の理念と地域社会の法感情との不一致から此の種僻地の者に法は冷酷無慈悲にして恐るべきものとの感を抱かせ法を尊重する精神を損ねるばかりでなく却つて人権尊重の憲法の法意に副わない結果となること。

を推認するに足るから此等の事実に鑑み原審は第一審同様本件は刑の酌量減軽する事由あるものとし被告人に対し懲役二年の刑を言渡すことによつて十分行刑の目的が達せられ其の刑を執行する実益が既に消滅したものとし刑の執行猶予の言渡を為すべきに拘らず第一審判決を破棄して之が言渡を為さなかつたのは刑の量定が当を失つしたばかりでなく判決に影響を及ぼす重大な事実を誤認したもので此の点に於ても破棄を免かれない。

以　上

昭和三八年(あ)第三八六号

被告人　天野オサメ

被告人の上告趣意

私は被告本人です。

私は最初から好樹と一緒に死ぬつもりで茶碗に砂糖湯をこしらえそれに青酸加里を入れ二階の室で好樹を抱いて私がそれを飲みそれから好樹にお砂糖湯だからと言つて飲ませて一緒に死ぬつもりでした。

而し好樹と一緒に寝床でいろ〳〵のことを考えているうちに若しもこのまゝ好樹と一緒に死ぬと年老いた両親はどんなに悲しく思うことでしようと両親のことが心配になりあれこれ考えているうちに死ぬ位ならどんなに苦しい事でも我慢して好樹と二人で生きてゆこうという気になりました。

それで今思えばあの時に茶を入れた砂糖湯をすぐに捨てゝしまえばよかつたのでした、ところが好樹が一人で飲んでしまつたのです、好樹は私が薬を入れた砂糖湯を飲んだために死んでしまつたのですから私は本当に悪かつたのです。

私は最初好樹と一緒に死んでしまうつもりで薬を砂糖湯に入れて枕元に置いたことはその通り相違ありません。

そして好樹はそれを飲んだので死んだのですから私は悪いのです。

今考えて好樹と一緒に死のうと思つたことは悪いことでした。

自分の子だと思つたことは大変な誤りで神様の子であつたのです。あれから毎日仏壇に好樹の写真をかざつて朝晩お線香をあげて供養しています。

私はこれから一生涯好樹の仏を供養し年老いた両親に孝行して行く決心です、何卒今回はお助け下さいませ。

以　上

昭和三八年(あ)第五一一五号

決定

本籍　水戸市銀杏町一〇〇番地の一二

住居　東京都足立区蒲原町一丁目四七番地　五十鈴荘内

元亀有駅荷扱手

立川秀雄

昭和九年六月一八日生

右公務執行妨害、傷害被告事件について昭和三八年一月二一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

弁護人原則雄、同船越広の上告趣意第一、二点は、違憲（三一条違反）をいうが、その実質は単なる法令違反の主張であり（なお、鉄道公安職員は、日本国有鉄道法三四条一項により法令により公務に従事する者とみなされ、犯罪捜査のほか、鉄道公安職員基本規程により、鉄道業務の円滑な遂行のためこれを侵害するものを排除するなどの警備的職務に従事するものであるから、その職務の執行にあたり、これに対して暴行を加えたときは、公務執行妨害罪が成立するものと解するのが相当である――昭和三一年(あ)第三〇一五号同三五年一一月一八日第二小法廷判決、刑集一四巻一三号一七一三頁参照）、同第三点は、原判決の単なる法令違反を前提として違憲（三八条三項違反）を主張するが、原判決には所論のような法令違反

昭和三九年八月二五日決定　昭和三八年(あ)第五一一五号

昭和三九年八月二五日決定　昭和三八年(あ)第五一五号

は認められないから、所論はその前提を欠き、同第四点は、単なる法令違反の主張であり、同第五点は、事実誤認の主張であり、同第六点は、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。

昭和三九年八月二五日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一
裁判官　山田作之助
裁判官　草鹿浅之介
裁判官　城戸芳彦
裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第五一五号

弁護人原則雄、同船越広の上告趣意

第一点　原判決には憲法第三十一条の解釈、適用を誤つた違法がある。

原判決には、被害者の身分に関する法令の適用又は解釈を誤り、ひいては憲法第三十一条に違反した違法がある。

原判決は、「公安官として運転士の確保と保護の任務を与えられ待機していた公安職員野村吉勝……右野村吉勝の右手示指に咬みつき公務の執行を妨害し……」と認定し、被害者公安職員野村吉勝の身分につき、公務員であることを当然の前提としているかのようである。

元来、刑法第九五条の公務執行妨害罪が成立するためには、同条の保護法益たる「公務員の職務の執行」が妨害せられたることを必要とし、その「公務員」とは刑法第七条にいう「官吏」「公吏」又は「法令により公務に従事する職員」のいずれかでなければならないことは申す迄もない。

ところで、公安職員は、「公安職員の職務に関する法律」（昭和二五年八月一〇日法律第二四一号）により日本国有鉄道の役員又は職員のうちより、推せん指名された者から成り、（同法第一条）当然に日本国有鉄道の役職員である。

そこで、日本国有鉄道の性格、同役職員の法律上の地位について考察するに、日本国有鉄道は、従来、国が純然たる、国の行政機関として、国有鉄道事業特別会計をもつて経営して来たものである。そして、行政改革の結果、昭和二十四年六月一日、鉄道その他の事業を、能率的な運営により発展せしめ、もつて、公共の福祉を増進することを目的として設立せられた。（日本国有鉄道法第一条）従つて、公法上の法人（同法第二条）で、いわゆる公共企業体であり、一般の行政機関と異なり、国に対し極めて明白な自主性を有しているものである。

被告人　立川秀雄

その業務内容については、同種の私企業におけるそれと全く同一であり、国鉄の役職員も、日本国有鉄道法（以下日鉄法と略称する）の施行と共に、従来、運輸省職員として国に対し特別権力関係にたつていた地位を脱却し、国鉄と私法関係に立つに至つたものである。即ち、国家公務員法の適用は排除され（日鉄法第三四条第一項の規定は国鉄の「役員及び職員は、のあることが規定される（同法第二九条第四号）のであるから、同法第三四条第二項）経営上の事由により免職それ等の者が刑法その他の罪則の適用を受ける場合にはこれを公務に従事する者とみなす」という趣旨に解すべきである。それは身分犯である収賄罪職権濫用罪を身分のない者に対しても適用する為にもうけられたものであり、職務の清廉性を担保することが目的であつて、それ以外の第三者に対し職務を保護する目的はいささかも含まれてはいないのである。

よつて、国鉄の役職員がなす通常の業務執行は、単なる私人の行う私法上の行為にすぎず、これを以つて公務員の公務の執行ということはできないものである。

然るに、前記の如く公安職員の通常の業務執行にすぎない本件所為に対し、之を公務の執行となし、かゝる場合の公安職員をもつて公務員と認定した原判決は、被害者の身分に関する法令の解釈又は適用を誤り、ひいては憲法第三一条の解釈又は適用を誤つた違法があり、破棄されるべきものと思料する。

第二点　原判決は公務執行の適法性に関する根拠法令の解釈又は適用を誤つた違法があり、之が破毀を免れない。

原判決は「……而して、野村公安官は上司の指揮、命令によつて運転士の保護、強制連行の阻止、当局側への確保の公務を執行した」と認定のうえ、その根拠につき、「野村公安官にかかる権限あること、日本国有鉄道法第三二条、鉄道公安職員基本規程第三条第五条、鉄道公安職員の職務に関する法律第一条第八条等の文理に照し明白で……」ある旨判示し

た。

よつて以下、逐一、判示各法令について検討することとする。

一、原判決が、本件において、公安職員の公務であるとした、「運転士の保護」「強制連行の阻止」及び「当局側への確保」の各事実行為が、公安職員の基本法たる公安職員の職務に関する法律第一条に基くものでないことは、同条の、「日本国有鉄道の列車、停車場その他輸送に直接必要な鉄道施設内における犯罪並びに日本国有鉄道の運輸業務に対する犯罪について捜査する……」旨の条文を一読すれば、極めて明白であり、敢えて説明の要もないであろう。

即ち、同法第一条は、公安職員制度の設置目的と、その基本業務とを端的に表現したものに外ならないが、之による と公安職員として行うべき職務の範囲は、日本国有鉄道に関連する犯罪の捜査に限ることが明白である。

