突如として簡易裁判所判事の前に呼出され担当の弁護人があるのに通知することも出来ず此尋問には検事丈けが之に立会つて睨みを効かせて強いて捜査官に対すると同一の供述をさせられた。被告人としては警察官、検事、判事の職能の区別することができず若し捜査官に対する供述と異なる供述をすれば接見禁止下に引続き長く拘束を免れないと観念せざるを得ない情況下に供述させられた」

旨を明かにし被告人の当事者主義の下に於ける恩恵を著しく剝奪して居るやの事態を惹起したことが看取される。

而も前記弁護人の氏名記載の欠如は原審に証人となつた水戸地方検察庁下妻支部の事務課長の証言を綜合すると此強制処分請求書の事務手続も正常に履まれた形跡がなく全く検察官が陰秘の裡に故意に採られた特殊の捜査方法であつた事が察せられる。

之が為に被告人は制法の下に十分なる防禦方法を採ることが出来ず不利を招いたものである。這は一に検察官が弁護人の存在を受訴裁判所に知らしめなかつた結果である。

三、抑も本件は裁判所が自ら作つた刑事訴訟規則第一六〇号第一項第七号の手続を自から破るような重大な結果を来たし、引いて第一審以来の事実の誤認に影響する事態を惹起したるものと推察されるのであるから此一点丈けでも著しく正義に反するものとして原審を破毀されるよう懇願して止まぬものである。

以上

昭和三八年(あ)第一二〇二号

公職選挙法違反

被告人　塚田義一

被告人の上告趣意

昭和三十五年十一月二十日施行されました衆議院議員選挙に当り、私事茨城県第三区より立候補いたしました佐藤洋之助の選挙事務長として選挙にたづさわった者であります。

佐藤洋之助先生とは三十数年前から兄弟同様の交際を願っているのです。

先生は衆議院議員当選八回の経歴を有して居られ、その選挙中私が五回選挙事務長をいたしているのであります。

幸いにして毎回当選することが出来ました。

たまたま昭和三十五年十一月二十日行われた選挙に際しましては既に五回に亘って選挙事務長として働かせて頂いていることでありますから、今度の事務長になることだけは辞退を申しあげたのであります。そのことについて検察官は第一審の検事取調べに際し何故断るのかと申されました。

実は昭和三十四年六月二日施行されました参議院議員選挙に当り全国区から立候補されました植垣彌一郎候補の選挙事務長を、当時衆議院全国酪農特別委員長をされておりました佐藤洋之助先生がその関係でお引受いたしたのであります。

ところがその結果、佐藤先生は選挙違反にとわれ、新聞に、ラジオに、テレビに大々的に報道されたのであります。かゝる問題が覚めやらぬ時の衆議院議員の選挙であり、世間からは「佐藤は植垣から多額の金を取ったのだ、必ず自分の選挙にはその金をバラ撒くのだとか、相当金を使うぞ」とか八釜敷く悪宣伝され、その宣伝が相当根強く浸透していたのであります。従つて容易ならざる選挙であつたことは事実でありました。

然し私はそれ等の悪宣伝に屈伏して事務長をせぬとか、するとかの問題ではなかつたのであります。既に私が先生の事務

長を五回もして芽出度当選されておられることでもあり、首尾よいところで他の方にやつて頂く事がよいと考え、尚、佐藤先生の町内には浜崎重之助と云う有力な県会議員も居りますし、この機会が一番よいと判断したところへ、更に村の人達も、「今度は塚田、事務長だけはやつてくれるな」と勧告をされたので、種々考慮の上強く辞退を申した次第でありました。

ところが佐藤候補は勿論、千代子夫人を始め側近の八代芳蔵氏及び事実上の佐藤先生の総参謀格の東京都東葛飾区青戸町四の五〇〇森川不二男氏、その他二、三の方が、かわるかわる拙宅に見えられ「何がなんでもやつてくれ。」と座つて動こうともしないのでした。然し私としては辞退することを決意しておりましたので再三再四に亘り断り抜いたのでありましたが最早選挙告示が明日に迫つた時でもあり夜半まで森川氏や八代氏に口説き通されたので万策つきて家中の者と相談いたし名前だけと云うことで事務長をお引受けいたしたのであります。

このことは警察官や検察官の調書によつても明白のことであります。勿論事務長が名儀上の出納責任者であります。それは出納責任者でなければ新聞その他には発表にならぬのです。

即ち誰々候補の責任者は何某であると云うようにネームバリューなのであります。事実上先生の出納責任者は佐藤洋之助候補の女婿、篠崎利氏が連日その仕事についておられましたし、篠崎氏との相談相手であり重要問題については森川不二男氏並びに八代芳蔵の両氏が行つていたのであります。

このようにして私はこの選挙に限つては前述のやうな関係から、一切金銭問題等にはたずさわらなかつたのであります。決して今更責任のがれの為に斯く申しあげるのではございません。

自分は専ら県会の用務やら地方民からもち込まれる種々雑多の用件に毎日が忙殺されておりますので、先生の選挙につきましては、遊説計画と来客の応対で精一杯の有様でございました。

ところが、選挙告示前の十月三日夕刻、佐藤洋之助先生の弓道場である盈科堂に五霞村の有志十数名を招いて私がその席上で挨拶をいたし、八代氏と共謀して金銭を一人当り三千円づつ渡したとか、その際私が「少ないけれども」とか「佐藤は貧乏なのだから」とか語り又婦人層や青年層にも「呼びかけてほしい」などと申したと彼らの調書が作られているのであります。

私は断じてその日は佐藤先生宅には行つて居りませんです。そんな事は夢にも考えておりません。

私は警察官の取調べに際しましても検察官の取調べに対しても斯かる事は更に供述いたしておりません。断じてないと言切つています。

私は検察官の取調べに対しても警察官の取調べに対しても左様皆が申しておるとすれば当日のアリバイについては後日解ると思いますから調べて申しあげると供述いたしたのであります。

自分が釈放されたのは二月十四日でありました。

釈放されて間もなく、昭和三十六年度の予算県会が開かれることとなり、その内示を受けるために知事に招集され（幹部会）たとき、県庁の控室に於て本沢彦県会議員に会つたのでありました。

その席には宇田川県会議員、飯島県会議員、その他同僚の議員が四、五名集つておりました。その時本沢議員に尋ねたのです。

「本沢先生。先生と一緒に農林省に行つて貰つたことがありますが、その日時は解りませんか。？」と聞いたのです。本沢氏はその時彼のポケットから小さな手帳を示されました。氏の手帳によると丁度十月三日なのです。その時居合せた諸君にその事情を話したところ、居合せた宇田川、飯島両県会議員を始め、諸氏が「よかつた、ハッキリと当日のアリバイが立証出来る」と非常に喜んで呉れたのです。

そこで私は御迷惑とは思いましたが、「本沢先生、後日証人としてお出を願いますよ」と頼んだ訳であります。氏は「結構です」と喜んで引受けて下され、同時に宇田川、飯島県会議員を始め、各氏が「この事について立証してやるよ」と異口同音に力強い言葉を与えてくれたのであります。

そこで期日は忘れましたが本沢彦県会議員に証人として、水戸地方裁判所下妻支部法廷に立っていただき、証言をしていただきその手帳を提出していただいたのであります。

本沢氏の手帳によつて十月三日に前茨城県知事

友末洋治氏

を中野の自邸に尋ねたことが判明いたしたので態々下妻の公判廷に、友末洋治氏に証人として出廷をして頂き証言を仰いだ次第であります。

友末氏の証言は「日時はハッキリ解りませんが確かにその頃来られたことは事実であります。」と申し述べられておられました。ところが、一審裁判ではその証言だけでは物足りないと取り上げていただくことはできませんでした。然し私は日誌にでも書かれてあればともかく、その人、その立場によつてそれ位しか証言出来ぬのが当り前ではないかと思うのであります。

又、本沢彦氏の手帳が信憑性を欠く処と、くわしく書かれている処にインクの色が云々とか申して援用していただけませんでした。然し私といたしましては態々「罪を逃れるために他人をも偽証させ迷惑を及ぼすが如き不純な行為は死しても致し度くない」又「本沢県会議員にしてもそれ程にして私に義理立てをすべき間柄ではありません」と申しあげるのにやぶさかではございません。

私は前述の如く県庁第一控室に於て本沢氏に私から「農林省に陳情にいつた日はいつだつたでしょうか」と聞いたら、そ

の手帳をポケットから出されて調べて呉れたその日時場所に居合せた同僚の議員が居たのでありますから、その人々を証人として是非ともお調べして頂きたかつたので、これを申請いたしたのでありますが此れらの方々を証人としてとりあげて頂くことが出来ませんでした。誠に遺憾、不満の極みでございます。

本件に於て是非とも本沢彦氏（現在茨城県議会議長）の手帳につい て当該事項の記入が正確のものにありや否を立証するに足る左記の者について被告側証人として御採用下さいますよう請願申し上げます。

茨城県取手町大字取手九一七

県会議員　宇田川源次郎

稲敷郡美浦村大字木原

県会議員　飯島金次

西茨城郡岩瀬町字岩瀬

県会議員　利根川清太郎

右何れの者にてもお願い申し上げます。

扨て、何故十月三日に本沢彦県会議員をわずらわして、農林省食品課並びに橋本建設大臣、更に友末洋治氏を歴訪いたしたのかと御反問さるることと思います。改めてその理由を申上げます。

私は昭和二十一年以来澱粉並びにブドー糖製造工場を経営いたしており、且つ当工場を農林省指定工場として、工場の拡大強化をはかり度い希望をもつて先に県議会の決議を得、且つ農林委員会の承認をも得て知事並びに関係部課長等のお骨折をいただいておりましたし、政府関係筋へも数度に亘り陳情致した事情がございます。

殊に本沢議員に於かれては十数年の長い間、県議会農林委員としての手腕と力量を有しておられ、その経験から同氏を陳

情の最適任としてお願い申し上げた訳であります。

更に私といたしましても橋本建設大臣とは本沢氏が大臣とじつ懇の師弟関係であることからそれを通じて種々便宜を考慮いたした訳であります。

又、前本県知事友末洋治氏と、本沢氏並びに私とは三者格別の間柄であり、友末氏は知事在任中全国知事会の世話人として全国知事中の実力者でもあつたのでこれ等有力者の力を借りるために態々本沢氏をして仲介あつ旋の労を依頼申したのが真実で、後日の件には何らの何も他意はございません。

ところで十月十三日に、

私が五霞村の選挙状勢を把握するため同村村会議員竹内正氏の案内を受けて視察に出かけましたことは事実であります。日時は覚えていませんけれども竹内氏が十三日と申し立てているところからみて、その日と思つております。

先づ五霞村の役場に大沢村長を訪れ、選挙の状勢を糾した当時の模様を調書から御賢察下されば幸甚でございます。

その時その調書には木村倍二、知久義雄両氏と会つて両氏に二千円とか千円とかの金を渡したと申されておるそうでありますが私は断じてそういう覚えはありませんしこの二人は私と遠縁になつている関係上その親類縁者の就職その他の問題については私が相談相手となつておりましたし、又五霞村に冠婚葬祭でもあれば、彼らが花輪を出しておいて呉れたり、香典や御祝儀などまで立替えして呉れている両氏なのです。

両氏とて模範的な人格者であり、五霞村に於ける中堅人物であります。

私は五霞村に足を踏み入れる時は必ず両氏のところに立寄つて巷間の話題を求めたり又県の問題などを知らせておりました。ところが警察官は「塚田が寄つたろう。何と言つた」「金を置いていつたろう。「塚田が寄つたら金を置かぬ筈はない」とか強引な取調べが二人になされたそうであります。「金など預からぬ。置いて行かぬ」と両人とも申してもこれを絶対に

聞き入れて呉れなかつたと申しております。恰かも正月を目前に控えて農家にとつては実に忙しい師走です。

かかるときに警察に招換されての強引な取調べは二人にとつては後にも先にも経験したことがなく真面目な農村の百姓の旦那で通つている彼らには相当ショックであつたらしく、朝から夕方まで同じ事を調べられ先づそれ丈で精神の平衡が失われたことと想像されます。そればかりか義理堅い田舎者の頭では何とも不可解なことに、木村倍二の二階を間借していた巡査が調室にやつて来て

「木村さん、千円や二千円のことで何時まで頑張つていたつて仕方ないよ、貰つたと言つたつて罰金の少し位だから早く片つけて、家の人も心配しているから帰つた方がよい」と言われ、耐え切れぬ長時間の苦痛と、家に帰り度い一心で事実無根のことを供述させられ、先方の云うがままにして帰つて来たと述懐しているのです。

知久義雄氏は当日夕方東京から帰つて来て木村氏にその事情を聞かされたので「木村さん貰わぬものを貰つたと云つて来る必要はないではないか。俺は死んでも事実を事実として申開きをして来る」というと、木村氏は「知久さん、何と云おうと一寸もきき入れられないから駄目だよ」といわれたそうですが警察に出頭したそうであります。

案の定、警察の調べ方が余りに強引で如何に否認しても「木村がそう言つているのだからいくら頑張つても仕方あるまい。では幾晩でも泊つてよく考えた方がよい。」と云つたそうであります。

それで「東京の親類に餅を搗いて届ける約束もして来たし、少し位の罰金で済むのであれば例え塚田に迷惑はかかつても警察官の云うままにして来た」と申しているのであります。

その後五霞村の研修場に於て出張証人調べがありましたがその席上に於ても木村、知久の両氏は前述のことを強力に申し述べたのであります。又古河簡易裁判所に於て東京高等裁判所長谷川裁判長のお調べの際にも彼らは「かかる金銭は受け取つておらぬ。取調官の強引さに事実無根の供述をさせられた」と本人達は残念で眠れぬ夜が続いたと云つています。その時

私に対して木村氏は「塚田先生本当に申訳ありません」と泣いて謝罪をしているのであります。こうした実際取調べの状況や本人が供述されたことは記録されていないことを甚だ遺憾に思うのであります。それから二月四日と記憶しています。

私が結城警察署の調べ室に於て県捜査二課、平岡警部の取調べを受けたとき「五霞村の木村倍二、知久義雄に金を渡したろう」と詰め寄られたので「私は絶対にかかる事はない」と前述のような関係を申した訳でありますが、中々承知せぬので「それではここに

木村倍二

知久義雄

を連れて来てくれ、お互いに会った上で白黒をつけて頂き度いと思う、是非頼む、来るまで待つことにしたい」と平岡警部に懇請いたしましたけれども「それでは連れて来ましょうか」と云った切りで連れて来ることが出来なかったのであります。

これを見ても取調官の方に弱点があることはゆるがす事の出来ぬ証拠であると思うのであります。

それから五霞村山王酪農組合長

染谷政次

のところを尋ねたのであります。この人も警察に招喚され朝から夕方まで同様の手段で「塚田が寄つたろう。金を置いていったろう。塚田が寄って金を置かぬ筈はない」と強引な取調べを受けたのだそうですが、染谷政次と云う方は非常に確かりしている人らしいですので、断固として真実を通して来たそうであります。これを見ても気の弱い純情な人々は気の毒と云わざるを得ないのです。それから

東昌寺　森　道雄氏

との関係について申しあげ度いと思います。

森道雄氏と私は大東亜戦争当時から翼賛会関係で別懇の間柄でありました。

彼は元陸軍中尉で、翼賛会の猿島郡理事をしておられ、私も同じくその理事であり、村の団長でもありました。毎日空襲下不安にさらされていた関係上こうした友情の結びつきは一種又格別なものがございました。