然りとすれば、原判決の認定する前記各行為が公務であるためには、先づ、之を執行する公安職員において、犯罪捜査の目的と意思とを要することが必要であるにかゝわらず、原判決は、その目的を認定することがない許りか、「犯罪として検挙する意思がなかつたからといつて右阻止を目して職務の執行でないと云うことはできない……」などと犯罪の捜査と何の関連性のない職務行為の存在すら肯定している。又認定事実も本件の発端及び現場の状況につき、「当局側と組合側が松戸駅下り線ホームで、運転士宇津井一雄を廻り相対峙し、同運転士が電車区長仲田茂夫に対し職場大会に参加せず、当局の業務命令に従い就業すべき旨表明したのに、多数の組合員に包囲された状態となつたので、これを避くべく線路に飛びおり……」たとして、本件が安保条約改定批准阻止をめぐる当局側と組合側の労働争議に関連して発生したものであつて、公安職員の本件現場派遣の目的も、右争議において組合側と当局側の主導権確保をめぐる争が主眼となつていることを公然と認め、中でも最も重要な公務は「当局側への確保」にあるといわんばかりである。しかし、之等の公務が、何れも、犯罪の捜査とはおよそ無関係であることは自明の理である。

以上により、原判決認定の前記各行為が、公安職員の本来の業務執行に該らないこと、及び、公安職員の職務に関する法律第一条をもつて、その適法性の根拠法令となし得るものでないことが明白となるであろう。

二、次に、原判決が、犯罪の捜査と無関係で、而も公安職員の職務の適法性の根拠法令なりと明示する、他の法令についても考察を試みることとする。

原判決の示す、日本国有鉄道法第三二条についてみると、この規定は、服務に関する基準を示すだけのもので、国鉄職員が職務を遂行するについて、誠実に法令及び国鉄の業務上の規程に従うべきこと、並びに、全力をあげて職務の遂行に専念すべきことを規定したに過ぎず、特に公安職員の具体的権限を定めたものではない。即ち、これは単に国鉄職員の一般的な服務基準を定めた当然の内部規定であり、特に本件において、公安職員の執行行為の適法性の根拠としての意義を有するものではない。

三、又、原判決は、前述した公安職員の職務に関する法律第一条に併記して同法第八条を掲げるが、条文見出も「武器の使用」とあるとおり、その内容は「鉄道公安職員はその職務を行うに当り、特に自己又は他人の生命身体保護のため、やむを得ない必要があると認める相当の理由がある場合においては、その事態に応じ合理的に必要であると判断される限度において武器を使用することができる」とあつて、文字通り武器使用の許される場合及び使用上の注意事項を定めるにすぎない。

本件は、公安職員の武器使用に関連した問題ではなく、況んや、武器使用の事実もないのであるから、何れにしても、原判決が右規定を掲示することは無意味であり、まして公安職員の前記認定行為の適法性の根拠法令として示すこと自身、法令の適用を誤つたもので、原判決の真意については全く諒解に苦しむものである。

四、ところで、原判決は、以上列挙した法律の他に、鉄道公安職員基本規程第三条及び第五条を挙げているのであるが、

これらは、公安職員が、施設及び車輛の特殊警備、旅客公衆の秩序維持、運輸にかかる不正行為、荷物事故、その他犯罪の防止などの外所属長の特令事項を履行すること、及び、国鉄の防護を任務とし、鉄道業務の円滑な遂行を侵害する者を進んで排除すべきことを定めている。

原判決が、野村公安職員の公務として執行した具体的行為である、「運転士の保護、強制連行の阻止、当局側への確保」について、右基本規定各項に定める具体的業務の何れに該当するものと考えたのか、何等判示していないので不明であるが、右認定行為が施設車輛の特殊警備以下犯罪の防止に至るまでの具体的職務の何れにも該当せざることは敢えて説明の必要もないであろう。

又、それ以下の「所属長の特命事項の履行及び鉄道業務の円滑な遂行を妨害するものを進んで排除すること」に該当するや否やについても、到底、これを充足するものでないことは明かである。なお、稍々詳しくこれを論述すれば、この問題は、先ず、所属長の特命事項の範囲と、公安職員の職務に関する法律第一条との関係、次に、「鉄道業務の円滑な遂行を妨害するもの」の範囲（主体、行為の種類）如何ということ、更に、最も根本的な問題は、抑々公安職員基本規程の性格如何ということ等に関連して考えられねばならない。

(一) 鉄道公安職員と雖も、法令に定められた指揮命令系統によつて、所属長、上司の指揮命令に従うべきことは異論のないところである。

しかし、たとえ、所属長といえども、公安職員の基本法たる「鉄道公安職員の職務に関する法律」第一条の趣旨に則り、公安職員制度の設立の目的及び基本業務を直接に実現する行為、又は、之に密接に関連する行為に限り所属下の公安職員を指揮命令する権限を有するものと解すべきである。

特令事項の故をもつて、無制限にその職務を拡大解釈することの許されないことは、右公安職員の職務に関する基

本事項を法律をもつて制定せしめた理由（特別司法警察職員としての権限を有することにより、個人の基本的人権に関連して、その司法的権限の根拠範囲及びその行使についての尊守事項の法定化）よりしても明らかである。

(二) 次に、「排除」の対象となる、業務妨害の主体については、種々のものが考えられる。本件は前述した如く、その本質は、当局側、組合側の争議行為における優越的地位確保のための、運転士の争奪にあつたのであるから、国鉄内のいわば内輪の問題であつて、第三者による、業務の妨害とは、自ら、その性質を異にしている。

又、右争議行為は、国鉄労働組合員においても、業務の妨害そのものを目的としたものでないのは申す迄もない。換言すれば「排除」の対象となるものは、国鉄役職員以外の第三者によるもの、又は、国鉄職員のうち、業務の妨害を目的として行われた「妨害」等が之に含まれ、本件の如きは到底之に包含さるべきものではない。

(三) 更に、公安職員基本規程の性格であるが、之は国鉄総裁通達といわれる内部的な業務命令であつて、法律ではない。従つて、国鉄内部における業務命令遂行上の、一種の就業規則に過ぎず、又、それ以上のものでもないのである。

(四) 次に留意すべきは、前記公安職員の職務に関する法律の制定が、公安職員は労働組合の弾圧又は労働争議への介入に絶対使用しないことを条件にたされたということである。

本件における公安職員の行為の法律的評価は暫く措くとしても、当局側は組合側に対し重大な背信的行為をなし、挑発的態度に出たとの非難を甘受せざるを得ないであろう。法律の制定過程における事情は法そのものの文理を左右するものにあらざることは申す迄もないけれども、その解釈において充分その指針となすべき意味をもつものと考えられる。然りとすれば本件において、公安職員が介入したことは、右法の精神に照し許容されない行為であると考えられる。

又、仮りに、右の如き事情の有無は別として、前述したように公安官制度が単に日本国有鉄道法第三条の業務の分担に関する業務規程により設置されないで、特別法をもつて設置せられたる趣旨を考慮するときは、公安職員の司法権限は通常の司法警察職員のそれより決して上廻ることはない筈である。

即ち、国民の基本的人権と重大且つ密接な関連を有するものとしてその濫用の危険を防止するため特にその権限、その行使の場所、方法、刑訴法の準用等厳格にその規制を必要とする見地から特別法により設置せられたるものなることを銘記すべきである。従つて、その規定は、厳格に解すべく、些かも拡張乃至類推解釈することは慎しまなければならない。

であるから、公安職員基本規程は公安職員の職務に関する法律に基き、国鉄内部における勤務方法を定めたものに過ぎず、右規程により法律に定められた以外の事項、又は、法律に定められた以上の事項を定めることは、こと基本的人権に関する問題であるだけに到底黙過し去ることはできないのである。これを要するに、右基本規程は右法律を不当に拡大解釈し同法律より認められた授権の範囲を遙かに超えてまで公安職員に不法な権限を与え得べきものでなく、又、それによつて、国民の行動の自由を不当に侵害することも許されない。

よつて、右基本規程は鉄道公安職員の職務に関する法律と特別法の関係に立つものではなく、この規程をもつて本件公安職員の職務執行の適法性を根拠ずけることは憲法第三十一条の精神をふみにじるものとして許さるべきではない。

五、(一) 以上詳述し来たところは、原判決の挙示する根拠法令の個々的な批判に止まつたが、要するに、之等諸法令を綜合解釈しても、亦、同様の結論をとらざるを得ないのである。

元来、日本国有鉄道法第三二条は、国鉄職員の法令及び業務上の規程遵守義務を定め、又、公安職員の職務に関

する法律をもつて公安職員が業務の円滑な遂行をなすに当つての義務を規定している。

右両規定間には、一応の関連性はあるものと思われるが、公安職員は日本国有鉄道法における国鉄職員であると同時に、一方では司法警察員の職務を取りに行つているのである。

而して、その制度の下における権限等は単に国鉄内部における業務命令、基本規程といつたものによつて根拠づけられるものではなく、飽くまでも、鉄道公安職員の職務に関する法律に依拠すべきである。又、その司法警察職員的性格からいつて、右法律の施行細則を定め、或は之を解釈する場合には個人の基本的人権に関連するところから、厳格に行い、厳に拡大乃至類推解釈は避けなければならない。之より見れば、前記基本規程は、法律の精神を超え、不当に公安職員にその権限を拡大して賦与した違法があり、之をもつて本件公安職員の職務執行の適法性を根拠づけることは憲法第三十一条に違反するものといわざるを得ない。