当時森道雄氏の東昌寺は猿島郡下の寺院中随一の土地を有し小作料の一ヶ年上りだけでも相当のものであり大伽藍を有し、善男善女の参詣の数も非常に多く地方切つての古寺としてあまりにも有名でありました。

ところが敗戦の結果、事情は変わり、土地の殆んどを解放されて、戦争のために数年間修理も出来なかつた大きな伽藍も実に荒廃し、草はボウボウと生えるに任せ、トヨは落ち見すぼらしい様相を呈するに至り不憫同情に堪えないものがありました。そのため私は彼の寺に寄ったときは若干の金を寄進して来たと云う次第でございました。

当日も態々彼のところに立寄つたのですが彼は奥様と牛乳を搾つていたのです。その時は恰度夕暮で小雨がバラバラ降り始めましたので私が「今晩」と声をかけると「随分遅いね」と返事をされ、早速寺の庫裡（彼の住居）に案内して呉れた訳でした。

勿論私は座敷には上りませんで、縁側に腰を下しただけでありますに切目があると云う有様に同情の念禁じ難く、善は急げの気持から千円札五枚を取り出してこれを寺に寄進させていただきたい旨を伝えていつもの通り卒直に、彼の前に差し上げたのです。彼は「有難う」と二回程礼を申されました。これを無理矢理選挙に結びつけて追求するが如きは、人の真摯な心を知らない、非常識な態度ではございますまいか。

後日その時の金が寺の出納簿の性質とみられる（雑記帳）に幸か不幸か記載してあつたので之を提示したところが、これも認めて下さらず、「寺にあげるなら何故賽斗袋に入れぬのか」と申すのです。そんな時に態々賽斗袋を買う暇がありまし

ようか。又寺に上つて拝んだかと聞かれました。私は例え寺に上らずとも熨斗袋に入れなくとも、そうした気持が彼に通ずれば、それで事足りるのではないでしようか。

これが、その時選挙を頼むとでも云つて渡したのなら選挙違反に問われても敢えて致し方のない事でございます。こうしたことが一回、二回ではございません。これを選挙違反として処断されるならば私の何気ない同情や、信仰心を無視され、死んでも死に切れぬ激しい怒りと口惜しさやら失望を感ぜずに居られないのであります。

何卒御賢察の上公正なる御裁断賜りますよう御願い申し上げます。

十一月五日

私と八代芳蔵氏で結城市山川　渡辺周三郎方に行つて、五万円を共謀して

田中彦三郎

渡辺周三郎

黒川善兵衛

小久保運吉

外数名の者に佐藤候補を当選させる目的で供与した。

その時「塚田は同席して居り八代芳蔵に小声で耳打をしたとか。金を八代が渡す時、神妙な顔をしていたとか、或は又これでは少ないが佐藤は金がないのだからとか」申したと供述されております。

こうした調書から見れば全部前の盈科堂に於ける取調べの内容、或は木村、知久、森各氏何れの取調も同様な文面の調書であり、「少ないけれ共」とか「佐藤は金が無いのだから」とか書かれていますが佐藤候補に金があるのも無いのも彼らはよく存じているはずです。子供のような云い方を誰がするもんですか。

私に対する被告達の調書が全般に亘つてそうした同様の文面で作られているのであります。この言辞から推測しても、先に強引な誘導的取調べをして供述をさせ、それに全員を無理に同調させたに相違はないと信じております。

私と田中彦三郎氏とは佐藤候補の選挙で知り合つた程度の関係で、そんな密接な間柄ではありません。

佐藤候補と田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛各氏はもう数年来の懇意の間でありますから何も私から「佐藤候補は金がないから」とか「何うとか」申す必要はありません。

ただ、田中彦三郎氏と会うようになつたのは次の理由からでありました。

昭和三十五年十月中旬頃、佐藤先生から

田中彦三郎

外数名によつて結城市畜産共同組合連合会を組織いたして飼料やその他の物資の配給を県から安く受けたいとの趣旨のもとに、県に書類を半年前に提出して置いてあるが、仲々許可してくれぬのだそうですから塚田君何とか心配してやつてくれ」と佐藤先生に依頼されたことがあり、これが実現のために尽力したことがありました。そんな訳で、田中彦三郎氏外数名と県庁に出かけて畜産課長や、田中組織課長等に会つてその理由を聞きただし、書類の不備がわかつたので、その不備の点を係に訂正して貰うよう依頼し前後二回程出県しています。

それが前述の通り選挙中のことでもあるのでこれが早く許可になれば選挙にも相当プラスになることと思つてその許可促進に努力を傾けたのです。

その後田中彦三郎氏から選挙事務所に電話があり、畜産組合の許可の件をただされたのです。そこで県の組織課に電話を入れて照会したところすでに許可をしました。下館支庁の方に許可書を送つて置きましたから届いている筈です。

下館支庁から結城市役所を廻つて本人に行くのだから多少手間取れますが斯様の次第ですからとの返答がありましたので、それから一、二日経つてからだと思います。

その日が十一月五日であつた。

何故十一月五日であることがわかつたかと云えばその日は土曜日で水戸に行つた時なので、よく解つたのです。朝早く田中氏に電話をかけたのです。本人が居なくて誰か男の方が電話に出てくれたのです。

「御主人は居りますか。」と申したら「一寸そこに出かけて留守です。」とのこと。間もなく帰ると思いますと、云つてくれたのです。

「今朝方お伺いしたいと思つていますが、若し今朝お伺い出来なかつたら夕方は必ずお寄りしますから、お父さんにお伝え下さい。」と頼んだのです。それから八代氏のところに何時もの通り電話をかけて自動車をよこして呉れるよう依頼したのであります。（車を自分のところに呼ぶ時は必ず八代氏に頼むのです）

この日は県庁内県民室にて午前中（十一時まで）土地改良区の役員の方と待合せをして湛水排除の件で陳情をする事になつていたのであります。時間的に非常に忙がしかつたのです。自動車が来たので田中彦三郎氏のところに行つたのです。田中のところは水戸に行く道筋であるのです。「塚田です。御主人は」と聞くと家の人は誰も居らない様子でした。一人六十才位のお爺さん風の男が柱に寄りかかつていたのです。その爺さんが「古河から来たお客ですか」と云うから「そうです」と申したのです。

「主人は渡辺某のところにいるから案内しろと頼まれたからと云うので勿論私の事と思つて、その爺さんの案内されるまま二、三百メートル西の方面の家に案内されたのです。車から降りて「田中さんは居られますか」と聞いてみましたら奥さん風の年頃六十才過ぎの方が出て来て「居りますからどうぞ」と奥に通されたのです。

その部屋には三、四人の人が寄つていました。

「今朝八代氏からの電話で寄つて貰いたいと云うので寄つているのさ」と田中氏が申されたのです。勿論田中氏は八代氏と同じ用件で塚田も来たものであると一途に思いこんでいた様子でした。

「そうかね、八代君も来ると云つていましたか。」と云うと、「先生は八代さんと一緒でないのですか」と聞かれ、「実は俺は例の畜産組合が許可になつたので知らせに来たのだよ。皆様にそう話して安心して貰いたいと思つて。」「ところが田中氏、いやそのこと昨日とか許可書が届いたので此方から報告旁々お礼に参る積りでいたのです、却つて態々お出下つて済まぬと申された始末です。」

そこで田中氏から皆さんに私を紹介して呉れました。勿論そこに居つた人達は唯一人たりとも知つている方は居りませんのです。そこで誰かが「選挙の状勢は何うですか」と私に尋ねたのです。

「大いに頑張つて頂き度い、八代君が来るのなら八代君から詳細聞いて呉れ、どうしても午前中に県庁に待つている人達が居るものですから。」と云つて僅か五、六分して失礼をして仕舞つたのです。（時間があれば勿論選挙の件よく頼んで行きたかつたのです）車のところまで、そこの奥さんと、田中さんが見送つて呉れました。「ここの道路も先生お願いする」と申していました。

八代氏と私が同席して八代が金を渡すのを見ていたとか鉛筆を出してメモしたとか云う事は真赤な嘘であつてデッチ上げた仕業であります。これだけは天地神明にお誓いいたします。

厳重なる取調べを頂き度い事を懇請申し上げる次第であります。

その後数日経つてから山川元役場の楼上にて黒羽裁判長、外二判事並びに中本検事立会の下に証人調べがあつたのです。

勿論私も八代氏もその席にいたのであります。

次々と調べを受けたのですが誰一人として「塚田が当日同席していたと申すものはありません。絶対居らないのが本当です」と云切っているのです。

その時小久保運吉と云う男が居りました。この男は先に検事の取調べに対して「塚田は同席していた。メモを出して鉛筆で書いて八代氏に渡した。小声で八代氏と話をしていた。」と供述している者なのだそうです。私はこのとき初めてこの男の顔を見たのです。然し小久保は当日その時刻には村の赤い羽の寄附金集めとかで居らなかつたと他の被告達は申していま す。その時居らなかつた筈の小久保が何故塚田が居つたと云えるのでしょう。実に奇妙と云うか、不思議と云わざるを得ないのであります。

中本検事は小久保運吉を唯一の有力な検事側の味方であると思い切つているようでした。私は万一この証人が嘘まん八」を供述するような事があれば名誉毀損誹告罪として訴えを起す考えを持つていたのです。そこで中本検事は我賢こしと云わんばかりの顔をして彼の調べを聞いていた。

先づ黒羽裁判長から小久保の調が始りました。

お前は十一月五日に渡辺周三郎宅に行つたかと黒羽裁判長に尋ねられ

小久保運吉――「行きました」

裁判長から――「その時八代と塚田は同席していたか」

小　久　保――「八代さんは居りましたが、塚田さんは居りませんでした」

裁　判　長――「塚田と八代を知つているか」

私と八代氏の方を向いて「どの人が八代で、どの人が塚田か」と聞かれ、八代氏を指して八代と云え、塚田を指して、塚田と云つていました。

裁　判　長

「なぜ前の検事さんの調べのとき、塚田が居つたと述べたのか？　居らない者を居つたと云うと塚田に迷惑がかかり又罪になることを知つていたか」

小久保は黙つていて何も答えませんでした。

裁　判　長

「なぜ居らぬのに居つたと云つたのか」

と尋ねられ、

小　久　保

「実は検事さんがいつたろう。居らぬ筈はない。と持ちかけられ、あの時検事さんはオッカない顔をしていたんだもの皆が鬼検事であると云つていたので恐ろしくて、そうです。そうですと云つて仕舞つたのです。今日のように笑顔をして調べてくれれば本当のことを申しあげたのに」と供述したのには居合せた裁判長を始め検事、弁護士までが苦笑いをしていました、場面があつたのです。

黒　田　嘉　也

「黒田嘉也と云う方は私を十一月五日朝、田中の家から渡辺周三郎まで自動車に乗つて案内をしてくれた中心人物であります。」

その証言が実に曖昧模糊として、古河から来たお客を乗せて渡辺周三郎宅に案内したとき車に何人乗つていたのかと、裁判長に聞かれ「一人でした」と答え、「前回なぜ二人だと検事の前で云つたのか」と尋ねられれば「二人乗つていたろうと云われたからそうだと思つたので申したのです。実際は一人なのです」と実に要を得ない答弁なのです。黒田嘉也はその時強

度の腹痛で下痢をしていて誰が車に乗つていたとか、渡辺周三郎宅に誰と誰が居られたか、殆んど知らぬのが事実らしいのです。私を案内するより早く大急ぎで便所に駈け込み約十五分位渡辺の便所にかがんでいたと供述しています。その便所に居つた腹痛の様子から便所を出るまでの有様を詳しく述べられています。

こうした実際の取調べの際の被告の供述が記されて無いのが実に残念至極です。

是非とも黒田嘉也の山川元役場楼上にて証人調べを行つた時の調書を御覧下され、尚実際その時の場面を御検討をお願い申上げます。総ての調書が被告人の有利の証言は殆んど抹削され又その証言を寸毛なりとも採用して居らないのであります。一方的に警察官の取調を、検事が再録したに過ぎぬのです。検事の調書だけを全部取りあげて判決をされたものであります。

(一) 佐藤洋之助候補は前に縷々申した通り全国衆議院議員候補植垣彌一郎の事務長として相当多額の金を受取つたから、その金を必ず自分の選挙に撒き散らすと云う想定のもとに取締陣が捜査に取りかかつた事は見逃すことの出来ぬ事実が沢山あります。

例えばポスターの貼り方からはがし方に至るまで、いちいちより以上の取締りをされた事実。——

婦人会が陣中見舞に来れば婦人会の役員の一人一人の家を調べ廻つて歩き、選挙民をして極度に萎縮をさせて仕舞うなど挙げて数うるに枚挙に暇はなかつたのです。

然るに他の候補者に対しては実に取締が緩やかでありました。

(イ) 前述の五霞村有志十数名が盈科堂に集まつた際金円供与の件

(ロ) 木村倍二、知久義雄、森道雄に関する件

(ハ) 結城市山川

田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛に関する件

等の問題が俎上に上つたのを幸として必要以上の徹底した取締をいたし、その当時自分が家を離れていたものですから、塚田が逃げた。塚田が逃げるについては必ず塚田は違反をしていると推理してその場所に居つたに違いないと思い込んでの取調べです。

「塚田が居つたろう、塚田が来たろう、塚田が居らぬ筈はない」

一にも二にも塚田を持ち出しての調べをされたのが事実です。然し私は従来警察に対して憎まれるようなことはした覚えもないし、又厄介にもなつた覚えもありません。あらゆる面で協力をいたし、その点については人後に決して落ちぬ者であると自信をもつています。

何故こんなに佐藤に対し必要以上の取締をされたのであるか、又塚田に対し怨みがあつたのか不思議でたまりませんでした。斯うして無理な誘導的尋問、取調べしたことは各証人調べの席上に於て一審、二審共被告全員が口を揃えて申し述べているのであります。

調べの方法は——

最初の者に対して強引な取調べを行い無理矢理に取調官の主観によつて往生をさせ、次の者に対しては「誰々がこう自状しているのだ、君がどんなに穏しても駄目だ。なんなら誰々の調書を見せようか。若し考えがつかなければ考えのつくまで泊つているさ」と、云つただけで何時間も放つて置くのだそうです。斯くして無実を自状させられたと被告全員が述懐している。

被告の否認した事など、どの調書を見ても一言一句記録してないのです。調べられる者は早く家に帰して貰いたいと思うのは人情の常であります。それが前者と申立が一致するまで調べられ、どうしても否認していれば幾日でも帰されぬこの苦

痛に堪え切れず、他人に迷惑のかかる事など考えるより自分のことしか考えなかつたと出張証人取調べの際にも彼等は供述されているのです。もう一つの問題は――私が身をひそめていたことを地方新聞が余りに大々的に取りあげて報道されたことです。当時の新聞は保管してあります。そのために之を警察としても黙過することが出来なかつたこと。面子にかけてもものにしなければならなかつたため、より以上取調べに拍車がかけられたことに他ならぬものであると思うのです。

煎じつめれば、私が逃避行をしたことが今度の私を信じられぬ第一の要因であると思つています。然し私は警察官の前にも検事さんの前でも申しあげて居ります通り他人の選挙でも自分の選挙でも選挙が終れば必ず三週間位は温泉静養をいたしているのです。

この時にも商売方面が、選挙のために手薄になつていたので静養がてら得意先である

宮城県塩釜市築港二
塩釜焼竹輪連合会専務　田中恵右　商店
青森県青森市松葉町
淡谷商店

その他を訪れ、商売を済ましたのです。往々青森県青森駅前桜井旅館に宿泊し、翌日の新聞に塚田を選挙違反の疑いで全国指名手配をしたとの記事が写真入りで載つているのです。

私はこれを見て驚いて早速帰省することとし、そして身の潔白を誓いたい一念で一路東京に帰つたのです。

日時は忘れましたけれども翌午前十一時頃と思いますが衆議院議員第一議員会館

佐藤洋之助

事務所に電話をかけたのです。その時

森川不二男（佐藤代議士の総参謀）

山崎双二（秘書）

両氏が居られたので自分は新聞で見たがどうしても自首して身の潔白を誓いたいと身の振り方を相談したのです。

ところが出頭することはいつでも出来るのだからそんなにさわいで行く必要もあるまい。八代君やその他の者も調べを受けているのだから彼等の調べによつてハッキリするから」と聞かされ、「それも尤も。自分独りで軽卒な行為に出るべきでない」と考え直しました。

やせてもかれても名儀上では事務長である。他人に心配をかけることなども考えたので思い止つたのです。

それが一日遅れ二日遅れ自分も進んでそんなに行き度いところでもないので、そのまま長びいてしまつた次第で御座いま す。どう考えても申し訳ないことをいたし、後悔に堪えません。

どうぞ御勘弁をお願い申し上げます。幾重にも御詫びいたします。

なお東京高等裁判所の判決要旨の一部

被告人塚田は茨城県議会議員であり前記選挙に対しては候補者

佐藤洋之助

の選挙運動を総括主宰し且つ出納責任者となつた者。

被告人八代は佐藤の秘書的立場にある同人の腹心というべき者であつて被告人両名は右選挙に対し佐藤候補の選挙運動者中、最高幹部級に位する者で前記、田中彦三郎等各証人はいづれも被告人両名の勢力下にあつた者であることが認められ、それ等事実から被告人両名に対する右公職選挙法違反事件の公件期日において右証人等が被告人両名の面前では、その社会的地位、情実、利害関係から精神的圧迫を感じ、その結果、前の供述を変更する蓋然性があると認められるのである。と記

述されてありますが、

私はこと選挙に関する限りはその反対の現象であると確信をもつて申上げるのであります。例えば代議士であろうが県会議員であろうが、選挙の時ばかりは絶対に頭が上らぬのです。寧ろ三拝九拝してもまだ足りぬ位です。運動してくれる方は勿論、有権者のその殆んどはこの際とばかり「俺が出してやるのだ」と云うような偉い気持になつて仕舞うのです。

そう考えておられる方々が選挙違反にでも問われる事になれば限りなく威張られて、いくら謝罪をしても勘弁にならず、本人は勿論家族の方々から怨まれて仕舞うのです。

これだけは実際選挙にたづさわつた者でなければ選挙民の心理、又運動をされるその者の気持はお解りになれぬのでないかと愚考するものであります。

従いまして先の判決要旨の如く、県会議員であるから、秘書であるから、その手前を兼ねて供述を変更する蓋然性があるなどと云う事は、お考え方が根本的に間違つていると思います。

例えば、斯う自分の有利のように証言をして欲しいとか、斯う頼むと云つて見たところで、それを聞いてくれる者がこの世の中に、何人あるでしようか。金でも沢山渡して一生涯その人の面倒でも見てやる事が出来るならばいざ知らず、唯々自己の身だけを擁護するだけで、その時が逃れれば人にどんなに迷惑がかかつても、そんな事は一向考えない。実になげかわしい限りと云わざるを得ないのが現代社会の通念であり況して選挙に於てをやです。

それが冷静になつて初めて自己を反省して悪い事をしたと思い直すのではありますまいか。

前述申しあげた通り、最初私が身を穏していた事を幸いとして司法警察官の強引な取調べに屈し、早く家に帰り度い、塚田が出てくれば何とかなると「まあ一時塚田にかぶせて置け」と云う実に安易な気持で供述され、「何れは正式裁判によつて真実を述べれば大丈夫である。その正式裁判があることをどんなにか期待していたか知れなかつた」と、述懐しているのです。

「これを最高幹部に属している塚田、八代に圧迫を感じて云々」の下に判決を下されたことは承服できないのであります。特に、田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛、黒田嘉也、小久保運吉の如きは私の県会議員の選挙区でありません。区外であつて、自分に対しては情実利害等はなく、従つて圧迫感なども毛頭ある筈がなく、寧ろ私の方から頭を下げている位であります。

前の供述を変更されたことは良心に恥じて自ら反省いたし正式裁判の上で真実を述べようとした精神に他ならぬと断言いたします。

以上申述べましたとおりでありますから、今一度詳しく御取調を致して頂きますれば事の真実が明らかになつて右選挙で私が最後に謹んでお願い申上げます。

私は大正十三年三月　東京神田今川小路

専修大学を卒業しまして郷里に帰り父母の下で専ら家事に従事をいたし、その間村の

青年団長　消防団長　村会議員　翼賛壮年団長　農業会長　所得税調査委員　村長等の職を歴任いたし、微力ながら村の発展興隆につとめて参つた積りであります。戦争に協力をしたとの理由で追放の身となり、五ヶ年有余公職から一切離れて、農業生産に努力を傾け、その間澱粉製造、ブドー糖工場を設立して農産加工をいたし、村民福祉の一助としていたのであります。

昭和二十五年十一月追放解除となつて郷土の皆様から推されて、

昭和二十六年四月県会議員選挙に立候補いたし、芽出度当選する事が出来ました。

以来今日迄十有余年連続四回当選しています。

昭和二十六年四月	県会議員当選	一回
昭和二十七年五月	県会副議長	
昭和二十七年五月	自由党県連副会長	
昭和二十八年五月	町村合併審議委員	
昭和三十年四月	県会議員再選	二回
昭和三十年五月	県会議長	
昭和三十年五月	全国議長会地財副会長	
昭和三十四年四月	県会議員当選	三回
	自民党県連幹事長	
	新市町村建設審議委員	
	茨城県交通安全協会副会長	
	古河地区交通安全協会長	
	古河自動車学校長	
	農業近代化特別委員長	
昭和三十八年四月	県会議員当選	四回
	市町村建設審議委員	
	県交通安全協会副会長	
	古河地区交通安全協会長	
	茨城県高等学校学生寮理事	
	県西地方振興協議会顧問	
	古河自動車学校長	

その他数多の名誉職についているのです。

各団体から数回表彰等も受けている身なので御座います。

特に私の地方は茨城県の西端に位し、言いかえれば本県の県境にあるので稍々もすれば県の行政からマヽ子扱いをされはしないか、と言う僻みを持たれる住民が非常に多いのです。

然れ共今や当地方は東北本線の電化、四号国道の貫通によりまして東都への最短距離となり、僅か一時間にして都心に着くことが出来得るようになり、古河市、総和村を含めて、首都圏整備の指定となり且つ衛星都市として、愈々クローズアップされることゝなり、周辺には大小工場が既に六十余も誘置され、或は広大な九十万坪に及ぶ住宅団地、工場団地が決定され、本年秋頃からこの工事に取りかゝる事になるのであります。

従来数百年、数千年の純農村から工業都市に変貌されんとしているのです。

従つて今後の之に対する政治行政の方向は即ち農工両全の構えの下に対策を樹立せねばならないのであり、一方人口は現在古河市四万七千わが総和村が二万一千七百を数えていますけれ共、後四、五年を経れば有に三倍の人口を有するようになるのであります。

前途ますます洋々たるを思わしめるに至りました。

然れ共、村内に土地改良区が三つあります。

長井戸沼土地改良区
耕作面積約一、〇〇〇余町歩
釈迦水海土地改良区
耕地面積約四八〇町歩
大山沼土地改良区
耕地面積　四二〇町歩

こゝは三地区とも四十五年前、私の村から出た先輩県会議員
香取類作氏
が自己を犠牲にしながらこの大事業を完成されたのであります。
ところが年を降ること既に四十余年当時は優秀の機械でももはや排水能力が低下してしまい、一旦豪雨でもあれば一夜にして一面白海と化して仕舞うのであります。
これが二年に一回、三年に一回は必ずこうした悲惨事を見ねばならぬのであります。
ために吾々百性が精魂の限りを尽して植えた稲も今少しで鎌をかける寸前に豪雨に見舞われ、一粒の米さえ見る事が出来ぬのであります。斯うした悲惨事を繰返しているのです。
この問題を何とかして救わねばならぬのが吾々小政治家に課せられたる大きな使命なのであります。一に私の双肩にかゝつているのです。一方には大小工場が誘置され二、三男の働く場は出来たものゝ一方に斯うした悲しい運命を辿らねばならぬ人達が沢山居るのであります。
私は真の村の平和と言う事は村中誰れも彼れもが笑つて生活出来るようになるのである。

斯様な観点に立つて之の水禍より救い出して理想郷を建設せねばならぬのであります。
之即ち前述申し上げました十一月五日土地改良の役員と出県陳情した理由のものはこゝにあるのです。
◎湛水防排除事業恒久対策此の問題と取り組んで既に三年です。
幸いにして、昨年　長井戸沼土地改良区に対して
九億八千万円
の事業費がついたのであります。
釈迦水海土地改良区
に対しては本年　二八〇万円
の調査費を獲得に成功いたしたのです。
こうした取り残されている問題のために生命をかけて頑張らねばならぬので御座います。
此の問題は必ず私の手に依つて解決をしますと、郷土住民に約束をしているのです。
尚且つ首都圏整備指定の村として恥づかしくない立派な村を造りあげたいと念願いたし、私の脳裡から寸時も離れた事はありません。
去る五月十七日、村長さんがNHKから伸び行く総和村として全国に放送いたしましたのです。
かゝる諸々の問題を目の前に控えての秋、私が不肖によつて失格するようなことになれば折角の念願も水泡に帰してしまわねばならぬのであります。
尚且つ、連座規程を適用さるゝことゝなれば、県民の絶対的信頼を双肩に荷つて、衆議院議員当選八回、議会稀にみる政治経歴を有し、目前に勤続二十五年の光栄ある彰表を迎えんとする佐藤洋之助代議士が、之が為に若し、失格さるゝことあ

らば、実に先生に対し、お気の毒に堪えず更に先生を支持する多くの県民に対し且つ茨城県名誉の為にも誠に嘆かわしい次第なのであります。

その責を深く感ずる時、忸怩たるものがあります。

何卒村の事情と郷土の前途を御賢察下され切な私の訴えを御取上げられ、もう一様精しく御調べの上、御寛大なるお裁きあられん事を恐縮ながら御願いいたし、茲に拙筆を以て趣意書提出に及んだ次第であります。

以上

昭和三八年(あ)第一二〇二号

公職選挙法違反

同

被告人 塚田義一

同 八代芳蔵

弁護人柏木博の上告趣意

第一、控訴審判決は左記諸点において、刑事訴訟法第四一一条第一号に該当し破棄せらるべきものである。

第一点 刑事訴訟法第二二七条により検察官が裁判官に対し証人尋問を請求することができるためには、同条所定の要件が具備された場合に限るべきこと多言を要しない。そして、裁判官が右請求を認め証人尋問を施行するためには、同条所定の要件が存在する客観的蓋然性につき検察官の疏明がなされたことが必要である。検察官が証人尋問を必要とする理由及びそれが犯罪の証明に欠くことができないものであることの疏明をなさないのにもかゝわらず、裁判官の自由裁量に基いて、検察官の証人申請を認むべきものではない。検察官の疏明資料に対する裁判官の判断において自由心証の原則が適用されるところであつて、疏明そのものがなされないのにかゝわらず、裁判官が自由に右証人申請を却下又は認容することは許されず、且つ、自由心証と云つても、裁判官の独善的恣意的判断に委ねられるものでなく条理に従い健全な社会通念に副うべきものであること云うまでもない。

従て、刑事訴訟法第二二七条による証人尋問を施行するためには同条所定の要件が条理と社会通念に照らし検察官の疏明を通じて認め得られる場合に限つてなさるべきものである。

ひるがえつて、本件を見るに、第一審判決は竹内正、新井政雄、梅田彌平、田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛、小久保運吉に対する刑訴第二二七条・第二二八条の規定によりなされた裁判官の各証人尋問調書の記載を犯罪事実認定の証拠となし、控訴審判決も第一審の採証に違法性はないと論断しているのである。

然るに、本件記録には検察官の右証人申請に当り、刑訴第二二七条第二項所定の疏明がなされたとの記載は全く存しない。この点について控訴審判決は「疏明しなければならない旨規定しているが、その疏明があつたとの事実についてはこれを記録に明示しなければならない旨の規定はないから、記録上疏明があつた旨の明示がないからといつて疏明がなかつたと即断することはできないむしろ裁判官が検察官の証人尋問請求を許容して尋問する旨判断を下し証人尋問を施行したところからみれば、その疏明があつたものと推認することができるのである」との判断を下している。

然しながら、この所論は到底肯認することはできない。

いかにも控訴審判決所論の如く、疏明の事実を記録に明示しなければならない旨の規定は存しないが、疏明の事実を記録に記載しなければならないことは、故に規定を設けるまでもなく自明のところであつて、自明の事柄まで一々規定する必要がないからその旨の規定がなされなかつたまでのことであるに過ぎない。勿論、記録上、疏明があつた旨の明示がないからといつて疏明がなかつたと即断することはできないかも知れないが、公判記録にその旨の記載がないとすれば一応、疏明がなかつたものと推認すべきものである。それにもかゝわらず、控訴審判決は「証人尋問を施行したところからみれば、その疏明があつたものと推認することができる」と論断している。然しながら、控訴審判決の右の如き説示は、裁判官を過誤なき人間、云わば神の如き完全な人間と想定し、その想定のもとに推論した結果に他ならず到底容認出来ない判断である。若し原判決の如き推認が成り立つものであれば、三審制度をとる裁判制度そのものの存在意義まで疑わねばならないことゝなる。

裁判官も常人と異ならない愛情と理性の交錯する人間であつて、その判断、取扱に過誤なきを期し難いこと勿論で、裁判官が証人尋問を施行したからと云つて、検察官の疏明があつたものと推認することは行き過ぎであり、記録上に疏明の記載が存しなければ一応疏明の手続がなかつたものと推認する外なく、若し記録に記載がないが疏明の手続がなされたとの事実の存在を確定するためには別に証拠によつて明かにすべきものと云わねばならない。

又、控訴審判決は「その疏明方法として前記証人田中彦三郎等の検察官に対する各供述調書並びに被告人八代の司法警察員に対する各供述調書が検察官により提供されたことは記録によつて窺われる捜査の進行情況と前記各供述調書の作成日付、それらの各調書の記載内容により容易にこれを認めることができる」

然しながら、右の如き所論も単なる想像に過ぎず、疏明方法として前記の如き各供述調書が検察官によつて提供されたとの事実を証明すべき価値はないものと云わねばならない。

以上の論点に基き、第一審判決が前記各証人尋問調書は刑事訴訟法第二二七条の要件が具備されないのにもかゝわらず作成された調書であり証拠能力は否定さるべきものであるにもかゝわらず右調書を事実認定の有力な資料としたことは訴訟手続法上の採証法則に違反したものである。それに対し控訴審判決が前述の如き理由のもとに採証法則違反がないと判断したことは首肯できないところであつて、刑事訴訟法第四一一条第一号に該当するものである。