(二) 又、所属長の特命事項（基本規程）も、公安職員としての特命事項であるならば、公安職員の基本的権限の範囲内の行為であることを要し、特命事項の故に、すべて公安職員が上司の命令に従つてなした職務が適法化されるものではない。

(三) 又、本件の如き労働争議においては、特殊強大な権限を有し、且つ、公正を保持する必要からも、鉄道公安職員が公安職員の立場から争議に介入すべきではなく、本件公安職員の所為も、結局、公安職員の立場を離れた、単なる一般国鉄職員の行動と何等異らないと考えるべきものであるから、公安職員の職務に関する法律を持ち出す理由も必要も有りえない。

(四) その他、鉄道公安職員は、その職務に関する法律第三条により、刑事訴訟法の準用が認められている。原審においては、第一審判決中の「強制連行の阻止、保護、当局側への確保」等の行為の根拠につき、弁護人の、警察官職

務執行法に依拠すべき旨の主張に対し、原判決は之に一顧だも与えず、単に準拠法令として、国有鉄道法第三二条、公安職員基本規程第三条第五条、鉄道公安職員の職務に関する法律第一条第八条等を列挙したに過ぎない。即ち、原判決は、前記公安職員の職務行為の適法性の根拠が、刑事訴訟法、警察官職務執行法等ではなく、右国有鉄道法以下原判決列挙の法律に依るものとしか思われない。

然し、詳述し来たとおり、右根拠法令は全く適法性の根拠とはなり得ず、原判決認定の公務執行行為は適法性を帯有することを得ず違法のものなることを免れ得ないのである。

よつて、原判決が本件公務執行妨害罪の成立を認定したのは、同罪の成立につき公務の執行の適法性を要すると する現行法の立場からは違法であり、憲法第三十一条に反するものとして、原判決は破棄を免れないものと解する。

第三点　原判決には憲法第三十八条第三項に違反した違法がある。

第一審判決（並びにその儘之を援用した原判決も）は、その事実の認定に供した証拠のうち、被告人が野村公安職員に対して、その右手示指に咬みついて暴行を加えたとの具体的犯行の直接証拠として、

一、証人野村吉勝、同宇津井一雄の公判廷における供述

一、宇津井一雄の検察官に対する供述調書（三通のうちの最初の二通）

一、被告人の昭和三十五年十二月二十一日付検察官に対する供述調書

を挙示した。

野村は第六回公判において、

一、証人野村吉勝の証言について。

「その時メガネをかけた人が咬むぞと言うので、咬むなら咬めと言つたら右の示指を咬まれたのです。
指を咬まれた時咬んだ相手の人の顔を見たか、
見ました、それは被告人です。」
と咬まれた瞬間を目撃したと供述しておきながら、第七回公判において弁護人と
「咬まれた瞬間は、はつきりしないのだね、
はい。
どんな状態で指が口の中に入つたのかも判らないのだね、
はい。」
と、このように問答し、前回の検察官に対する証言を否定し、更に検察官の再度の尋問に対し
「咬まれた瞬間は、はつきり判らなかつたのか、
はい。」
と答え、前回の供述を完全に覆えした。
右証人の供述を見るに、何等首尾一貫するところなく、検察官又は弁護人の発問の如何に応じて、極めて曖昧な答弁に終始していることが明かである。
そして、何故、そのような曖昧な証言をせざるを得なかつたかということを考えると、結局、同証人は適確な本件事実を目撃していなかつたことが推測できる。
然も、同証人は検察官面前調書の記載の手前、公判廷においても、恰も本件所為の一伍一什を終始目撃していたかの如く証言せざるを得なかつたのである。

その結果、前述の如く、証言が矛盾し、自己撞着に陥る破目にも立至つたものに外ならない。然し多人数混乱の最中の瞬間的な出来事であつたのであるから、例え、目撃していなかつたとしても已むを得ない筈である。同証人はそれを卒直に認むべきであつたのである。
何れにしろ、同証人の証言を以つて、本件暴行及び傷害の具体的事実認定の証拠とすることはできないものである。

二、宇津井一雄の供述について。

証人宇津井一雄は、第五回公判における供述において、検察官の問に対し、
「検察庁で被告人に会わされたことあるか、
あります。
その時咬みついた人はこの人かと聞かれたことはあるか、
あります。
それに対し証人はなんと答えたか、
咬んだ人ですと答えたことを覚えています。
しかし後で、電車区に帰り電車区長に聞かれて、よく考えてみたのですが、立川さんの傍には沢山人がいたし、公安の人もいたのです。
それで私の左肩をつかんだのは立川さんの手か、ほかの人の手か見たわけではないのです。
咬みつくぞと言つた人は判らないのか、
はい。
それで咬みついた人も判らないのか、

判りません。」

と証言して、同証人の検察官に対する各供述調書における目撃事実を否認するに至つたのである。

その他、同証人は四回にわたり証言しているが結局第一審判決で認定事実の証拠として、挙示されているのは第十五回における供述であるが、この時には具体的に目撃事実についての証言は為されていない。結局、同証人は本件傷害の現場を目撃していないものと言わざるを得ないのである。

三、被告人の検察官に対する供述調書（昭和三十五年十二月二十一日付）

右調書は所謂自白調書であるが、之は別に述べる様に、任意性を欠くもので本件の証拠とはなし得ないものである。

以上の諸証拠によるも、何れも、原判示事実中最も重大な事実たる、被告人が野村吉勝の右手示指を咬み、以つて公務の執行を妨害し、且つ、之により傷害を与えたという事実――厳格な証明を要する事実――は遂に証明することのでき得ないものであつた。

仮りに、被告人の右自白調書を任意性ありその自白が認められるにしても、公判廷外の自白である。憲法第三十八条第三項にいう自白も本件の如く裁判上の自白を得られない場合には、補強証拠なくして、有罪の認定なし得ないこと、最高裁判所判例の肯認するとおりである。（昭和二三年七月二九日、集二巻一〇号一〇一二頁等）。

ところで、自白に補強証拠を要する実質的理由は、結局、架空事実について処罰することを防止せんとする点にあると解する。又、捜査機関が自白に、頼ることを防止せんがため、任意性の判断に万一の誤あるを防止せんがためでもあるであろう。

そもそも補強証拠を必要とする範囲（量）については、大体三説の対立があるようである。その一は、罪体全体について必要とするもの、その二は、罪体の重要な部分について必要とするもの、その三は、自白にかかる事実の真実性を

担保するものであれば足りるとするものである。

この場合、罪体とは、法益の侵害があり、且つ、これが何人かの違法有責な行為によつて惹起されたということを意味するとされるのが英米法における通説といわれている。

現在、最高裁判所は、第三の立場を採るものの如くであるが、これでは補強証拠を必要とする理由を満すことはできず、又、自白偏重になる誤判の危険性は跡を断たないであろう。

かくて、判例は、殺意、強盗の決意、共犯者間の意思の連絡等の主観的要素については、自白だけで認定することは差支えないとし、更に、その趣旨を拡大して、被告人が行為者であることについても自白だけでたるとしている（最判昭二四・一一・二）。

然し、右昭和二四年一一月二日の判例は宜しく変更せらるべきものであると思料する。

蓋し犯罪は先ず行為が前提となるが、その行為は、行為者の行為であることであつて、先の罪体と雖も、行為者と離れて違法有責の有無を論ずることは不可能な筈であり、行為の結果と行為者とを結びつける点に証明さるべき事実の基本的対象が存在するものである。従つて、行為と行為者との関連性を立証するのに単に自白を以て足るとするならば、補強証拠を必要とするという憲法第三十八条第三項及び刑事訴訟法第三一九条第二項の根本的意味は失われるものといわなければならない。よつて、右の判例は右の憲法及び刑事訴訟法の解釈を誤つたもので、宜しくその態度を改むべきものと考える。

以上、述べ来つたところを要約すれば、要するに本件においては、被告人の自白調書以外には、全く信頼するに足るべき犯罪証明の、厳格な証拠は存在していないにも拘らず、原判決が、前掲各証拠により被告人の所為を有罪としたのは、違法であるというのである。

被告人は公判廷において、第一審以来、終始、本件公訴事実を否認している。検察官面前調書においても、首尾一貫して認めているのではなく、最初は否認し、最後に漸く認めたのであり、然もその認め方も、他の宇津井、野村共に、後述するような重大な誤謬を冒したまゝのものであつて、任意性がないと同時に、事実に即していないのである。

憲法第三十八条第三項に云う「自己に不利益な唯一の証拠」とは、「自己に不利益」でさえあれば、それが信頼し得るものであろうと、なかろうと、何でも良いというものではないであろう。やはり、そこには、犯罪を証明するに足る厳格な証拠でなければならないとの制約が存すると信ずるのである。