第二点　本件記録を精査するに、田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛、小久保運吉に対する刑事訴訟法第二二七条に基く裁判官の証人尋問には事前に同人等を取り調べた検察官原田芳のみが立会つていたものであることが明かで、此の事実は控訴審判決も肯認するところである。刑事訴訟法第二二八条は控訴審判決も説示するように「犯罪の捜査は、その事柄の性質上、公共の福祉と個人の基本的人権の尊重という二つの要請がたがいに相対立し接触する場において行われるものであつて両者に重大な関係があることに鑑み、その調和点をこゝに見出し設けられたものである」と解せられるのであつて、犯罪捜査の公共性に鑑み、特に基本的人権に制約を加えたものと云うべく、かゝる規定は特別に厳重に解釈すべきもので、類推拡張さるべきものではない。

刑事訴訟法第二二八条の規定によれば、被告人、被疑者、弁護人の立会について第二項に規定を設けているが、検察

官の立会については何等の規定をなしていない。従つて、右規定を前記の理由により厳格に解釈するならば検察官自身には立会権がないと解釈しなければならない。刑事訴訟規則第一六〇条により証人尋問の請求には、罪名及び犯罪事実の要旨、証明すべき事実、尋問事項又は証人が証言すべき事項を書面で明かにしなければならないのであるから検察官自身、立会権を有する必要なく、同規則第一六三条により証人を尋問したときは速かにこれに関する書類を検察官に送付しなければならないことになつているのであつて、尋問調査上、不備不足の点があるときは再びその点について同規則第一六〇条による書類を作成して証人尋問を申請すれば足りるのである。仮に、検察官には右証人尋問に立会う権利を認めるとしても更に拡張して取調に当つた検察官にもその権利を認むべきものではない。何となれば、捜査は、捜査官の捜査意図又は捜査方針に基いて展開されるもので、その意味において捜査は捜査官の主観的判断、先入観を基盤とせざるを得ない。これは捜査官のもつ宿命であつて、捜査官が捜査意図に従うような供述を求めることは一概に非難できないところであるが、物的証拠が乏しいか皆無と思われる事案については、捜査官の右の如き捜査態度が一段と強く供述者に向けられることは当然である。（本件の場合も正にこれに該当する）かような捜査の本質的宿命に鑑み、形式は任意供述であつても、事実は捜査官の鋭い追求、時としては威圧的態度に基く取調の結果による供述であることむしろ社会常識とするところである。取り調べに当つた検察官のみが若し証人尋問に立会うとすれば、証人等は心理的威圧感にとらわれ、検察官に対する畏怖心から、真実の供述をなすことに抵抗を感じ、ついには、取り調べ検察官に述べたと全く同一の供述をせざるを得ない心境に立到ることは火を見るよりも明かなところである。殊に、証人の教育程度、社会的環境如何によつては更に右傾向は倍加されるのである。

右の如き理由より考えても、検察官の立会権を認めるとしても、取り調べ検察官にまで拡張すべきではない。

然るに、本件においては前記の如く、取り調べに当つた原田検察官のみ右証人尋問に立会つているのであるから、右

尋問調書は違法な訴訟手続のもとで作成されたものであつて証拠能力を欠くものである。右尋問調書を事実認定の証拠とした第一審判決を肯認する控訴審判決は刑訴第四一一条に云う判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり破棄せらるべきものである。

第三点　刑訴第二二七条により検察官が証人尋問申請をなした場合（本件記録によれば昭和三五年一二月三日附田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛、同月六日附小久保運吉、同月一六日附竹内正、梅田彌平、新井政雄の各証人尋問申請）刑事訴訟規則第一六〇条第一項第七号により弁護人の氏名を書面に記載すべきことゝなつているが、右申請当時、既に被告人八代については弁護士長島忠信が選任せられその選任届が水戸地方検察庁下妻支部に提出せられているにもかかわらず、右各証人尋問請求書には右弁護人の氏名が記載せられていない。従つて、検察官の右証人尋問請求の手続において刑事訴訟規則第一六〇条に違反することは明白である。而して、これが違反の法的効果に関し控訴審判決は「捜査の必要上被告人、被疑者、弁護人の立会権は原則としてこれを否定し、その立ち合わせると否とを一に裁判官の裁量に委ねている法意に鑑みるときは、請求手続における右の違法は直ちにこの請求手続の無効を来し、ひいて右請求に基く証人尋問の手続ないし証人尋問調書の効力を失わしめるものと即断することはできない」と論じている。

然しながら、控訴審判決の如き見解をとるならば、刑事訴訟規則第一六〇条第一項第七号の規定は全く死文化しその存在意義を失うことにならざるを得ない。刑訴第二二八条第二項の規定が弁護人を立会わせるか否かは裁判官の裁量に委ねられている法意であるとしても、裁判官の裁量はあくまでも経験法則に合致し条理にかない、社会通念に副う範囲内における自由裁量であつて無制限な自由裁量ではあり得ない。その意味において、裁判官の裁量と雖も亦批判の対象になり得るところであるが、本件の如く、証人尋問請求書に弁護人の氏名を記載しなければ、裁判官は裁量の余地がなく、機械的に弁護人を立会わしめない結果となり、裁判官の裁量が無いのであるから、この裁量が前記の如き範囲内に

あるか否かの批判も出来ない結果となること明かである。

而も、弁護人の氏名を検察官が記載しないことが故意に出づるとすれば（故意か過失かは現実において容易に判断できない問題である）裁判官の裁量さえも不可能ならしめるもので刑訴第二二八条第二項も亦死文化するのである。従つて、右の請求手続については刑事訴訟法規則第一六〇条を強行規定と解釈せざるを得ず、右規定に違反する請求手続は結局請求手続の無効を招来し、証人尋問調書も証拠能力を欠くに至ると解釈すべきものと思料する。

然らば、右調書に基いて事実認定をなした第一審判決これを容認した控訴審判決は破棄せらるべきものである。

第二、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。

第一点　控訴審判決は第一審判決掲記の証拠によりその事実はすべて肯認できると断じているが、昭和三五年一〇月三日、被告人塚田が金銭授受の場所とされている盈科堂弓道場にいたこともなく、金銭授受に関し被告人八代と共謀した事実も全く存しないと云うことこそ客観的真実である。

被告人塚田は同日県会議員本沢彦と共に上京していたものであつて、右本沢彦の第一審及び控訴審における証言、押収にかゝる同人の手帳に照らし極めて明白なところである。控訴審判決は右手帳の記載の態様、記載内容自体を措信しないと云う態度を表明しているが、本沢彦の二回に亘る証言内容と右手帳、殊に右手帳記載部分を発見するに至つた経緯にかんがみるとき、右判決は経験法則を無視した採証と云うの他なく、その結果として、重大な事実の誤認をなしているのである。

証人青木良助、同竹内正、同中山貴治、同新井政雄、同小沢倖一、同橋本彌一郎、同松本彌作、同内田初男等の第一審証言及び控訴審証言と同人等の検察官供述調書、更には、前掲裁判官の竹内正、新井政雄、梅田彌平に対する証人等

尋問調書の記載を比較検討するとき、捜査過程において作成された右調書記載内容に如何に特信性が欠けているか容易に首肯せらるべきものである。

右の如き事実誤認を来した第一歩は盈科堂へ参集する佐藤派支持者は少く前記各人も幾回となく右弓道場へ参集しており、塚田と八代が同席したこともあつたので、現実に金銭の授受のあつた一〇月三日には塚田は不在であつたのに、捜査の初期において、塚田も同席していたかの如く述べた者もおり、その供述に基いてその他の者も同様な供述を強いられたことに端を発しているのである。検察官供述調書中、塚田の演説内容を述べた調書も散見されるが、右の演説は別の機会においてなされたものであつて、捜査官が捜査意図に基き、前記供述者をして、或る者は意識しながら或る者は記憶薄弱による無意識の中に、既定の供述をなさしめたと見なければならないのである。

第二点　控訴審判決は第一審判決第四の事実につき「原判決挙示の関係証拠……を綜合すれば被告人等両名共謀の点、投票取纒め等の選挙運動を依頼した点、全員供与の趣旨の点を含めて第四の事実はすべて肯認するに十分であり、被告人両名の原審及び当審各公判における各供述、司法警察員、検察官に対する各供述調書の記載、証人田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛、黒田嘉也の原審及び当審における各供述、その他の証拠中右認定に反する部分はたやすく措信し難い。更に記録を精査し当審における事実取調の結果に徴しても右認定を覆すに足らない」そして弁護人の事実誤認の主張をしりぞけている。然しながら、第一審判決第四の事実の如きは、真実、全然存在しない事実である。

一、控訴審判決も肯認する第一審判決挙示の証拠関係によると、被告人等両名は同一の自動車で田中彦三郎方次いで渡辺周三郎方に赴き、同席の上で投票取纒方を依頼して五万円を供与し同時に辞去したことになるのであるが、第一審公判廷における自動車運転手の証言、第一審、控訴審の黒川善兵衛の証言等を綜合すれば、被告人両名は夫々異る自動車に乗車していたことが明白であつて、第一審判決掲記の各証拠が捜査官の捜査意図を強く織り込んだ作文であつ

て到底措信出来ないものであることが一読して判明するのである。

裁判官の証人尋問調書もその成立の経緯について詳しく論じたように到底措信出来ないのである。

右に関連し黒川善兵衛の公判廷における素朴な証言こそ万巾の信頼性を有すると云つて過言ではない。

又、渡辺とよの控訴審公判廷における証言もその信憑度において捜査過程に作成された調書の記載内容と対比し格段の高い信憑性を有すること経験法則の教えるところである。

即ち、塚田と八代が渡辺方奥八畳の間に通つて行つた経路、同家を立去つた経路について、田中、渡辺、黒川等の警察官、検察官に対する供述調書の記載を見ると八代は庭先から上り塚田は玄関から土間に入り台所附近から上つたことになるが、同一の自動車で一緒に来た者が別々な所から上ると云うことは常識上到底考え得られないのみならず、社会的地位ある塚田の帰途に際し見送をしないなど考え得られないところであるが、右調書ではまことにあいまい至極である。これ等の点について渡辺とよ証言は剰すところなく判然と証言をしているところであつて此の証言を以てしても右調書記載の実が如何に真実に反するものであるか、容易に看破せられるものである。

二、更に右事実認定の証拠を検討すれば両被告人とも同一目的で渡辺周三郎方に赴いたことになるのであるが、これ亦、客観的に明かとなつている事実及び田中彦三郎の息子田中峯三郎証言と牴触し、真実にあらざることが看破されるのである。

即ち、十一月五日午前六時五十分頃塚田から田中方へ電話をかけている事実、同日午前七時十五分頃八代から同人に電話のあつた事実は通話票により客観的に明となつているのであるが、同一の目的で両被告人が田中に夫々電話をかけたと云うことは常識上首肯出来ないところであり、右田中峯三郎の証言によれば、八・塚・の用件は結城市畜産組合の件で田中方を訪問するためであつたことが判然とするのである。塚田は捜査中からこの点を強調し続けていた

ことも同人の供述調書により明白である。

塚田は控訴審公判において供述しているように結城市の有力者をその傘下に収めていたが、従来、県からの許可が下りず、塚田の尽力で漸く許可が出たことでもある、その事を組合員にP・Rすることによつて、佐藤候補のための得票をねらい田中方を訪問しようとしたものであつて、僅に五万円の金銭を八代と同席で供与するが如き目的で田中を訪れたものでは絶体になかつたものである。

多年、選挙のため辛苦を重ねている塚田が数名連座の席において、八代と相談をして五万円を供与すると云うに至つては選挙の常識上あり得べからざるところである。

三、本件は偶々塚田、八代が渡辺家を訪れた時間が接近しているためにその席にいた者の中に塚田と八代の言動を取り違えたり、記憶が薄らいだ者とか、混乱した頭の中で、捜査官の意図にあやつられた者（具体的に云えば田中彦三郎）の供述が、路線を施設しその他の者は唯その路線上を歩かせられたにとどまり捜査過程において作成された供述調書記載に特信性を認めることは到底できないのである。田中彦三郎の調書の如きは全く芝居の脚本を見るに類し、捜査官との合作であることを露骨に物語つている。

渡辺周三郎の三五年十二月二日附警察官調書の中で「台所で塚田さんはいてからゆつくりもしていられないんです。これから上山川の方を廻らなければならないんです」との記載があるが山川へ廻つたのは八代である（桜井兼太郎証言）ことなどに鑑み、塚田と八代の言動について、供述者ははつきりとした記憶のなかつたものであることを物語つている証拠である。

第三点　控訴審判決は第一審判決第三の事実についても事実の誤認はないと判示している。

然しながら、被告人塚田が東昌寺の住職森道雄に対し五千円を交付したのは、まさしく東昌寺への寄進であつて、森

道雄の選挙運動に対する報酬等を含むものでは絶対にあり得ない。右寄進は同寺の金銭出納帳（檀施入）に記入されており、右帳簿によるときは、三月二十三日欄に塚田から三千円の寄附があつた旨の記載まで存しているところであつて、同年一〇月一三日に至り初めて寄進されたものでもない。

かゝる客観的に存在する帳簿の記載を措信せず捜査過程において作成された調書の記載（その特信性について検察官は立証の責を果していない）のみを措信すると云うことは経験法則に違反しその結果、事実誤認を招来しているものである。

以　上

昭和三八年(あ)第一二〇二号

公職選挙法違反

同

被告人　塚田義一

同　八代芳蔵

弁護人飯塚信夫の上告趣意

第一点　原判決は憲法に違反するから破棄さるべきである。

原判決によると「供述調書の任意性を被告人が争つたからといつて裁判所は必ず検察官をしてその供述の任意性について立証せしめなければならないものではなく、裁判所の適当と認める方法によつて調査することができ、調査の結果、その任意性について心証を得た以上これを証拠とすることは妨げないのであり且つこれが調査の方法についても格別の制限はなく、供述調書の方式のみならず内容自体も右調査の資料となりうるのであり、又右調査の事実はこれを必ず公判調書に記載しなければならないものではない。従つて所論被告人八代の司法警察員及び検察官に対する各供述調書の任意性について公判調書に特にこれが調査に関する記載がないからといつて調査しなかつたとの所論は採用し得ず、むしろ右各供述調書については弁護人より任意性がないから証拠調に反対する旨の異議の申立があり、右異議は理由なしとして棄却された旨公判調書に記載されているところからみれば、右異議についての裁判に際し、その任意性の有無についての調査がなされたものであると解するを相当とする。」といつておる。

併し乍ら刑事訴訟法第三二五条によれば被告人八代の司法警察員に対する昭和三五年一二月一四日付、同月二一日付各供述調書及び同人の検察官に対する同月一五日付、同月二七日付各供述調書について刑事訴訟法第三二二条の規定によつて同人の不利益な事実の承認を内容とするものであつてもあらかじめその書面に記載された供述が任意にされたものかどうかを調査した後でなければこれを証拠とすることができないのである。そしてその調査については勿論右供述調書の証

拠調よりも前に行われるべきものであつて原判決が更に判示するように供述調書自体を調べて初めて判ることである「各供述調書の形式内容」「供述が理路整然として」いるなどというような供述調書の内容から判断すべきものではないと云はざるを得ない。従つて調書の任意性につき争のある場合には、勿論裁判所は検察官に対し任意性の主張と立証を促すべきであり、仮りにその必要がなく原判決のいう如く裁判所の適当と認める方法によつて調査するものであるとしても前記の如く供述調書自体によつてこれを判断するべきものでない。原判決は供述調書の調査の事実はこれを必ず公判調書に記載しなくもよいというがそれでは第一審裁判所の採つた調査の方法が判然とせず、若し原判決の如く解するならば刑事訴訟法第三二五条は空文化してしまうのである。而も供述調書の内容により証拠能力を判断することは証拠調に先つて証拠能力を審査するという原則を乱し、証拠能力のないものによつて裁判所が予断を抱く可能性が生ずることとなり許容さるべきことではない。仮りに原判決の如く解する場合調査しなかつた場合その調査せざる事実を何によつて立証せよというか理解に苦しむところである。

原判決は供述調書の供述が理路整然として不自然、不合理の点が存在しないといつて調査の不必要をいうが法の要求に背き断乎としてその判決は是正されねばならない。

而して原判決は結局刑事訴訟法の規定に違反し憲法第三一条にいう「何人も法律の定める手続によらなければその生命若しくは自由を奪はれ又はその他の刑罰を科せられない」の規定に反し到底破棄を免れない。

更に原判決は供述調書の供述が理路整然として不自然不合理の点が存在しないというがそれは当らない。その理由は補充書を以て明らかにする。

第二点　原判決は憲法に違反するから破棄さるべきである。

原判決は第一審がその判決に於て裁判官の竹内正、新井政雄、梅田彌平、田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛、小久

保運吉に対する各証人尋問調書を証拠として採用しているのは違法でないといつている。

併し乍ら憲法第三七条第二項によると「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与えられる権利を有する」のであつて苟くも裁判所又は裁判官の面前に於て参考人が証人として取調べられる場合には刑事訴訟法の規定により他の司法警察員や検察官の面前に於ける供述調書と異り殆ど絶対的な証拠能力があるものとされ又証拠価値があるものと目されるのである。従つてこれら証人につき被告人に於て充分に詳細の事実につき自ら証人に問い質すべき機会を与えないのに裁判官の面前に於てはその必要がないということになると裁判の公開の原則にも反し、且つ前記憲法第三七条第二項が全くその意義を失うことになる。従つて高度の証拠能力ありとする刑事訴訟法の規定から考へると被告人の有罪認定の証拠となし得るのは法の要請に従つたものでなくてはならないと云うべきである。そこで被告人はすべての証人につき尋問の機会が与えられるべきであるから刑事訴訟法第二二七条の場合に於ても同法第二二八条第二項の「裁判官は捜査に支障を生ずる虞がないと認めるときは、被告人、被疑者又は弁護人を前項の尋問に立ち合わせることができる」との規定は厳格に解し、被告人、被疑者又は弁護人のある場合その弁護人の立会を必要とするというべきである。

原判決は「憲法第三七条第二項の規定は刑事被告人に対し受訴裁判所の訴訟手続において、すべての証人に対して審問する機会を充分に与えられる権利を保障した規定であつて捜査手続における保障規定ではないと解するのが相当である」というが右憲法第三七条第二項には右原判決のいうように受訴裁判所の訴訟手続に限定するが如きことは何等規定されていない。而して前記の如く公開の法廷に於ける裁判をすべての人が持つているということから考へると原判決の考へ方は正当でない。刑事被告人には少くとも弁護人の立会の権利は常に与えるべきである。然るに原判決は刑事訴訟法第二二八条には被告人に対し斯かる保障を規定していないというが斯くすれば右規定そのものが前記の通り憲法の趣旨に反するものというべきである。而も裁判官に被告人、弁護人の立会の要否の選択を委せるに至つては検察官の一方的な立会のため、

寧ろ検察官の要請により立会をしないようにすることがあり得るのであり折角の被告人、弁護人の立会の権利も空手形となつてしまう。

而も検察官は刑事訴訟法第一五七条により尋問に立会い、尋問する権利を常に持つており、本件の場合検察官原田芳が立会つており全く衡平の理念に反する。

原判決は更に「刑事訴訟法は受訴裁判所の訴訟手続に関する規定として第三二八条等の規定にかかわらず更に第三二〇条の規定を設け前記憲法の条項に基く刑事被告人の権利を充分に尊重している」といつておる。なる程右第三二〇条第一項によれば裁判官の尋問調書等以外限られた書面の他の書面の証拠能力を失うということになつている。然しそれと刑事訴訟法第一二八条の規定と何等関係なく原判決が被告人の権利を尊重しているということには当らない。

仮りに他の点で被告人の権利を尊重していても第一二八条が被告人の権利を保障したということにはならない。

更に原判決は「刑事訴訟法第一二七条、第一二八条による証人尋問の場合には被告人、被疑者又は弁護人の立会を任意にしているので、従つてこの場合、同法第一五七条第二項の適用はないものというべきであるから被告人、被疑者又は弁護人に対し尋問の日時及び場所を通知する必要はないのである。」といつておるが刑事訴訟法第十一章の規定は別段の定がない限りは同法第一二八条第一項に基き捜査時に於ける証人尋問にも適用さるべきである。従つて原判決が考へている如く第一五七条第二項は適用にならないということは如何なる点を根拠にしていへるものであるか理解できないところである。第一五七条第二項によれば、証人尋問の日時及び場所はあらかじめ、前項の規定により尋問に立ち会うことができる者にこれを通知しなければならない」と規定されてあり必ず通知せねばならないといつている。而して若しこの規定が裁判官の証人尋問に於ける適用ないとすれば別段その規定を設けるべきである。更に原判決の如く第一五七条第二項が適用ないとすれば第一五七条全体が適用されないこととともなり検察官に於て証人尋問に立会う権利がなくなるものというべき

である。左すれば検察官の立会を許さないのに立会はせた上為された証人尋問は違法のものであり結局証拠能力がないことに帰着する。この点から考へても証拠能力のないものをこれありとして手続に違反し法律の定める手続によらない違法がある。又この場合どうしても検察官の立会を権利として認めむとするならば一般的に第一五七条第二項も裁判官の証人尋問の場合にも適用されるものというべきである。従つて原判決は右に関し何れからみても法の適用解釈を甚だしく誤り結局この点に於ても憲法第三一条に違反するものといはざるを得ない。被告人は法律の定める保障の下に裁判を受ける権利を有しているからである。而して原審が証拠能力ありとした前記各裁判官の証人尋問調書についてはその証人尋問をするのに際しては被告人、弁護人に尋問の日時及び場所を通知していないのである。

更に原判決は「証人新井政雄、同竹内正は昭和三六年三月二二日証人梅田彌平は同月二三日証人田中彦三郎、同渡辺周三郎、同黒川善兵衛、同小久保運吉は同月一五日、原審の各公判準備期日にそれぞれ尋問され、被告人側の反対尋問にさらされ所論各尋問調書の内容につき尋問を受けていることが認められるから刑事被告人の前記憲法上の権利を尊重した刑事訴訟法第三二〇条所定の同法第三二一条に規定する場合であり、従つて原審が右各刑事訴訟法第三二一条に基く尋問調書につき公判期日において証拠調をなし、これを証拠として採用した手続には所論のような憲法第三七条第二項違反、採証法則違反に認められない」といつておるが刑事訴訟法第三二一条第一項第一号によれば裁判官の面前における供述を録取した書面については本件の場合公判準備期日において前の供述と異つた供述をしたときというのに該当するものとされる。而してこの規定からみると他の検察官調書と異り前の供述が特に信用すべき情況の下に為されたかどうかを考へる余地がない、然し裁判官の面前調書と雖も他の裁判所における適式な証人尋問等の場合のものと起訴前の強制捜査の段階に於ける証人尋問とを同一に取扱うことは合理的でない。信用性の保障の上で公開の法廷に於ける或は必要的弁護に於ける証人調等のものと第二二七条の証人尋問とについては全くその差がある。検察官調書作成後の弁護人又は被告人の立会の

ない証人尋問に於ては検察官調書との連繋に於て考へるべきであり、これを原判決の如く解するならば検察官調書作成後証人尋問調書を作成しておくならば常に検察官の意の儘に公訴が維持されることになる。原判決は証人尋問調書の証人が反対尋問にさらされておるというがその反対尋問にさらされた証言が証拠とされるに於てはこれに異論の有り得よう筈がないが、無条件に証人尋問調書が証拠となり得るに於ては全く反対尋問に曝されなかつたことと同様であり、この点に於て第二二七条と第三二一条第一項第一号とは憲法第三七条第一項及び第二項に反するものである。従つて原判決が憲法第三七条第二項の違反はないとしているのは誤りである。

原判決は「刑事訴訟法第二二三条第一項にいわゆる被疑者とは当該被疑者を指称し、これと必要的共犯関係にある他の者を含まないと解す」から当該被疑者につき第二二三条で取調ができ同法第二二七条の証人尋問を許すべきであるというが、右第二二三条によれば犯罪の捜査をするについて必要があるときは被疑者以外の出頭を求め、これを取り調べることができるということになつておるのであつて、此の規定をとつて考へるならば第三者の任意の出頭を求めて取調べをすることができるという権限を認めているものであり、その任意出頭に応じない場合、これを強制することが手続上全く認められない。

そのように右が強制捜査を考慮にいれた規定でないことをみれば、被疑者又は共犯関係にある他の被疑者の場合この第二二三条第一項の規定によるものではない。従つて第二二七条の第三者の任意出頭の上の供述ということを条件にしたものというべきであり、本件の竹内他の者は何れも勾留中の関連の、必要的共犯関係の被疑者としての検察官の取調であり、適法な要件に該当しない。従つてこの点に於ても結局刑事訴訟法第三二一条第一項第一号に基く証拠能力がなく、これを適法とした原判決には前同様に憲法第三一条違反がある。

原判決は「水戸地方検察庁下妻支部検察官中本広三郎作成の昭和三五年一二月三日付、同月六日付、同月一六日付各証

人尋問請求書、田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛（以上三通はいずれも昭和三五年一二月一日付）小久保運吉（同月三日付）竹内正、新井政雄、梅田彌平（以上三通はいずれも同月一五日付）の検察官に対する各供述調書」はその供述内容と犯罪事実等から「被告人両名に対する右公職選挙法違反事件の公判期日において右証人等が被告人両名の面前では、その社会的地位、情実、利害関係等から精神的圧迫を感じその結果前の供述を変更する蓋然性があると認められるのである」といつておる。刑事訴訟法第二二七条によると要件として公判期日においては圧迫を受け前にした供述と異る供述をする虞がある必要があるとなつておる。苟くも圧迫を受けるということは威圧を受ける程のことをいうべきであり、仮りに原判決の如く解するとしても社会的地位に如何なる差異があり利害関係があるか判然とせず且つ原判決の情実を考慮にいれるのならば寧ろ被告人塚田は県会議員であり、自らの選挙についても選挙人である田中彦三郎その他の者に対しては却つて逆に精神的な負担を感ずるのであつて被告人等から精神的圧迫を感ずるなどということはあり得ない。而も被告人の社会的地位を考へれば暴力の徒と同じように常日頃不利益な供述をされたためにこれに対し圧迫を加えるというようなことは毛頭考えられないことである。而も原判決によるとその理由の疎明の点につき「第二二七条第二項は検察官が同条第一項の証人尋問請求をするには証人尋問を必要とする理由及びそれが犯罪の証明に欠くことができないものであることを疎明しなければならない旨規定しているが、その疎明があつたとの事実については記録に明示しなければならない旨の規定はないから記録上疎明があつた旨の明示がないからといつて疎明がなかつたと即断することはできない。むしろ裁判官が検察官の証人尋問請求を許容して尋問する判断を下し証人尋問を施行したところからみればその疎明があつたものと推認することができる」としている。

併し乍ら勿論証人尋問調書のみが第一審に於て証拠調されておるのであつてそれのみで疎明があつたかどうかは判然としない筈である。従つて適法要件としての疎明の有無につき争のある場合には当然進んで刑事訴訟規則第一六〇条第一項

に則りその請求書の内容につき検討すべきである。而も記録上疎明があつた旨の明示がないのではなく、疎明がないことが明らかなのである。それにも拘らず、裁判官が検察官の証人尋問請求を許容して尋問する旨判断を下し、証人尋問をしたのは疎明があつたと推認できるなどといつているがこれは全くの誤りである。勿論裁判官は法の運用に忠実でなければならないが、それとて完全無欠に法に従い得るものではない、それ故にこそ三審判決も認められておるのであつて原判決の如く解することは右制度そのものを否定するにも等しい。従つて疎明の有無は裁判官が証人尋問をしたという事実に基いて決すべきものではない。法は右の場合証明を要求しているのではなくして疎明を以て足りとしているのであつて裁判官に於て疎明を求めることはいと簡単なことである。疎明を法が求めるのは被告人の権利擁護ということもあり、又疎明を求めるということは疎明できないことも考慮にいれてのことである。強いていうならば原判決の見解によれば疎明のできない場合でさえも証人尋問が可能となる。そこで右のようなことから考へると原審の判断は疎明不必要ということに帰着し、そのような解釈を下すことは憲法第三一条の趣旨からいつて許さるべきことではない。

原判決は「そして又その疎明方法として前記証人田中彦三郎等の検察官に対する各供述調書並びに被告人八代の司法警察員に対する各供述調書の作成日付、それら各調書の記載内容より容易にこれを認めることができこれらを調査することによつて尋問請求を受けた裁判官が前記刑事訴訟法第二二七条第二項所定の要件につき前示同趣旨の疎明を得たものであることが認められるから、裁判官が右証人尋問請求を理由ありとした判断は所論のように違法は存しない」ともいつておる。ところが原判決は独断的に勝手に田中彦三郎の検察官に対する供述調書並びに被告人八代の司法警察員に対する供述調書が疎明方法となつているというが、これを疎明方法とした形跡は見当らず供述調書の作成日付から推して判断するが如きは許さるべきことではない。それでは余りにも法の精神を無視したものであつて刑事訴訟法第二二七条第三項の解釈を誤り結局は法の定めた手続

によらずに為された証人尋問調書を断罪の資とするのであつてその調書を適法のものなりとした原判決は憲法第三一条に違反する。

原判決は昭和三五年一二月三日付証人尋問請求書をもつて田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛、同月六日付証人尋問請求書をもつて竹内正、梅田彌平、新井政雄の証人尋問を請求した当時、すでに被告人八代において弁護士長島忠信を弁護人に選任し請求書に弁護人の氏名が記載されていないこと及び裁判官が弁護人を立ち会わせないでその尋問を施行したことが認められ、その手続が刑事訴訟規則第一六〇条第一項第七号に違反することは認められるといつておりながらも請求手続の違法は直ちに請求手続の無効を来し証人尋問調書の効力を失わしめるものと即断することはできない、証人尋問調書は有効であるというのである。然し原判決の如く解すると検察官が証人尋問の請求をするに当つて故らに弁護人があるのに裁判官の弁護人の有無の不知に乗じてあたかも弁護人がない如く装い弁護人に通知せず弁護人の立会を拒もうとする意図を実現することが可能である。従つてそのようなことは弁護人を選任して被告人の権利を擁護しようとする憲法第三七条第三項の規定の趣旨に反する。又憲法第三七条第一項によれば被告人は公平な裁判所の公開裁判を受ける権利があるのであつて苟くも刑事訴訟法第二二七条の証人尋問が裁判官の手続であり裁判所という機構の中のものであり裁判手続の一種である以上、弁護人に於て立会を認めるべきでありその機会を与える必要がある。