原判決は、「宇津井一雄の検察庁に於ける供述は同人の原審第六回第一四回第一五回公判に於ける供述に比し、整然且つ明瞭であつて、信用すべき情況の下に作成されたものであることが認められ」る旨判示した。

而して、原判決は右各公判廷の供述に比し、整然且つ明瞭である旨判示したのみで、何故に「信用すべき情況の下に作成されたものと認め」たのか、その理由を何等明示していない。検察官の面前調書には、反対尋問の機会を与えられず、検察官と証人のみで作成したものである。この様な場合、検察官の誘導により「整然且つ明瞭」になるのは分り切つたことである。その結果が後述のように証人のみならず検察官までが写真延いては事実認定に誤りを冒したまゝ起訴に至つたものである。検察官面前調書の、右のような独善性、秘密性、不信性があるこそ、法はその証拠としての採用について極めて厳密な制限を設けているのである。

そして、このような状況下の供述が、公判廷における雰囲気や弁護人等の反対尋問に遭つて容易に崩れるのは明かである。然も同証人の公判廷における供述は記録に明かなように再三に亘つて翻転し、結論的には偽証罪の起訴を恐れる余り、更に供述を翻して検察官に迎合するに至つたのであるのである。

原審判決は、この様な諸条件を何等顧慮することなく慢然、第一審判決を支持して弁護人の主張を排斥したものであ

る。従つて、本件に於ては、仮りに、被告人の検察官面前調書に任意性があるとしても、右以外には、犯罪の証明に資し得る証拠は存在しないものというべく、憲法第三十八条第三項に違反したものとして破棄さるべきであると信ずるのである。

第四点　原判決には、判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、これを破棄しなければならない。

一、原判決は、被告人の本件犯罪事実認定の証拠として、被告人の検察官に対する供述調書（二通）を採用した第一審判決をその儘支持している。右調書、特に昭和三十五年十二月二十一日付の供述調書は、別項に述べる如く、本件公務執行妨害における妨害となつた暴行及び傷害の原因となつた暴行を認定する唯一の直接証拠であり、その証拠の証拠能力如何は、原判決にとつて極めて重大な結果を及ぼすものと考えざるを得ない。

しかし、右各供述調書は、何れも任意になされたものでない疑があり、これを採用せる原判決は刑事訴訟法第三二二条に違背するものというべきである。

二、被告人が検察官より任意出頭命令を受けたのは、本件事件を経過後六ヶ月を経過した昭和三十五年十二月十九日であり、その間警察側での捜査を受けることはもとより、組合内部においても、本件発生の事実すら話題に上らなかつた程で、まして被告人が自己の所為で公安官に傷害を与えたとの意識は全くなく、右召喚も別事件の参考人としての事情聴取程度に軽く考えていた。

ところが検察庁に出頭するやいきなり公務執行妨害傷害の被疑者として取調べを受けたため、全く身に覚えのないこととして全面的に否認した。

第二　逮捕勾留と、被告人の軽薄さ。

被告人はこれまで、警察検察庁等において取調を受けた経験もなく、まして、被疑者として逮捕勾留される等思いもよらぬ事で、その原因も納得のいくものでなかつたので、真実の発見は後の機会に譲るとして、この場合は兎も角、亀有駅荷扱手としての職務上の立場からも、被告人が欠けると荷物の滞貨が山積すること家族の不安、不慣れた留置場内の不安と不眠などから、何は兎もあれ、まず一刻も早く出所すべきであり、そのためには、検察官の意に逆わず、之に迎合するにしかずと思い、宇津井一雄、野村吉勝に対質せられた際、両名に合致した供述をなしさえすれば、出所は問題ないし、本件など到底起訴される程重大なものとも思われないので、早晩不起訴処分を受けるものと考えて、右両名の供述に従う自白をしたものである。

かような被告人の心境、自白するに至つた経過は決して諒解に苦しむものではなく、驚きと恐怖と、拘束された圧迫感を逃れたくなるとき人間の採る態度としては至極自然のものといえる。

この様な状態での被告人の自白が任意になされたものでないことは明らかで、その内容自体を考察するとき、その自白が不自然であることが看取できるのである。

三、被告人の検察官面前調書について、原判決は単に、「所論被告人の検察庁に於ける供述が任意になされたものでない疑は認められず……」と判示したのみで、その具体的理由は全く示していない。

然し、検察官提出に係る本件現場写真中、被告人が咬まれた瞬間のもの、乃至、その後強制連行される状況の各写真についても、それらは本件一連の現場状況中において、前後、取違えていたにも拘らず、その誤謬未発見のまゝ、自白し、或は事実を認定していることが記録上に於いても明かである。

即ち、これら関係者の誤つた事実供述に照してみて、被告人、亦、自ら誤つた自白をなしているのである。若し被告人が、真実、その所為を自白したのであれば、関係者の供述に拘らず、被告人自身が誤りを正し、若しくは真実のみを

供述した筈である。此の点、被告人の自白には疑すら存しないとなした原判決には、それ自ら刑訴法に定める趣旨に違背したものというべきである。

第五点　原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大なる事実の誤認があり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと思料する。

原判決は、『……公安職員野村吉勝も線路上に飛びおり右集団の中に入り込み、公務として被告人等の強制連行を阻止し同運転士を保護し当局側に確保しようとし同運転士の背後に赴き同運転士を組合側に連行せんとする被告人等に「暴力はよせ」等言い乍ら、同運転士の左肩に手をかけ後方へ引こうとしたるも、同運転士の左側に於て腕を押えていた被告人はこれを背んぜず、右野村吉勝に対し「手を放せ放さなければ咬むぞ」と呼び乍ら、右野村吉勝の右手示指に咬みつき公務の執行を妨害し同人に原判示傷害を負わせたことを認めることができる。』と判示した。

然し本件各事実は何れも無罪である。以下詳述する。

右判示事実による公務執行妨害、傷害が成立するためには次の諸点が構成要件として必要である。即ち、

一、公務として野村公安職員が「強制連行を阻止」し「同運転士を保護」し「当局側に確保」しようとしたこと、及び之等が何れも適法な公務執行として具体的権限を有し、且つ、その執行手続を履践していること。

二、野村公安職員は「当局側に確保」又は「当局側に確保」しようとして、「同運転士の背後に赴き」……「暴力はよせ」等言い乍ら同運転士の「左肩に手をかけ」「後方へ行こうとした」ことを要する。

三、宇津井一雄との関連からいえば、同人が、一、の公務執行権限を発動を受けるべき状態にあつたこと、即ち、運転士は、当局側の業務命令に従わんとして組合側の包囲を脱せんとしたが、力及ばずして組合側に強制連行されんとする状態にあり、之を逃れんとして当局側に保護を求めたことを要する。

蓋し、強制連行というも、保護というも、運転士の意思と反対の力を運転士自身がはねのける能力をもたない状態において用いられる概念でなければならないからである。

四、更に之を被告人の側から見れば、

㈠ まず、公安職員に一、の諸権限があり、これに基く執行として、二、の行為がなされたものであることを認識すること。

㈡ 次に野村吉勝の右手示指に咬みつくことは、野村公安職員の二、の具体的公務執行を暴行（咬みつく）の故意をもつて妨害するためのものなることを認識することを要する。

五、従つてその傷害も咬みつくという原因となる行為が過失であつてはならないのである。

以下順を追つて考えてみることとする。

一、については既述した如く公安職員として適法な公務執行の権限を有しないことが明らかであるが、こゝでは、仮りに、適法な公務執行であつたとして論を進める。

二、については一、における職務執行の具体化として「運転士の背後に近づき」或は「肩へ手をかけ後方へ行く」ことは当然認められてよいと思う。

しかし、野村公安職員において、公務執行の認識ありといえないことは、控訴趣意書第一点㈣に詳述した通りであるが、被害者に公務執行の認識の有無は特に判決を破棄すべき事由に迄は至らないと考えるのでこゝに再説は避ける。

三、について。

宇津井運転士の要保護の状態について、原判決は、

㈠ 運転士宇津井一雄が電車区長仲田茂夫の点呼を受け、当局側の命令に従う旨表明したこと、

㈡ 組合側が同運転士を囲んだので、同運転士はこれを避け線路上に飛び降りたこと、

㈢ 右線路上において、同運転士は被告人等に腕を抱えられたので逃げんとして抵抗していたこと、

㈣ 右抵抗が偽装抵抗でなかつたこと、

の諸点を判示した。

まず、㈠、についてであるが、当時、下りホーム北端附近には、組合員、当局側共電車先頭車輛停止位置の運転室前附近に蝟集していたが、組合側青年行動隊約二十人位が運転室出入口附近を中心として半円形に取巻き、その外側を一般組合員が略二列に並び当局側はその外側を取巻いていたにすぎなかつた。（証人岸田寿夫の供述記録六九〇丁）そして、停車した電車から、一旦、線路側に飛びおりてホームに上つて来た運転士は、距離的にも、又、組合員等の歌声や喚声等から見ても、仲田区長が同運転士に当局の業務命令を伝達することや、当局側へ保護を要請する余裕はなかつた筈である。このことは、仲田区長自身も