従つて弁護人があり乍らこれに通知もしなかつたのは裁判所に於て弁護人なくして審理をしたものと同一であり請求手続の違法は結局憲法違反であり請求手続の無効を来し従つて請求手続の違法無効は証人尋問調書の無効を来すものというべきである。要するに原判決にはこの点に於ても憲法の違反がある。

原判決は更に「右各証人尋問調書を刑事訴訟法第三二一条第一項第一号に該当する書面として証拠調の請求が為された際被告人又は弁護人よりこれに対し異議の申立もなかつたことが認められるので原審が右尋問調書を同法条に該当する書

面として罪証に供したのは正当であり」といつておるが、成る程記録をみると異議申立が為された旨の記載がない。然し右第三二一条第一項第一号の書面としては供述の喰違を要件しておるだけであり仮りに異議の申立があつても当然採用されてしまい、記録中には出て来ない。

又第一審の手続に於ては裁判所は第三二一条第一項の要件に充てはまるものとして弁護人の意見をもきかずに採用したものである。従つて弁護人に於て意見の有無についての点も記録中に現れていない。而して原判決のいうように異議の申立がなかつたというのは間違いでありこれは証人尋問調書の適法性を裏附けむとするの一方便に過ぎないのである。

以上原判決には幾多指摘の通り憲法の各条項に違反するものがあり原判決は破棄を免れない。

第三点　原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり破棄しなければ著しく正義に反するので破棄さるべきである。

即ち原判決によると第一審の判示第一の事実につき「原判決挙示の関係証拠（その内青木良助、中山貴治、内田初男、松本助右衛門、小沢倖一、橋本彌一郎、松本彌作の検察官に対する各供述調書は各その記載内容自体により特信性ありと認められ裁判官の竹内正、新井政雄、梅田彌平に対する各証人尋問調書が証拠能力を有することは前論旨に対する判断の項において説明したとおりであり、被告人八代の検察官に対する昭和三五年一二月二七日付供述調書はその形式、内容よりして任意性に疑を挟むべき点は認められない）を総合すれば共謀の点被告人塚田が盈科堂弓道場にいた点、金員供与の趣旨の点を含めて右第一の事実はすべてこれを肯認するに十分」であると先ず断定している。然し右各検察官調書が不適法の証拠調であることは第一点に述べた通りであり検察官からも具体的に特信性の主張並に立証がなされていないので検察官調書だけでその内容をとつて裁判所が特信性ありと判断することは許されない。

又各証人尋問調書についてもこれに証拠能力のないことは第二点に於て詳述するところであり、何れにしてもこの調書

によつては断罪の資料に供することはできない。而も各人の供述には他の者の供述に基き取調を受けこれに引きずられたとみられる点が多々あるのであつて又取調官の取調の事情につき同人等が証人として証言しているところから推して考へる場合特信性もなく又証拠価値もないというべきである。被告人八代の検察官に対する昭和三五年一二月二七日付供述調書については被告人八代は既に長期間勾留された上、起訴、公判を向えての取調べであり被告人八代が公判廷で供述しているように取調に不都合の点があり証拠とすべきではない。原審は更に判決の中で「被告人両名の原審及び当審公判における各供述、証人青木良助、同竹内正、同中山貴治、同新井政雄、同小沢倖一、同橋本彌一郎、同松本彌作、同内田初男、同本沢彦の原審及び当審における各供述、押収にかかる手帳中の一〇月三日欄及びその次頁欄の記載、その他の証拠中右認定に反する部分はこれを前記各証拠並びに右手帳の記載の態様、記載内容自体と対照勘案するとき到底措信し難い。」といつている。然し原審の手帳の記載の態様、記載内容自体という点は何がその記載につき信用性がないか明確でない、原判決のいうところは右手帳の記載が後日作出されたものといひ度いところからも知れない、然れども苟くも県会議員として地方の要職にある者がそのようなアリバイの点に手帳を書いてまでも協力するなどということは全く考へも及ばないことであり、手帳の記載についても字体等から原判決がいうように措信できない即ち後で書き加えたものなどというようなことは考えられない。この点については被告人塚田並に証人本沢彦が明瞭に供述しているところである、その他関係証拠によつても被告人塚田が同日その頃盈科堂に到底行き得なかつた事情が判り原審が措信できないとする証拠こそ措信すべきである。

而も前記の通り原判決で引用する証拠が証拠となし得ないに於てをやである、而して原判決はこの点につき証拠についての判断を誤り事実誤認に陥つている。

更に原判決は「原判示第三の事実中の㈠につき判示現金五千円は東昌寺に対する寄進であつて選挙に関する運動報酬の

供与ではなく、㈡につき判示のような金員の授与は全くなかつたものであるから原判決は事実を誤認したものであると主張するのであるが、原判決挙示の関係証拠をそれぞれ総合すれば原判示第三の㈠、㈡の事実はすべてこれを肯認するに足り、被告人塚田の原審及び当審における各供述、司法警察員、検察官に対する各供述調書、証人森道雄、同木村倍二、同知久義雄の原審及び当審における各供述その他の証拠中右認定に反する部分は措信し難く、森道雄の檀施入と題する金銭出納帳の記載によつても右認定を覆すに足らず、更に記録を精査し当審における事実取調の結果に徴するも原判決には所論のような事実誤認の廉は認められないから所論は採用できない。」というが、先ず判示第三の㈠については森道雄作成の檀施入と題する金銭出納帳に五千円の入金の事実が記載されてある。苟くも森が自ら選挙に関する運動の報酬との認識の下に受取つているものであれば檀徒に報告もすべきものであつてみれば檀施入とまでしない筈である。従つて森は被告人塚田から寄進を受けたればこそ明に記帳しておいたのである。原判決が金銭出納帳に信を措かなかつた理由が判らないのであつて、原判決は理由もなく被告人の利益の点を捨てており全くの事実の誤認である。その他被告人塚田の公判の供述、証人森道雄の供述等により原判決の判断が間違であることが判る。

第三の㈡の事実についても同様証人木村同知久の供述の方がより真実性がある。

原判決は「原判決挙示の関係証拠を総合すれば、被告人両名共謀の点、投票取纏め等の選挙運動を依頼した点、金員供与の趣旨の点を含めて右第四の事実はすべてこれを肯認するに十分であり、被告人両名の原審及び当審各公判における各供述、司法警察員、検察官に対する各供述調書の記載、証人田中彦三郎、渡辺周三郎、黒川善兵衛、黒田嘉也の原審及び当審における各供述、その他の証拠中右認定に反する部分はたやすく措信し難い。更に記録を精査し当審における事実取調の結果に徴しても右認定を覆すに足らず、原判決には所論のような事実誤認の廉は発見できない」といつておる。

併し乍ら被告人八代の検察官に対する昭和三五年一二月一五日付供述調書には証拠能力なく、又田中彦三郎、渡辺周三

郎、黒川善兵衛、小久保運吉に対する証人尋問調書、勿論裁判官のそれであるが、これについても証拠能力がなく証拠となし得ないのであり、更に被告人塚田が被告人八代と共謀して行動を共にしたなどということは考へられないことである。特に当日被告人塚田は斎産のことで田中彦三郎の処に電話をした。この電話を田中の息子が受けている事実、田中彦三郎が電話を受けていないことは田中彦三郎の供述によつて明らかである、そして八代も田中に電話し八代、塚田共お互に電話連絡の事実を知つていない事実から考へれば一緒に訪問するのであれば別々に電話をする必要がないことを考へることができる。而して共謀などということはこの間全くあり得ないことである。その他、運転手印出、と浅野の各証言によつても別の車で行つておることが判り被告人両名は行動を共にしていない。更に渡辺とよの証言によつても判然とする。田中彦三郎その他の者が被告人両名が来て金のことで色々話したというようなことを述べたことはあるが、それは非合理的であり、常識的でなく検察官の誘導に基き為された供述である。何れにしても被告人八代にしても被告人塚田にしてもお互に共謀の事実を否定しているのであるから具体的にいつ如何にして共謀が成立したかの立証もできない本件に於ては被告人等の言分が正当なのであるから共謀を否定して判断するのが事実の正当な見方である、事実の判断は事実審たる原審に専属するものであつても本件の如く幾多法律上も証拠判断の上でも問題のある場合に於ては充分職権を以て調査の上破棄するのが当然である。従つて右の他総べての証拠を充分御調査の上原判決破棄の判決あるべきである。

以　上

昭和三八年(あ)第一五七六号

判　決

本　籍　大阪府枚岡市四条町九〇番地
住　居　大阪府羽曳野市丹下二一七番地
自動車運転手
梅　本　正　義
大正二年一月二六日生

右に対する道路運送法違反被告事件について、昭和三八年五月三〇日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し原審弁護人荒木宏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

弁護人荒木宏の上告趣意第一点について。

所論は、道路運送法一〇一条一項が憲法二九条、三一条に違反する旨主張する。しかし、憲法二九条による財産権の不可侵の保護は無制限に認められるものではなく、公共の福祉の確保を必要とするときは、その所持、使用、収益の制限を受認しなければならないことは当裁判所の屢次判例（昭和二五年(あ)第一九号同年一一月二二日大法廷判決刑集四巻一一号二三八九頁、昭和二九年(あ)第二九七〇号同三三年二月一二日大法廷判決刑集一二巻二号二〇九頁、昭和三一年(あ)第九一四号同三六年一二月二〇日大法廷判決刑集一五巻一一号一八六四頁参照）とするところであり、道路運送法一〇一条一項が自家用自動

昭和三八年一二月一二日判決　昭和三八年(あ)第一五七六号

車を有償運送の用に供することを禁止しているのは公共の福祉の確保のため必要な制限であることもまた当裁判所の判例（昭和三五年(あ)第二八五四号同三八年一二月四日大法廷判決）とするところである。されば同法一〇一条一項は憲法二九条に違反するものではなく、これを合憲と解した原判決は正当である。また右道路運送法一〇一条一項が憲法二九条に違反しない以上、同三一条違反の主張は前提を欠くものであり、結局、所論違憲の主張は採るを得ない。

同第二点について。

所論は、事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、上告適法の理由にならない。

よつて刑訴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。

昭和三八年一二月一二日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　長部謹吾

裁判官　入江俊郎

裁判官　下飯坂潤夫

裁判官　斎藤朔郎

昭和三八年(あ)第一五七六号

道路運送法違反

被告人　梅本正義

弁護人荒木宏の上告趣意

第一点　原判決は憲法二九条、同三一条に違反する。

原判決は、道路運送法百一条を適用した第一審判決を是認しているが、同条項は次のとおり憲法二九条、同三一条に違反する。即ち同条は「自家用自動車を有償で運送の用に供する」行為を禁止している。有償とは、経済的出損を意味するが運送の機会に受益者（運送してもらう者）から供益者（運送する者）に対し、経済的出損がなされても、それが偶々一回だけ偶発的に行なわれた場合（一回的行為）と何回も継続的に行なわれた場合（反覆継続的行為）とでは刑法的にその本質を異にする。

例えば、知人の引越用の貨客を好意的に運送し、受益者から供益者に対しその対価を支払つた場合、あるいはせめてガソリン代だけでもと費用弁償したような場合、これが道路運送法百一条違反として犯罪になるというのは常識的に不合理である。何故か、

自家用自動車を運送の用に供するのは自己の所有物をその目的、用法に従つて使用収益する行為であり、これは資本主義法制下においては適法行為であり、刑法的には放任行為である。憲法二九条は、この趣旨を明らかにしている。然し、自家用自動車の使用収益であつてもそれを営業としてするときは、その事業の運営、利用者の安全、事業者間の関係等利害関係が広範囲に及ぶため、最小限度の国家の後見的介入が必要になる場合がある。

道路運送法がその目的を「事業の適正な運営と公正な競争、道路運送秩序の確立」と定め、免許制度を設けているのは、右のような事業規制のためである。

従つて、同法が取締の対象としているのは、免許を受けずに事業を為す行為であり、反覆的、継続的行為であつて仮に経済的出損があつても一回的行為は規制対象とならないはづである。

他の各種事業においても、前記後見的介入の必要のために「届出」「登録」「許可、免許」等の制度と、その取締が規定されているが、全て反覆継続的行為のみをその取締の対象とし、一回的行為は何ら規制するところがない。

例えば、

届出制	採石業	採石法三二条	罰則同法四四条
同右	砂利採取業	砂利採取法四条	同　一九条
登録制	港湾運送業	港湾運送法四条	同　三四条
同右	建設業	建設業法一五条	同　四五条
同右	宅地建物取引業	宅地建物取引業法一二条	同　二四条
許可免許制	百貨店業	百貨店法三条	同　二〇条
同右	公益事業	公益事業令二六条	同　八四条
同右	ガス事業	ガス事業法三条	同　五五条
同右	通運事業	通運事業法四条	同　三八条

等々であるが、たゞわずかに航空事業に関してのみ反覆継続的行為の取締（同法百条―百五十五条）の外に一回的行為も取締の対象にしている（同法百二十条、百三十条の二―百五十五条）が、それは外国航空機の航空であるから、同列に論ずることはできない。

然るに、ひとり道路運送法のみが反覆継続的行為を営業類似行為として取締るほかに（四条）、一回的行為をも有償行為として取締るのは何ら合理的理由がなく、取締範囲を拡大し所有権の保障を侵害するもので憲法二九条、三一条に違反する。

取締当局は取締困難と道路運送の公共性を主張するが、回数は一回であつても反覆継続性があれば営業類似行為となるのであるから特に他の事業法と区別すべき理由はない。

従つて、道路運送法に定める免許制を維持するための取締も他の事業法と同様に四条の営業類似行為の要件を以てすべきもので、憲法二九条に違反し、何ら合理的理由のない百一条適用すべきでない。

右のとおり被告人の所為に対して道路運送法百一条を適用することを是認した原判決は憲法二九条、三一条に違反する。

第二点　原判決は判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、これを破毀しなければ著しく正義に反する。

即ち道路運送法百一条にいう「有償で運送する」とは、経済的出損と運送とが結びついていることを意味する。この間に何らの結びつきがない場合、例えば運送してもらつた機会に借金を返済するというような場合これを有償運送として犯罪だとするのは不合理である。何故か、出損と運送との間に結びつきがないからである。然らば、この結びつきは如何なる程度に要請されるか。刑法的な評価を与えるときは「運送」と「出損」が法律的に結びついていることが、必要である。法律上の結びつきとは、両者が対価関係に立つことであり、供益者の運送と受益者の出損が債務関係に立つこと、つまり単なる有償契約だというのではなく有償双務契約だということである。本件の場合、受益者は料金として支払うつもりであつた、あるいは支払つた証言している。この証言は、受益者が法廷に喚問されたことを迷惑だと考えていることと検察官の誘導によつてなされたものであり、真実は被告人の供述にあるように、公正会の会員となることを承諾し、入会申込書に署名し、寄付金として金員を支払つたものであるが、仮にそうでないとしても被告人には料金として請求するつもりは

全くなかつたのである。被告人の所為は政治活動の一環としてなされたものである。即ち、土金証人調書等、弁護人申請の証拠により明らかな如く、現行免許制には当初の実質的理由がほとんどなくなり、しかも免許制のため需給が不均衡となり、業者の中には不当な権利金によつて巨利を得る者があり、かつ免許行政が極めて恣意的に行なわれるため腐敗と矛盾を生じている。これを変革し、免許制を撤廃し道路運送秩序を自主的に規制し、運転労働者の生活と権利を守る運動として行なわれたものである。

論者は免許制の存続理由として、

(1) 撤廃すれば営業者が増えるというが、現在自動車の増加は九割まで自家用車であり、これはいわゆるレジャー用の閑自家用車ではなく営業用の自家用車が圧倒的に多く、免許制の撤廃は車輛増加にほとんど影響がない。

(2) 爾後の監督ができなくなるというが、それは届出制、登録制で充分目的を達しうる。

(3) 事故補償が不充分になるというが、免許を受けている業者でも事故補償は充分でなく、しかも補償不足は免許取消の要件とはなつていないから関連はない。

従つて、被告人の免許制撤廃の目的は合理的な、正当なものと評価されるべきである。しかも被告人は早くから大型二種の免許を取得し、すでに三〇年の運転経歴がある。そこで、右の目的を達するために自己の所有する自家用自動車を使用し、熟練した運転技術を以て目的に賛助する会員から寄附を受けるべく運動していたのである。

右の目的と運動の関係は、いわゆる目的と手段の関係ではない。目的は正当であるが、手段は違法であるという関係はない。右に掲げた目的は被告人が寄附を受けた時の意思の内容そのものである。ところで、寄附として金員の交付を受けるというのは、いわゆる自然債務として給付を受けるということであり、給付者の任意の履行に期待するのであるから請求権をもつものではなく、その意味で運送と寄付との間に必然的な結びつきがなく、法律的に対価関係に立つものではな

い前田証人も被告人も運送しても寄附金をもらわなかつたこともある、と供述しているが、このことを裏づけるものであるこのことは、赤い羽根募金団体は運動のシーズンになると各種学校宛に一括して赤い羽根とバッチを送付する。その依頼状には羽根は一〇円、バッヂは三〇円と書いてあるが、送付を受けた学校等では全員に羽根を、一部にバッヂを配つた上で応分の寄附を集めて一括して団体に送付しており、赤い羽根と募金の関係は対価関係に立たず、従つて、これは赤い羽根の売買ではない。

本件においても仮に、受益者において対価として料金を支払う意思があつたとしても、被告人において右のとおり寄付として任意の履行に期待するにすぎない以上、双務契約は成立せず、対価関係に立つものとはいえないから、道路運送法百一条に該当しない。車体の料金表示や、走行距離に比例する点も、赤い羽根が一本一〇円とされ、多額の寄金者にバッヂを提供する点と比すれば、寄附を受ける意思を否定するものではない。

第一審判決は被告人の所為に対して道路運送法百一条を適用し、原判決はこれを是認して法令に違反したが、これは重大な違反であり破毀しなければ著しく正義に反する。

右陳述する。

以上

昭和三八年(あ)第二〇三七号

決　定

本籍・住居　山梨県大月市初狩町下初狩三六二番地

農　業　奈　良　武　則　明治三一年三月二九日生

右公職選挙法違反、名誉毀損被告事件について昭和三八年七月二二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

弁護人青柳孝、同青柳孝夫の上告趣意一は、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、公職選挙法二三五条二号の罪は、公表事項の虚偽であることをもつて犯罪構成要件としているのであつて、その罪の成立を認めるには、公表事項の虚偽であること及び犯人においてその虚偽であることを認識していたことの証明を必要とし、名誉毀損罪におけるが如く、公表事項の真実であることの証明がない限り、処罰を免かれないとするものではないから、原判決が、名誉毀損罪の成立について、摘示事実の真実であることの証明がない場合とは、該事実が虚偽であるという謂いに外ならないものとなし、本件について名誉毀損罪の成立を認め得る以上当然公職選挙法二三五条二号の罪の成立をも認めるべきである旨判示する点は、法令の解釈を誤つたものというべきであるが、記録に徴するに、原判決は、第一審判決挙示の証拠

昭和三八年一二月一八日決定　昭和三八年(あ)第二〇三七号

によつて、右公職選挙法二三五条二号に該る事実をも認定したものと認められ、右事実認定は相当であるから、原判決が本件被告人の所為に同法条を適用したことは、結局正当であり、前記法令違反は、判決に影響を及ぼすものとはいえない)。

同二は、事実誤認の主張であり、同三は、量刑不当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。

また記録を調べても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。

昭和三八年一二月一八日

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

被告人　奈良武則

弁護人青柳孝、同青柳孝夫の上告趣意

一、原判決には、判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり著しく正義に反するものである。

第一点

(一)　原判決は名誉毀損罪における刑法第二三〇条の二第三項について

「真実なることの証明のない場合とは摘示した事実が虚偽であるという謂いに外ならない」

と判示し(原判決三枚目表九行目)

ついで

「摘示された事実の存在を否定するに足る証拠の認むべきもののない限り、該事実は虚偽であると断ずるに憚りあることはないのである。それ故に該事実の摘示につき名誉毀損罪の成立を認めると同時に、該行為につき公職選挙法第二三五条第二号の罪の成立をも認むべきものであることは、理の当然とする所である。」

との論法を採つている。(原判決三枚目表五行目から一〇行目)

そして、この前提に立ち、だからこそ、摘示事実は虚偽であり、本件被告人の行為は公職選挙法第二三五条第二号にも該当するとの認定をしているのである。

しかし、この「真実なることの証明のない場合とは、……虚偽であるという謂いに外ならない」という論理が果して正当なものであろうか。

(二)　刑法第二三〇条の二第三項の「真実なることの証明」は違法性阻却事由(若しくは消極的処罰条件)であつて、この

証明がなされて、はじめてその違法性が阻却され、処罰されないのであつて、この証明がなされないかぎり違法性は阻却されず、処罰を受けることを規定したものであることは今更いうまでもないところである。よつて真偽いずれとも分明でないという程度の証明では、その違法性は阻却されず、第一審判決認定のように名誉毀損罪は成立するのである。

被告人において、右に述べた、違法性を阻却するまでの「真実なることの証明」はなしえなかつたとしても、その立証の程度により、摘示事実が未だもつて「真否何れとも判然しない」場合の存することは当然である。

原判決は「真実なることの証明のない場合」ということと、「摘示された事実の存在を否定するに足る証拠の認むべきもののない場合」ということを同一に解釈使用しているのであるが、これを同一の意義の文言として適用しているところに論理の飛躍が存するといわざるをえない。

原判決認定のとおり「摘示された事実の存在を否定するに足る証拠の認むべきものの存しない限り、該事実は虚偽であると断ずるに憚りあることはない」であろう。しかし、その「摘示された事実の存在を否定するに足る証拠の認むべきものののない」場合が、「真実なることの証明のない場合」と同一ではありえない。

前述のとおり、被告人において違法性を阻却することのできる「真実なることの証明」まではなしえなかつたとしても、その摘示された事実の存在を否定するとも肯定するともいいえないという心証を第一審裁判官が形成する程度にまでは立証しえたということの存在することもまた理の当然といわなければならない。

決して原判決のいうように、「真実なることの証明」がなければ、直ちにその摘示事実が「虚偽」になるものでもなく、第一審判決が「論理上の矛盾を露呈するもの」でもなければ、第一審判決の「真意を理解するに苦しまざるを得ない」ものでもないのである。

原判決は、刑法第二三〇条の二第三項の解釈を誤り、ひいては、公職選挙法第二三五条第二号の適用を誤つたもので

あつて、これは判決に明らかに影響するものであり、破棄されなければ著しく正義に反するものといわなければならない。

第二点

(一) 原判決は前記のとおり、「真実なることの証明」のない場合は「虚偽」であるとの論理から、本件被告人の摘示した事実は虚偽であつて公職選挙法第二三五条第二号の罪に該当する、というのである。たゞ、原判決が右の論理的な帰結としてのみ本件の摘示事実を虚偽であるとしているのか、証拠による事実認定として虚偽であると認定しているのか必ずしも明白でない。

原判決は、「真実なることの証明」がないから「虚偽」であるとの前提に立つたので、「摘示された事実の存在を否定するに足る証拠の認むべきもののない限り、該事実は虚偽である」との論理に観られるように、本件摘示事実は虚偽であるとの前提を頭からきめつけている。

右の文言を、そのまゝに読むならば、摘示された事実の存在を否定する証拠がない、ということで、摘示された事実が存在することになり虚偽ではないことになるわけであり、若し、右のように摘示された事実を虚偽であるとの前提に立たないならば、右の文言は「摘示された事実の存在を肯定するに足る証拠の認むべきもののない限り」とならなければならない筈である。

右に述べたとおり、原判決は、本件の摘示事実は、虚偽であるとの前提から判示しているのであつて、これは前述の、「真実なることの証明のない場合」は、「虚偽」であるとの飛躍的な論理に起因するのである。

原判決は、右の論理の当然の帰結として、本件摘示事実を虚偽であると認定していることは明らかであつて、これは証拠によらずして事実の認定をしたものといわなければならない。

原判決は、裁判の大原則たる、事実の認定は証拠による、との刑事訴訟法第三一七条に違反するものであり、判決に影響を及ぼすこと明らかであつて、破棄されなければ著しく正義に反するものである。

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る。

㈠ 原判決は、右に述べたように、本件の摘示された事実が虚偽であるということを、前述の論理からの当然の帰結として認定しているのか、事実認定の結果であるか明白でない。

しかしながら、「被告人の原判示所為たるや、原判決挙示の対応証拠によれば云々」として、第一審判決挙示の証拠によつて、本件の摘示された事実を虚偽であると認定しているかの如き口吻もみられるのである。

若し、証拠による事実認定によつて、本件摘示事実を虚偽であると認定しているならば、それは重大な事実誤認といわなければならない。

㈡ 本件摘示事実については、弁護人が第一審以来主張し来つたとおり、その直接の被害者達が純然たる、ブライバシーに属する事項であるだけにその事実を認めるということは皆無に等しく殊に本件は公職選挙法違反、名誉毀損ともに被害者である伊東裕長の告訴にその端を発している以上、右事項を認めるような供述を関係者からうることは木によつて魚を求めるのたとえのように全く不可能といわざるをえない。

しかしながら、第一審証人長沼啓作の供述によつて、右伊東がモルヒネ中毒に近い症状にあつたこと、又同第一審証人島津国夫の供述によつて、その注射のうち方からして、ヒロポン注射をうつていたことを認めるに充分である。

そして、原審証人藤本高二、同小林美永の供述によつて明らかなとおり、伊東の女性関係についてその氏名が明らかにされている者も市役所職員の中に、一、二存在するのであるが、当該個人の名誉を考慮し、かつ、このようなブライバシーに関する事項について関係者が公判廷において、その事実を認めることの蓋然性の少いことから証人として申請することを差し控えたにすぎない。

原審証人五十嵐玉子は、高月通りの下宿に田村寿子が居住していた際、表から来れば誰が来たかはよく分るのだが、伊東が尋ねて来たのを見たことは一度もない、旨の供述をしている。一方伊東は、第一審、原審ともに、右高月通りの下宿には数回行つていることを供述しているのである。

殊に右五十嵐証人の「たんぼの畔道を通れば裏からも出入できる」との供述、前記藤本証人の原審における、伊東が胃痛を訴えた際、市役所宿直室における田村の看病の状況、そして第一審において田村、藤本両証人の供述による、田村の実兄の移動期でない時の栄転、伊東が田村の実家へ何回となく行つている、等の事実を合わせ考えるならば、田村と伊東との関係は全く明白であり、この事実は正に他の、市役所職員の一、二の例にもそのまゝ推論できるところである。

そして、伊東は原審においても、その薬名こそ異れ、県議公舎の小使室等において自ら注射をうつていた事実を供述して居り、これは第一審証人島津国夫の供述の信憑性を裏付けるものである。

これら、本件摘示事実は、前記証人藤本、小林両名の証言によつて明白のように、大月市内において、伊東を知る者は殆んど、その事実を知つているのである。

右に述べ来つた諸点を合せ考えると、本件摘示事実が全くの虚偽であると認めえないことは明白といわなければならない。

右摘示事実については、「真実なることの証明」までは、ついになしえなかつた（それは前述のとおり、ブライバシーに関する事実であるからである）けれども、少くとも、右摘示事実が虚偽であるともいいえない程度にまでの証拠は

存在するものといわなければならない。

結局、第一審判決のいうように、本件摘示事実については、「真否何れとも判然しない」との認定こそ正当というべきである。

三、原判決は刑の量定が甚しく不当である。

被告人は大月市議会議員に二期当選し大月市民の与望により、現に市議会議長に選任されて居り、その間にも、副議長、各種常任委員長を歴任し、大月市政に多大な貢献をして来つたものである。

原判決において、罰金刑につき執行猶予の御恩典にあずかつたのであるが、二年間の空白は被告人の政治生活については致命傷ともいうべきものであつて、過去の政治的、社会的貢献に対し、この点甚しく不当といわなければならない。

被告人も本件行為については、充分悔悟反省して居り、かつ、被害者伊東との間に和解も成立しているとの事情からして、選挙権、被選挙権を停止しない旨の御判決を給わりたく懇願するものである。

以　上

昭和三六年(あ)第一一八七号

判　決

本籍並びに住居　千葉県銚子市橋本町一九七〇番地の一

船長兼漁撈長

戸　村　武　二

昭和四年九月二五日生

本籍並びに住居　同　所

会社員

戸　村　善　一

昭和二年一月一二日生

事務所所在地　千葉県銚子市橋本町一九七〇番地の一

だるま漁業株式会社

右代表者代表取締役　戸　村　市　太　郎

右三名に対するさけ、ます流網漁業等取締規則違反、被告人戸村善一に対する公文書毀棄被告事件について昭和三六年三月二九日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人らから各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

原判決及び第一審判決を破棄する。

被告人戸村武二、同戸村善一を各懲役六月に処する。

昭和三八年一二月二四日判決　昭和三六年(あ)第一一八七号

但し、右被告人両名に対し、この判決確定の日から三年間、いずれも右刑の執行を猶予する。

被告人だるま漁業株式会社を罰金二万円に処する。

訴訟費用中、国選弁護人海老根保久に支給した分は、被告人三名の平分負担とし、その余は被告人戸村善一の負担とする。

理　由

弁護人小泉盛之助の上告趣意第一点、第三点は、量刑不当の主張であり、同第二点は、単なる法令違反の主張であつて、いずれも適法な上告理由に当らない。

弁護人海老根保久の上告趣意一は、判例違反をいうが該当判例を具体的に指摘していないから不適法であり、同二は、事実誤認の主張であつて、いずれも適法な上告理由に当らない。

しかしながら、原判決の是認した第一審判決の被告人三名に対する追徴の言渡の適否につき、職権により調査するに、右適用法令たる「さけ・ます流網漁業等取締規則」（昭和三一年四月九日農林省令第一一号による改正後の昭和二七年七月四日農林省令第五二号）二九条二項には、「前項の場合において、犯人が所有し、又は所持する漁獲物、製品、漁船及び漁具はこれを没収することができる。但し、犯人が所持していたこれらの物件の全部又は一部を没収することができないときは、その価格を追徴することができる。」旨規定されているところ、右規定の授権法たる漁業法（昭和二四年法律第二六七号）六五条四項には、「第一項の規定による省令又は規則には、犯人が所有し、又は所持する漁獲物、製品、漁船及び漁具の没収並びに犯人が所有していたこれらの物件の全部又は一部を没収することができない場合におけるその価格の追徴に関する規定を設けることができる。」旨、また、同じく水産資源保護法（昭和二六年法律第三一三号）四条四項には、「第一項の規定による省令又は規則には、犯人が所有し、又は所持する漁獲物、漁船、漁具及び同項第六号の水産動植物の没収並び