「組合側はどういう状況でしたか、

運転台のまわりでスクラムを組んで二重、三重にやつておりました。そこへ私近づけませんでした。

……

すぐワット取り巻きましたね、私が乗務員を説得するかしないかすぐ、その場で、ワッと向こうへ私は持つて行かれちやつたんです。」

と述べ、或る個所における供述と矛盾するに至つているが、結局、多数人混乱の最中に、点呼をとるとか、運転士の意向を確めるとかの余裕が全くなかつたことを、いみじくも言表したもので、仲田区長自身、語るに落ちたというべ

きものである。

なお、それは当の相手となつた宇津井の第一五回公判における供述（裁判所が信用すべきものとしたもの）では、

「その前後ころ区長さんか、誰かに、何か保護を求めるというようなことはあつたんですか、

ちよつと、そこは記憶忘れしておるんです。」

と供述しており、第一四回公判では、はつきり否定されている。

又仲田区長は第五回公判において、

「私も取手寄りの方におりました。丁度乗務員がまわつてあがる附近におりました。

あなたが一番最初に乗務員に話しかけたんですか、

そうです。」

とのべて、六輛電車の先頭車輛運転室附近にいたというのであるが、之に対し、

宇津井一雄は第一四回公判において、

「区長さんがあなたに話をしたというのは、六輛の先頭の位置なのか、四輛に下がつてからですか、

下がつてからですね。

それじや、六輛目から四輛目迄下がる間に、だれかからか、あなたに話かけられた記憶ありますか、

あります。

それはだれからですか、

支部の山下徳松さんからです。」

この様に述べ、又被告人も

「なんか仲田区長が運転士に話かけるのを見てましたか、

仲田区長が話かけたのは二輛切離した後です。

到着のときには仲田区長はいなかつたんです。」

と宇津井運転士と合致する供述をしているのである。

このことからみても、六輛の先頭車輛のところで業務命令を伝達したとの原判決の認定は誤りであることが明白である。

㈡、について宇津井は「組合側から逃れるべく、隙を見て線路上にとびおりた」という供述もあるが、又、反対に、

「後から押されていましたから下りる気持がなくても落されたかも知れない状態だつたのです。それで自発的に飛下りてしまつたのです。」とものべているが、第一五回公判における供述では

「それでできるなら新京成のほうにでも行こうと思つたけれども、力関係に任せるほかないと思つたということもさつきおつしやつていましたね、

はい。

それはどつちの方向に引つぱられても引つぱられたほうに行くつもりだつたということですか、

なるようにしかならないから、そういう気持がありましたです。」

と供述を変え、結局は成行任せであつて、原判決の判示の如く確なる意思の下に行動したものではない。

従つて、㈢についても

「あくまで抵抗してでも組合のほうには行かないというつもりはなかつたんですね、

そういう気持はなかつたと思うんです。」

ということにならざるを得ない。

㈣、についても、従つて、力関係からみて、組合側が優位にたつたと判断してからは、当局側に対するテレかくしに試みた偽装抵抗とみて、まづ誤りのないところであろう。

結局、三、については、宇津井一雄自身の意思が判然とせず、力関係に一任し、強力な側につくといつた、便宜主義的な態度がうかがわれるが、このことは本件において圧倒的優位にあつた組合側に従うということを意味し、原判決のいう如く、強制連行及び保護の概念とは相容れないのが同運転士の心境というべく、原判決はこの点においても事実誤認は免れない。

被告人等は、宇津井一雄のいやがるのを無理矢理組合側に強制連行されようとしたのでもなく、又、当時の状況から見て、敢えて、当局側の保護を必要とした訳でもなかつた。

結局は勝手に当局側が想定した事情により被告人の判示事実を認定し、極めて致命的な過ちを冒したのである。

四、被告人の故意について。

㈠　及び㈡、を検討するに先立つて、被告人が、野村吉勝を公安職員なりと認識したか否かについて検討して見ることとする。

被告人は、検察官に対する供述調書において、制服制帽の公安官が襟首をつかんで来たので、苦しくなつて放さなければ咬むぞといつて、離さないので咬みついたと供述するが、本人尋問において、これは思い違いであつた旨右供述を訂正している。別項の通り右供述調書の任意性に疑いがあり、しかも後述するように、本件現場における揉み合いから判断して右供述調書の供述は極めて不自然で、公安官であるとの認識はなかつたものと考えられる。

右の事前を前提として㈠、について考えてみる。

こゝでも検察官に対する供述調書において、被告人は公安官が職務を執行しているということは自然にわかつたというような言い方をしているが、公判廷において、公安官が、一旦、組合側で確保した運転士を奪い返すような乱暴な行為では公務執行とはいえないと思うとやはり供述を訂正している。しかし右供述調書の、それは、検察官の極めて巧みな誘導による供述であつて、被告人が任意に供述したものではないことは別項で論じた通りである。いくら法律的素養に乏しいとはいえ、「咬むなら咬んでみろ」といゝつつ首を諦めつけることまで、公務の執行と考えたものとは思われない。そこで公判廷では公安官が奪い返すのは違法であると思うと断定し、公安官の職務執行といつた意味は、奪い返すという様な乱暴なことを働いてもいゝというのならば或は公務の執行（刑法第九五条のそれではなく、単に公安官の行為であるからという丈の理由により）ということになると考えたと供述しているのである。

結局、被告人は、公安官の職務権限の範囲についてはその認識がなかつたかも知れないが、その執行方法が余りにも乱暴そのものであるので、これでは公務の執行というには無理があるのではないかと考え、公安官の職務執行は違法であると考えたとしても無理はなかつたのである。

㈡　咬む瞬間及びその直前の情況について見ると、

原判決の判示に副う「咬むなら咬め」というなり、いきなり咬んだといつた野村吉勝の供述（第五回公判）もあるが、第六回公判において、同人は

「証人が入つた時、もみあいの集団は、どの位の人数だつたのか、

二、三十人になつていました。

……

証人が集団の中に入ってから指を咬まれるまでは、大部時間があったのか、

私が指を咬まれたのは集団の中に入って、五、六分径ってからだと思います。

証人も相当力を出して集団の中に入ったのか、

はい押したり押されたりして入っていったのです。

そういう時証人達は具体的にどんなことをするのか、

手で押したり、引張ったりして入るのです。

素直に入れないのだね、

はい、多少力を加えて押さないと入れません。

……

その時証人はうしろから行ったのか、

はい。

そして運転士の左肩に証人の右手をかけたのか、

そうです。

そういう姿勢で、どうして指を咬まれるような事が起きたか、

他にも、たくさんの人がいて、もみ合っていたのですから、そういう問題が起きたのです。

指を咬まれたとき、証人はどんな姿勢だったのか、

私が運転士の左肩に手をかけてから私が手を出したものか、すべらしたものか、とにかく、その時から一分と

たたないうちに咬まれたのです。

その時、何か問題があったのか、

はい、離せとか、離さないとか云い合いました。

……

証人が運転士の人だと思っていたとしても、それが、メガネをかけた人だったということはないのか、

動いていましたから、そういうことはなかったと云いきれないと思います。

咬むぞとか、咬んで見ろというやりとりは、どうしたのか、

組合の人が運転士を連れてゆこうとし、それを私達が阻止しようとしたのですから、互いに興奮し、売り言葉に買い言葉で云ったのだと思います。

……

証人は興奮状態で喧嘩する様な気持でいったのか、

売り言葉に買い言葉というのは適当ではありませんが、まあそんな気持で言ったのです。

……

相手はどういう風にして咬んだのか、

振りむきざま咬んだのです。

指が口の中に突込んだような感じはなかったか、

診断の結果、医者は指がななめに口の中に入ったのではないかと言っていました。

咬まれた瞬間は、はっきりしないのだね、

はい。
どんな状態で、指が口の中に入つたのかも判らないのだね、
はい。」
と述べている。
又、被告人も、第十五回公判において、
「後をふり向いたら、
後ふりむいたら喉ちんこ——喉頭部に、かんとあたつたんです。そのとき指が入つたのかも知れません。
かんだという記憶はないんですか、
ええ、ありません。
それは時間にして大分時間がたつてるんですか。瞬間的なことですか、
瞬間的なことです。
……
あなたが後ふり向いた瞬間に指が入つたような感じがしたと、それはふり向いたはずみにぶつかつたというんですか、
ええそうです。
あなた自身が、咬むとかそういう気持はなかつたと、
ありません。
どういうやつかと思つて後を見たんですか、

そういうわけです。」
と述べている。
加害者被害者の供述で奇しくも一致していることは、加害者たる被告人が宇津井一雄の左腕を摑み腕組みしているところを被害者が後からいつて割り込み、宇津井の肩に手をかけ集団で、もみ合つている最中二、三の言葉のやりとりがあつたが、互いに顔を見合わせることもなく、偶々被告人がどんな男かと後をふり向くと、その被告人の口の中に被害者の指が入つてしまつたということであり、これが最も真相に近いと思はれる。
右のことは野村吉勝を診断した荒井英男医師の供述も、その咬傷も咬まれたような傷でいくらか血がにじみ出ているような傷でした。」と述べ、極めて曖昧な診断ではあるが、意識的に咬もうとして咬んだのでないことを暗に認めている。
そうだとすれば、被告人が、野村公安職員の公務の執行に対し、暴行を加えたのではなくして、偶然の事情から、無意識のうちに、そのような結果が惹起されたに過ぎないと言うべきであり、全く犯意のない行為として、所謂公務執行妨害罪にいう暴行の概念に該らないものと解すべきである。
よつて、本件における被告人の公務執行妨害及び傷害の各罪は犯意を阻却して成立せず、僅かに過失傷害が考えられるにすぎないものである。
かく認定することは、次のような理由からも肯認される結論である。
㈠ 前述のように被告人が右腕で宇津井一雄の左腕を抱え、野村吉勝は右手で宇津井の左肩をもつて後方に引こうとしたような位置態勢にあつては、被告人が、いきなり、隣りの人間の肩にかけられた手を咬むことは物理的に見て不可

能である。

(二) 手指を咬むこと自体、通常成年者の喧嘩にあつても用いられない児戯に等しいもので正常な被告人のよく意識的になしうる行為ではない。

(三) (一)、で述べた態勢にあり、しかも集団でもみ合いながら移動していて、ふりむきざま、ねらいを定めて指を咬むなど神技に近いものである。

(四) 意識的に咬んだものならば、かゝる軽微な被害に止まらなかつたであろう。

以上を要約すれば、本件公務執行妨害傷害が成立するには、原判決の認定事実によれば、野村吉勝の公務執行の適法性は論外として、被告人が、野村吉勝の公務執行につき適法なりと考え、且つ、之が執行を妨害せんとして同人の示指を咬むという暴行を加えて、以つて同人に……の傷害を与えたものであることを要するのであるが、

被告人は、

第一に、被害者が公安職員であるとの認識を欠き、

第二に、その公務の執行は違法なりと信じており、

第三に、咬みつくという行為は公務執行妨害の故意のない全くの偶発的結果によるものであつて暴行を加えた事実もない。

従つて、公務執行妨害罪の成立せざるはもとより傷害罪の成立も否定されざるを得ないのであるが、かかる事実を誤認して被告人を公務執行妨害傷害と認定した原判決の事実誤認は到底、破棄を免れないものと解すべく、その結果は、著しく正義に反すること論を俟たないのである。

第六点　原判決は刑の量定が甚だしく不当であり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する場合に相当するものと思料する。

原判決は、本件において、被告人の所為を公務執行妨害並びに傷害の罪に該当すると認定し、被告人を懲役六月に処した第一審判決を支持したが、弁護人としては、飽くまでも、原判決破棄、原審差戻又は第一、二審判決破棄無罪の判決を求めるものであるが、仮りに原審判決の認定事実通りとしても、左記諸理由により、右刑は不当であり、破棄しなければ著しく正義に反する場合に該るものといわなければならない。

一、本件認定事実は、公務執行妨害と傷害との所謂想像的競合の場合に属するものであるが、第一審判決は、刑法第五四条一項前段第一〇条により、重い傷害の罪の刑を選択しながら、その所定刑中懲役刑を選択した。

而して、弁護人が、右は刑の量定が不当であり、軽い公務執行妨害の罪の刑に従うべき場合には何ら懲役刑を選択せねばならないとの根拠はない旨主張したのに対し、原判決は、「公務執行妨害罪と傷害罪とが競合し罰金刑を選択することができないから」とだけ判示するに止まり、遂にその根拠を示さなかつたのである。

二、弁護人が控訴趣意書第七点二において詳述した如く、被告人は本件捜査及び真実発見のために積極的に協力し、ために却つて被告人自身が自ら墓穴を掘ることになつたが、かようなことをも敢えて辞せずに行動した被告人の態度は、反省改悛の色顕著なるものとして之を高く評価すべきものである。

即ち、本件の捜査は当初被疑者の割り出しに因り約半年にして漸くその特定することができたが、当初より捜査に錯誤があつた。それは検察官提出に係る写真五枚と後に提出された写真十七枚とを比較対照して見ると一目瞭然である。右五枚の写真の順序が誤つており、証人野村吉勝、同宇津井一雄等も検察庁における供述では誤つた写真を本件現場の写真なりと指摘していたものであるが、被告人の指摘に基き改めて弁護人より検察官に対し右十七枚の写真の提出を求

めて、始めて、本件現場の一連の真相が明らかとなつたものである。被告人の指摘がなければ恐らく誤つた判決がなされたものと思われるが、被告人の、事実を事実として究明することにより、たとえ、自らを罪に陥れることあるも恐れないという崇高な態度こそ、本件における被告人の真情を端的に示しているものというべきである。

三、本件の事故の発生原因

本件事故は、六月二日夜、組合側当局側双方の協定にも拘らず、当局側が運転士をその詰所迄同行して、乗務終了報告をさせることなく、右協定を一方的に破棄して、駅ホームから直ちに旅館に行収容しようとしたために惹起されたものである。

次に当局側が組合側動員者の数の優勢と、安保批准阻止斗争の意識の強固さを知らず、敢えて運転士連行の強行方針を固めたためである。第三に右強行方針に基き、一旦、組合側が確保した宇津井運転士を当局側が無理を承知の上で連戻そうとし、はつきりした公務の執行目的も有しない野村吉勝が無理的に線路に飛下り組合員等特に被告人に背後より襲いかゝつたためである。第四、しかも、その運転士奪還の方法は組合員等に対する暴行を主とし、到底公務の執行といえる程度のものではなく、私的な喧嘩ないし斗争ともいうべき、挑発的な行動により、苦しまぎれによる被告人の無意識的行為を誘発したものである。

以上、本件の原因を考えるとき、当局側のルール無視、野村公安職員らの挑発等、被告人にとつて、むしろ、不本意極まりない事に基因するものといえる。

従つて原判決が「集団犯罪の一」というのは曲解も甚しく、虚心にして且つ冷静に事の真相を把握すれば、その責任はあげて当局側にあることが明白となるであろう。

四、本件事故は、被告人はもとより、被害者及び宇津井一雄らも供述するとおり、おこるべくして起きた必然的な犯罪でもなければ、又被告人の計画的になしたものでもなく集団のもみ合いの状況の中で極めて偶発的に起つたものである。

そして被告人と被害者の位置状態、附近の群集の状況からみて両者が互いにその相手をはつきり認識する余裕もない場合であり、まして、正常な精神状態にあるものが、計画的意識的に被害者の指を咬むなどということができ得よう筈がないのである。

五、本件被害は極めて軽微で野村吉勝も全治一週間とはいゝながら、勤務には全く支障もなく、特に以後治療を受けないで自然に全治している程度の極めて問題にならない傷害である。

六、被告人は若年とはいえ既に数年国鉄に勤務し組合の年次斗争にも卒先中堅分子として参加しながら、司法処分はもとより、当局より処分をも受けず今回の行動も組合の指令に服し自らの決意と青年の純粋の熱情と憂国の至情にかられたものでその純粋性は高く評価すべきである。

七、以上詳述した通り被告人の情状は憫諒すべきものがあるので、傷害の罪の所定刑中、懲役刑を選択するのは極めて不当なものと信ずるのである。

本件起訴により被告人は当然休職となり、懲役刑が確定すれば免職されるに至るのであるが、被告人は休職により収入は半減し、拘留を受けその間の苦痛は優にその目的を達したものと考えられるので、この上免職されるときは、被告人のみならずその家族にとつても憂慮すべき事態を惹起するのは明らかである。

よつてこゝに原判決を破棄第一審差戻又は、破棄自判して罰金刑を選択せられる様こゝに上告するものである。

以　上

昭和三八年(あ)第三二二一号

判　決

本　籍　鹿児島市金生町五三番地
住　居　大阪市阿倍野区松崎町四丁目三八番地
無　職
平　川　憲　一
昭和一九年一一月二五日生

右に対する強姦致傷被告事件について、昭和三八年一二月二日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人および検察官から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。

本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

理　由

弁護人大槻竜馬の上告趣意第一点は、違憲（三一条）をいうけれども、実質は事実誤認を前提とする単なる法令違反の主張であり、同第二点は単なる法令違反の主張であり、同第三点は事実誤認の主張であつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

大阪高等検察庁検事長代理次席検事岡正毅の上告趣意は、判例違反をいうけれども、原判決は、所論引用の判例と相反する法律判断を示しているものではないから、所論は前提を欠き、上告理由として不適法である。