に犯人が所有していたこれらの物件の全部又は一部を没収することができない場合におけるその価格の追徴に関する規定を設けることができる。」旨、それぞれ規定されているのであつて、いずれも没収不能物件の価格の追徴については、それが犯人の所有していたものであることを要件とする趣旨であることが窺われる。従つて、前顕のとおり、右追徴につき、当該物件が犯人の所持したものであることを要件とする、本規則二九条二項但書の規定は、法律による授権ないし委任の範囲を超えたものとして無効であり、右規定を根拠として、追徴を科することはできないものといわなければならない（国家行政組織法一二条四項参照）。

されば、第一審判決判示第一の犯行による漁獲物が没収不能であるとして、本規則二九条二項に則り、右価格中の一部金一、五〇〇、〇〇〇円を被告人三名から追徴する旨言い渡した第一審判決及びこれを是認した原判決は、いずれも右の点において法令の解釈を誤つた違法があり、右の違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決及びその維持した第一審判決は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、刑訴四一一条一号、四一三条但書に則り、原判決及び第一審判決を破棄し、当裁判所は更に次のとおり判決することとする。

第一審判決の認定した事実に法令を適用すると、被告人戸村武二、同戸村善一に対する判示第一の所為は、「指定漁業の許可及び取締り等に関する省令」（昭和三八年一月二二日農林省令第五号、同年二月一日施行）附則一六条、前記「さけ、ます流網漁業等取締規則」二条二項、二九条一項一号、刑法六〇条に該当するので所定刑中各懲役刑を選択し、被告人戸村善一の判示第二の所為は同法二五八条に該当し、以上の事実は、同法四五条前段の併合罪であるから、同法四七条、一〇条により判示第二の罪の刑に併合罪の加重をなし、各刑期の範囲内で右被告人両名をいずれも懲役六月に処し、同法二五条一項を適用して、右被告人両名に対しこの判決確定の日から三年間、それぞれ、右懲役刑の執行を猶予し、被告人だるま漁業

昭和三八年一二月二四日判決　昭和三六年(あ)第一一八七号

株式会社に対しては、その使用人たる右被告人両名が右会社の業務に関し判示第一の行為をなしたものであるから、前記規則三二条、二条二項、二九条一項一号に従い罰金二万円に処することとし、訴訟費用の負担につき刑訴一八一条一項本文を適用して、主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官垂水克己は、退官につき本件評議に関与しない。

検察官　岡嵜格公判出席

昭和三八年一二月二四日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　河村又介

裁判官　石坂修一

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　横田正俊

被告人　戸村武二

同　戸村善一

同　だるま漁業株式会社

弁護人小泉盛之助の上告趣意

第一点　第一審千葉地方裁判所八日市場支部は被告人戸村武二、同戸村善一に対し各懲役六月に処し三年間其の刑の執行を猶予したのである。よつて被告人両名の罪状を勘案するに被告人戸村武二の犯罪事実は、さけます流網漁業取締規則違反のみなるに対し被告人戸村善一の犯罪事実は被告人戸村武二と共犯関係にある右さけます流網漁業等取締規則違反の外に尚公文書毀棄罪をも敢行して居るのである。而して、さけます流網漁業等取締規則違反罪の法定刑は二年以下の懲役若しくは五万円以下の罰金に処し又は之を併科する過ぎないのに反し公文書毀棄罪の法定刑は三月以上七年以下の懲役に処すとあつて後者は前者に比し遙かに重刑であるのみならず破廉恥罪である。従つて被告人戸村善一を懲役六月に処し且つ執行猶予に付するを相当とするならば罪数少なく且つ罪質の遙かに軽き被告人戸村武二に対しては当然懲役六月より遙かに軽い懲役刑に処し且つ執行猶予を付すべきものと思料するのである。

然るに被告人戸村武二に対し被告人戸村善一と同様に量定した第一審の判決に対して申立てた控訴を棄却した原審の量定は著しく不当であり之を破棄するに非ざれば著しく正義に反するものと認めるのである。

第二点　第一審千葉地方裁判所八日市場支部は本件さけます流網漁業等取締規則違反事件につき被告人戸村武二、同戸村善一、同だるま漁業株式会社の三者より金百五十万円を追徴する旨言渡したのである。さけます流網漁業等取締規則第二十九条によれば、

前項の場合において犯人が所有し又は所持する漁獲物製品漁船及び漁具はこれを没収することができる但し犯人が所持していたこれらの物件の全部又は一部を没収することが出来ないときはその価格を追徴することができる。と規定している、而して本件さけます流網漁業等取締規則違反による漁獲物のさけますは被告人だるま漁業株式会社所有第三達磨丸の船長兼漁撈長をしていた被告人戸村武二において実際に採捕し且つ同被告人において所持している間に全部売却処分し没収することができなくなつたのであつて被告人戸村善一は右の漁獲物を所有せず所持したことが無いのであるから右被告人戸村善一に対しては追徴することは出来ないものと思料する。然るに第一審が被告人戸村善一、同戸村武二、同だるま漁業株式会社の三名より金百五十万円を追徴する旨言渡したのは明かに法令に違反したものでしかも其の違反たるや判決に影響を及ぼすことは明白である。従つて右第一審の判決に対して申立てた控訴を棄却した原審判決は之を破棄しなければ著しく正義に反するものと認めるのである。

第三点　第一審千葉地方裁判所八日市場支部は前項に記載した如く被告人戸村武二、同戸村善一、同だるま漁業株式会社の三名より金百五十万円を追徴する旨言渡したのであるが思うに被告人等がさけます流網漁業等取締規則違反に出でた動機は第一審の証人小畑宇吉の（要旨）五、六月頃は漁のない時期でさけますの船に乗つているものは生活に困る様なことはないがその頃さけますの許可の出ない船に乗つている人は生活が苦しいとの証言によつて明らかな通り、船長たる被告人戸村武二において乗組員二十数名の生活苦を免れしめんため乗組員と相謀り本件の違反操業をなすに至れるものでしかも本件さけますの水揚代金二百二十七万五千九十一円についても被告人戸村善一は手数料五分差引かれ残りの三割五分を船員に支払い更にその残りから直接の経費として油代食費塩餌保険料等の支払をなし結局残りは八万円余で之れだけが船主の収入となる訳であるが金利や船の維持費等を賄なうにも足りないと供述して居るのである。

結局不漁の五、六、七月中における乗組員の生活苦を救い且つ被告人等の秋刀魚出漁に際し船員確保のため本件違反操

業に出てなければならない苦しい立場に追込まれた事が明かであり収益は極めて僅少であつたのである。

然るに第一審が被告人等三名に金百五十万円の追徴金を科したのは漫然漁獲物の水揚代金額に拘泥し実状を看過した結果であつて余りに苛酷に過ぎるものと思料します。而してこの第一審の判決に対して申立てた控訴を棄却した原審の量定は著しく不当でありこれを破棄するに非ざれば著しく正義に反するものと認めるのである。

仍て控訴判決を破棄し被告人戸村善一に対しては追徴金を科せず又追徴金を更に少額科する様懇願する次第である。

（昭和三十六年七月十八日付）

以上

昭和三六年(あ)第一一八七号

被告人　戸村武二
同　戸村善一
同　だるま漁業株式会社

弁護人海老根保久の上告趣意

一、原判決には判例違反がある。

原判決は被告人善一が被告人武二より同被告人において無許可にてさけ、ます流網漁業を行うことを聞かされ、これに対し「已むを得ないものとしてこれを了承」したことのみを以て共謀ありとし、被告人善一は何等実行々為に関与していないのに拘らず所謂共謀共同正犯の責任を問い同人に対しても有罪と認めたが右は共謀共同正犯に関する大審院及び最高裁判所の判例に違反する。

即ち判例によれば共謀共同正犯は、共謀者が共同犯行の認識があり共謀者の他の者の実行々為を利用してその意思を実行に移す場合を言うのであつて、自分は実行々為を為さないものでも他の共謀者実行々為を利用し自分も犯行を為さうとする意思（或る程度積極的な）が必要であること明らかである。従つて単に他人の犯行を認識している丈では足らないのは勿論のこと他の者の実行々為を消極的に容認する丈では共同正犯は成立しない。

本件においては、被告人善一は被告人武二が犯行を為すことを単に知つていてこれを中止させず容認した程度にすぎず何等の実行々為にも加担していないのであるから到底御庁判例に言う共謀共同正犯と言うを得ない。

二、原判決には判決に影響を及ぼす重大な事実の誤認がありこれを破棄しなければ甚しく正義に反する。

原判決は公文書破棄の点について、問題の日記帳が既に海上保安官によつて差押えを受け公文書と為つていたものであ

り且被告人善一はこの点を認識していながらこれを破棄した旨認定したが右認定は誤りである。

控訴審における証人大山雅清の証人尋問調書（記録四一一丁）によれば弁護人の「これは差押えたものだからと言うことをはつきり言つたのか」との質問に対し同証人は「これは、差押えるものだから勝手に手を触れてはいけない」と答えており、右の意味は結局、「これは同保安官においてこれから差押える積りのものであるから手を触れてはいけない」と解するのが相当であるが、右供述は、もつとも信憑力を有するものである。

しかるに原判決は「被告人善一が右日記帳を取上げて内容を見ているのを発見したので大山保安官は同被告人に対しそれは差押えたものであるから勝手に手にしてはいけない返して下さいと申渡し同人よりこれを受取つて言々」と勝手に認定し、且「右認定によれば大山保安官は被告人善一に対し日記帳を差押えた物であるから勝手に手にしてはいけない返して下さいと申渡し同被告人より受取つたとき差押をしたものであつてこのとき日記帳が公務所の保管にかゝり公務所の用に供する文書となつたものと見るのが相当である。」と認定している。（記録四四一丁乃至四四二丁）

前記大山証人の証言その他の証拠を綜合するに日記を見ていた被告人善一に対し大山保安官が「これは差押えるものであるから手を触れてはいけない」と言つた時には同保安官がこれから右日記帳を差押える積なることを話したものと解され既に差押えたものであると言つたとは解されないからこの段階では未だ差押えを終えたものとは認め難いことは言うまでもない。

ところで原判決は右の如く大山保安官が言つた直后これを被告人善一から受取つたときに、差押が行われたと認定しているが右受領は単に差押えを為す為の予備行為としてその后に差押をする目的で一応受取つておいたと認めるべきでありこれを以て差押が行われたとは到底認められない。いはゞ右は窃盗における物色行為と同一視される段階であり差押行為の完了とは認められないものである。

右に述べたように本件においては客観的にも差押が為された物件とは認められないのであるが、少くも被告人善一の認識としては差押の完了した公務所の保管する文書とは認識していたとは到底認められない。かゝる場合捜査官なら格別一般の人としては押収品目録の交付等の外形的行為によつて捜査官の差押意思が確定的に外形的行為を取つて表現されたときにはじめて公務所の保管となつたものと認識するのであつて単に捜査官が捜索に当つて品物を取りあげて調べて見たり置いて見たり更に又取り上げて見たり置いて見たりする丈の段階ではなお差押を目的とした捜索の実行中と考えるのが通常であり捜査官が一度手に触れたからと言つてその物件に対する差押が完了したと認識するものではない。

要するに被告人善一の犯意としては証拠を湮滅すると言う犯意こそあれ、右日記帳を公務所の保管物件との認識はなかつたものであるから証憑湮滅罪を以て問擬するは格別本件について公文書毀棄罪の成立を認めたのは事実の誤認がある。

右誤認は判決に影響がありこれを破棄しなければ著しく正義に反するので是非共破棄されたい。

以　上

（昭和三十六年七月二十日付）

昭和三六年(あ)第二一九八号

判　決

本　籍　韓国慶尚南道密陽郡密陽邑駕谷洞七一四番地
住　居　東京都新宿区四谷二丁目三番地　寿々恵荘内（鈴木栄方）
建築請負業
住友一夫こと
金　沢　桂　水
（自称）大正一五年五月二八日生

右傷害、外国人登録法違反被告事件について昭和三六年六月二〇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判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人本人の上告趣意について。

所論は単なる法令違反の主張であつて適法な上告理由に当らない。記録を調べると、原審は第一回公判期日の召喚状を被告人に適式に送達し、被告人はその延期方を求める旨のはがきを差し出したのみで右第一回公判期日に出頭せず、弁護人両名は出頭したこと、同公判期日において裁判長は次回公判期日を昭和三六年五月二〇日午前一〇時と指定告知したのであるが、右指定された第二回公判期日の召喚状は、被告人の原審に届け出た住居以外の旧

住居宛に送達されたこと、かくして第二回公判期日にも被告人は出頭しなかつたが弁護人等は出頭したこと、同公判期日において裁判長は第三回の公判（宣告）期日を同年六月二〇日午後一時と指定告知したが、同公判期日の召喚状は被告人に送達された形跡がないこと、右宣告期日に被告人は出頭せず、弁護人一名は出頭したものであること明らかである。されば原審の第二回及び第三回公判期日の召喚手続は適法になされたものとはいい得ないこと勿論であるが、控訴審においては、被告人は公判期日に出頭することを要しないし（刑訴三九〇条本文）、被告人のためにする弁論は弁護人でなければこれをすることができないものであり（同三八八条）、しかも本件において弁護人は前記のとおり原審の第一回ないし第三回公判期日を通じて出廷していること等にかんがみれば、右手続上の瑕疵は原判決に影響を及ぼすべきものとは認められない。

弁護人稲垣規一、同笹原桂輔の上告趣意第一点について。

所論は要するに、被告人は日本の国籍を有するものであるのにこれを外国人であると断定して処罰した原判決は憲法一三条に違反するというにある。しかし所論の前提自体、原判決の認定に副わないものであるから、所論違憲の主張は前提を欠くものであつて適法な上告理由に当らない。

同第二点について。

所論は採証法則違背、事実誤認の主張であつて適法な上告理由に当らない。

同第三点について。

所論は違憲をいうけれども実質は単なる法令違反の主張であつて適法な上告理由に当らない。（なお本件の如き外国人登録法による登録申請義務は、所定の登録申請期間の経過によつて消滅するものではなく、当該外国人が本邦に在留する限り、これを履践するまで継続するものであり、従つて右登録不申請罪に対する公訴の時効は、右所定期間の経過の時からその進行を始めるものではなく、その後その義務の履践によつて義務が消滅した時を標準として右時効期間を起算すべきものであることは、当裁判所の判例〔昭和二七年(あ)第七五三号、同二八年五月一四日第一小法廷判決、集七巻五号一〇二六頁、昭和二六年(あ)第三八九五号、同二八年七月三一日第二小法廷判決、集七巻七号一六五四頁〕の趣旨とするところである。）

同第四点及び第五点について。

所論はいずれも事実誤認ないし単なる法令違反の主張を出でないもの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　関之公判出席

昭和三八年一二月二四日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　河村又介

裁判官　石坂修一

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　横田正俊

昭和三六年(あ)第二一九八号

被告人の上告趣意

私に対する外国人登録法違反等事件について昭和三十六年九月頃東京高等裁判所に於て有罪の判決言渡がありましたが、言渡期日について何等通知なく私の知らない内に言渡がされました。

私の住所は新宿区四谷二ノ三寿々恵荘鈴木栄方として既に届出てあります。

この言渡は無効と思ひます。

取消して下さい。

(昭和三十六年十一月二日付)

以上

住友一夫こと

被告人 金沢桂水