昭和三九年八月二七日判決　昭和三八年(あ)第三二二一号

しかし職権をもつて調査すると、原判決は、第一審判決を破棄、自判するにあたり、昭和一九年一一月二五日に生れた被告人を、当時すでに成年に達したものと誤認して、被告人に対し本来適用すべき少年法五二条一項を適用せず、定期刑である懲役一年六月の実刑を科した違法のあることが、記録上明らかであり、右の法令違反は、判決に影響を及ぼすことが明白であつて、原判決を破棄しなければいちじる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、四一三条本文にしたがい、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

検察官　高橋一郎公判出席

昭和三九年八月二七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　長部謹吾

裁判官　松田二郎

強姦致傷

弁護人大槻竜馬の上告趣意

第一点　原判決には憲法の違反があり、且つ判決に影響を及ぼすべき事実の誤認及び法令の違反があつて、破棄しなければ著しく正義に反する。

原判決は控訴申立理由中の量刑不当の主張をいれ、「本件は年令一三才及び一四才の純情無垢の中学生を二人までも輪姦したという悪質な事犯でその犯行の態様（殊に一人には睡眠薬を与えて強姦している）罪質、ただ自己の獣欲を満足させるため被害者に対し拭うことのできない汚辱を与えたこと、被害者の精神的苦痛と打撃を考慮すれば到底刑の執行を猶予すべき事案であるとは思われないが、被害者小松に対しては一〇万円、真砂に対しては一五万円の慰藉料を支払い、被害者側は被告人の処罰を求めていないこと、本件犯行後自己の犯した罪の重大性に気付き参禅と修養に努め、改悛の情が認められ、これまで非行歴もなく、満二〇才に達したばかりの若年であること等の、被告人に有利な諸事情を参酌すると原審の科刑は重きに失したものと思われるので原判決は破棄を免れない。」として第一審判決を破棄し、被告人が昭和一九年一一月二五日生れであることは被告人の供述調書等によつて明白であり、原判決も冒頭にはこれを摘記しているが、被告人を懲役一年六月に処しているところであるから、昭和三八年一二月二日における原判決宣告の日には満一九才に達したばかりであるのに、原判決はその計算を誤り少年であるにかかわらず成人と誤認したため少年法第五二条を適用しなかつたのである。

憲法第三一条は「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、又その他の刑罰を科せられない。」と規定しており、本件において原審が少年法第五二条を適用しないで少年である被告人にいわゆる定期刑を

被告人　平川憲一

言い渡したのは法律に定める手続によらないで刑罰を科したことになつて憲法の右規定に違反するばかりでなく、判決に影響を及ぼすべき事実の誤認、及び法令の違反があつて、破棄しなければ著しく正義に反する場合にも該当するのである。

第二点　原判決には判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり破棄しなければ著しく正義に反する。

原判決は控訴趣意のうち訴訟手続の法令違反の主張に対し「被告人の利害が相反する場合に一人の弁護人が数人の弁護をしてはならないという刑事訴訟規則第二九条第二項の制限は、国選弁護人に関するものであつて私選弁護人に関するものではない。従つて石田勝利の国選弁護人として石田のために同条違反を主張するのであれば格別、被告人の私選弁護人として被告人のために同条違反をいうのは筋違いである。」旨判示しているが、刑事訴訟規則第二九条第二項が国選弁護人に関するものであることは、規定の体裁上いいうるとしても同法条の反面解釈からすれば、同一弁護人が一人の被告人の私選弁護人と他の一人の被告人の国選弁護人となつた場合にも、およそ利害相反の際には、同法条が類推適用さるべきものであると考える。（名古屋高裁昭和二四・一二・一九判決高裁刑集二巻三号三一〇頁参照）

原判決のいう如く石田勝利の国選弁護人として石田のために同条違反を主張し得る余地があるとすれば、弁護人の単一の訴訟行為が一人の被告人の関係では無効を主張し得るが、他の被告人の関係ではこれがなし得ないと言う矛盾を生ずるのである。本件第一審においては石田の国選弁護人の弁論と被告人の私選弁護人の弁論とは別の機会に行われたから、被告人の私選弁護人としては石田が心神耗弱の主張をしていることを知らないまま、判決期日として指定された当日になつて弁論再開のうえ石田の国選弁護人を命ぜられ検察官の罰条の予備的追加についての意見を求められたもので利害の相反することに気付かなかつたのである。また心神耗弱の判断が個々別々になし得るべきものとするもその認定結果如何が他方へ影響を及ぼすと考えられる場合は両者の利害は相反する場合に当るというべきで本件においては被告人と石田の利害

が相反するものといわなければならない。

第三点　原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があつて破棄しなければ著しく正義に反する。

被害者真砂早苗、石田勝利及び被告人の三名は同じハイミナールを服用しながら真砂のみが意識朦朧となつたという認定は客観的事実（ハイミナール文献集登載の実験記録）を無視し只管被害者の供述のみによつたものとの譏りを免れない。

被害者の供述に多くの矛盾点が存在することの詳細は控訴趣意書で述べたとおりであつて、原判決の認定は、年頃の被害者が自己の両親などに対する被害報告時における心理を理解せず、右報告を基本として作られた供述調書の内容を全く鵜呑みにしているのである。

また「被告人が小松美津子の手足を押えつけた事実も各被害者の供述調書の記載によつて認めることができ、石田の原審公判廷におけるこの点に関する供述は信用できない」との原判決の判示は被告人が巨人であるか若しくは小松が幼児でない限り同人の手と足とを押えつけるということは不可能であつて、形式的に被害者の供述さえあれば被告人がどのような弁解をしようともこれを排斥し不可能な事実さえもあえてこれを認めんとするものであり右は全く経験則を無視した重大な事実誤認を侵したものというほかはない。

以　上

昭和三八年(あ)第三二二一号

強姦致傷

被告人　平川憲一

検察官の上告趣意

原判決は、第一審判決が強姦致傷の事実を認定して被告人を懲役二年以上三年以下に処する旨の不定期刑を言渡したのを破棄して、被告人を懲役一年六月に処する旨の定期刑を言い渡した。この判決は、少年に対して不定期刑を言い渡すべき場合であるにも拘らず定期刑を言い渡した点において、後記最高裁判所判例と相反する判断をした違法があり、その違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、刑事訴訟法第四一〇条第一項により破棄すべきであると思料する。

即ち原判決は、第一審判決が認定した強姦致傷の事実を刑法第一八一条にあたるものとし、同条所定刑中有期懲役刑を選択した上、これに併合罪の加重および酌量減軽を施したのであるから、懲役一年六月以上一〇年以下の範囲内で処断すべきものである。そして被告人が昭和一九年一一月二五日生れの少年であることは、原判決の明示するとおりであるから、原判決は少年法第五二条第一項本文の規定に従つて被告人に対し不定期刑を言い渡さなければならないのである。然るに原判決が前記のとおり定期刑を言い渡したのは昭和二七年一二月一一日最高裁判所第一小法廷が昭和二六年(さ)第四号事件につき言い渡した判決（最高裁判所裁判集刑事第七〇号四九三頁）中の「ところが被告人は昭和六年一一月二六日生であること記録により明らかであるから、同二六年一月一〇日の本件第一審判決言渡の当時は未だ二〇才に満たない者であるので同月一日から適用されることになつた改正少年法二条の規定によつて少年であり（同法附則六八条）従つて同法五二条の適用を受ける筋合であるといわなければならぬ。されば本件において第一審裁判所は同条を適用して短期は五年、長期は一〇年を越えることができない不定期の懲役刑を科すべきものであること多言を要しないところであるから、不定期刑を科せず且つ短期の限度五年を超えて懲役六年の定期刑を科した第一審判決は明らかに違法であつて、これを是認した原判決また違法といわ

なければならぬ。」との判断と相反する判断をしたものといわざるを得ない。
よつて原判決の破棄を求めるため、上告に及んだ次第である。

以上

昭和三八年(あ)第九〇七号

判決

本籍・住居　兵庫県尼崎市西大物町九二番地
工務店経営
横山昌信
大正一五年一二月六日生

右有印公文書偽造、同行使被告事件について、昭和三八年二月二五日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し検察官から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

原判決を破棄する。
本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

理由

検察官の上告趣意第一点は判例違反をいうけれども、原判決は所論引用の各判例と相反する法律判断を示しているものではないこと原判文上明らかであるから、所論判例違反の主張は前提を欠くものであり、同第二点ないし第四点はいずれも単なる法令違反の主張であつて、すべて適法な上告理由に当らない。

しかし所論にかんがみ職権をもつて記録を調べてみると、刑法一五五条一項にいわゆる公務所又は公務員の作るべき文書とは、公務所又は公務員が印章若しくは署名を使用しその権限内において職務執行上作成すべき文書を汎称し、その職務執行の方法範囲が法令に基づくと内規又は慣例によるとを問わないものと解すべきである（昭和一二年七月五日大審院判決、

刑集一六巻一一七六頁、明治四五年四月一五日大審院判決、録一八輯四六四頁各参照）ところ、原判決は右文書の意義につ
いてはこれと同一の法律見解を示した上、ただ具体的に本件事案においては、判示尼崎市建設局管理課係員には本件文書を
作成すべき法令上の権限はもちろん内規又は慣例上の権限も認められないとし、更に本件文書の形式外観においても一般人
をして公務所又は公務員の職務権限内において作成されたものと信ぜさせるに足るものとも認められない旨判示したもので
あること原判文上明らかである。

しかしながら、記録によると、本件犯行当時（昭和三四年三月ないし同年一一月）尼崎市においては、農地につき農地法
四条又は五条による転用許可を受けて土地台帳法の規定による地目変換の申告をする場合には、その地目変換申告書を尼崎
市長を経由して所轄神戸地方法務局尼崎支局に提出していたものであり（土地台帳法四一条の三、一項参照）、その際、地
目変換申告書に農地転用許可書の原本と写とが添付され、これらの書類が同市建設局管理課に提出されると、同管理課係員
において、右地目変換申告書に受付印を押捺すると共に、右添付書類である転用許可書の写がその原本と符合するときは、
その写の末尾に「原本還付」と記入し且つ同係員の認印を押捺した上、該原本はこれを申告者に返還し、管理課から直接、
前記法務局の支局に、右受付印の押捺された申告書と「原本還付」の記入等がなされた許可書写とを送付するか、申告者の
都合によつては、管理課において自ら右送付手続をとることとなく、これらの書類を申告者の手に渡し、申告者自身をして同
支局に持参させるという取扱がなされていたものであることが窺われる。

そこで右管理課係員において、前記の如く転用許可書の写の末尾に「原本還付」と記入し且つ同係員の認印を押捺するこ
と即ち本件文書を作成することにつき、法令上ないし慣例上の権限を有していたかどうかをみるに、本件当時施行されてい
た土地台帳法の規定によると、土地所有者は地目変換をなしたときは、その旨を登記所に申告しなければならない（同法三
二条、四七条）が、「市町村はその市町村内の土地につき土地台帳の副本を備えなければならない」（同法三七条の四）とい

う関係上、同法の規定による申告は、「当該土地の所在地の市町村長を経由してすることもできる」（同法四一条の三、一項
本文）のであつて、その場合には、「当該市町村長が申告書を受け取つたときは、その時においてその申告書が登記所に提
出されたものとみなす」（同条二項）と規定する。

これらの規定の主旨からすれば、本件において、地目変換申告書が当該土地の所在地である尼崎市の市長を経由して所轄
登記所である神戸地方法務局尼崎支局宛に提出されたとき、同市役所においてこれを受理する権限を有する建設局管理課係
員は、これを受理するに当り、該申告書及びその添付書類につき形式的審査をなす権限を有するものというべく、その添付
書類に原本と写とがある場合に両者を照合し、写が原本と符合することを確認した上原本を還付するとき、その写に原本還
付の旨を記載して捺印することも右権限の範囲内に属するものと解すべきである。されば原判決が尼崎市管理課係員は本件
文書を作成する法令上の権限がないとしたのは、法令の解釈適用を誤つたものというべく、のみならず記録によれば、本件
当時、尼崎市役所においては、前記の如く写に「原本還付」の記入をなし係員の認印を押捺すること即ち本件の如き文書を
作成することは、従来から実務上の慣例として行われていたものであることも窺われるのであるから、原判決は、当該公務
所における係員の文書作成上の慣例の存在を認めなかつた点において事実誤認の疑があるというべきである。

右はいずれも原判決に影響を及ぼすべきものであり、原判決はこれを破棄し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。

よつて刑訴四一一条一号、三号、四一三条本文に則り裁判官全員一致の意見により主文のとおり判決する。

検察官　関之公判出席

昭和三九年八月二八日

最高裁判所第二小法廷

昭和三九年八月二八日判決　昭和三八年(あ)第九〇七号

昭和三九年八月二八日判決　昭和三八年(あ)第九〇七号

裁判長裁判官　奥野健一
裁判官　山田作之助
裁判官　草鹿浅之介
裁判官　城戸芳彦
裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第九〇七号

検察官松本武裕の上告趣意

原判決は、

「被告人は尼崎市西太物町九二において工務店を営んでいたものであるが、奥山戦夫らと共謀の上、昭和三四年三月二四日頃より同年一一月一〇日頃までの間一二回に亘りいづれも前記被告人方において、行使の目的にて、擅に、各申告人名義で農地を宅地に転用する地目変換申告書を尼崎市建設局管理課に提出するに際し、農地に対する宅地転用許可につき兵庫県知事阪本勝が農地法第四条の規定により許可した旨の記載ある用紙末尾に、尼崎市管理課員が農地法による許可書原本の提出を受けた際に、当該写が原本と照合する場合のみ、該原本を還付する旨の意味を有する、原本還付の偽造印並びに当時の同市管理課係員井口、または河上の偽造印をそれぞれ冒捺し、もつて同市吏員作成名義の公文書一二通を偽造し、昭和三四年四月八日頃より同年一一月一三日頃までの間神戸地方法務局尼崎支局において、同局係員に対し前記偽造文書一二通を恰も真正に成立したものとして地目変換申請書類に添付して提出行使したものである。」

被告人横山昌信

旨の公訴事実につき、被告人を有罪とした第一審判決に対し、同判決は、尼島市管理課係員に本件文書作成権限がないのに、同課係員の職務権限内の文書であるとして公文書偽造同行使罪の成立を認めたのは事実を誤認し、引いては法律の解釈適用を誤つたもので、その誤りが判決に影響を及ぼすこと明らかであるとして、第一審判決を破棄し、無罪の言渡をした。

しかしながら

第一点　原判決が公文書偽造罪の成立を否定した判断は、後記大審院判例と相反するものであり、

第二点　原判決が、本件文書につき、尼崎市係員に作成権限がないとして公文書偽造罪の成立を否定した判断は、刑法第百

五十五条第一項の解釈適用を誤つた違法があり、

第三点　原判決が、本件文書が一般人をして公文書と誤認させるに足りる形式外観を備えていないとして公文書偽造罪の成立を否定した判断は、前記刑法の条項の解釈適用を誤つた違法があり、

第四点　仮りに本件が公文書偽造同行使の罪の成立することは明らかであるのに、これを認めなかつた違法があり、

右はいずれも判決に影響を及ぼすこと明らかであるから、原判決は破棄を免れないと信ずる。

第一点　原判決は、刑法第百五十五条第一項所定の公務所又は公務員の作るべき文書の意義に関する

大審院昭和一二年七月五日判決（大審院刑集一六巻一一七六頁）の示した判断と相反する判断をした非違がある。

前記大審院判例は、いわゆる公文書は、公務所又は公務員がその権限内において職務執行上作成すべき文書を汎称し、その職務執行の方法範囲が法令に基くと、内規又は慣例によるとは敢えて問うところに非ずと判示している。

その事実関係を見ると、従来横浜地方裁判所民事部において立保証命令に基き現金の供託をした供託者から裁判所宛に供託証書を納付する旨記載した「納付書」と題する書面と供託証書とを徴し、右両書面に同裁判所の庁印一個を押捺して割印を施し且つ納付書に納付番号を記入してその納付書をもつて供託証書の受領を証明する取扱をしていた場合に、内容虚偽の同地方裁判所宛納付書を作成した上、偽造した「浜裁之」と刻した同裁判所の庁印一個の約三分の一の割印相当のゴム印をほしいままに押捺し、納付番号を記入した事案につき、公文書偽造罪の成立を認めているのである。

すなわち公務員の書類受理手続に関連し、私人名義の内容虚偽の文書の一部に作成された文書に関し、その作成権限につき、法規・内規等の明文がなく、ただ従来横浜地方裁判所民事部において実務上の取扱として行われていた場合に、公

文書の成立を認めた判例である。

しかるに、原判決は、尼崎市建設局管理課係員に、本件文書作成の法規上の根拠、内規或は慣例の有無を検討した上、いずれもその存在を否定し、よつて本件文書は公文書に該らないと結論しているのである。

本件文書作成の法規上の根拠については、第二点において詳述するが、仮りにその法規上の根拠がないとしても、本件については、判例にいわゆる慣例が存在し、本件文書はその慣例に基いて作成されたものであることは、明白である。

すなわち、前記管理課係員井口克の検察官供述調書記載（記録四一八丁裏）によれば、本件のような農地法に基づく土地地目変換申告書に県知事の転用許可証写を添付し、原本とともに提出させた上いわゆる原本還付の取扱をすることは、尼崎市役所において本件犯行の一年余前の昭和三三年初頃から実際に行われていたことで、しかもこの取扱は、一面において、申請者の便宜を図り、他面法務局側の事務簡素化を助けるため、法務局並びに農業委員会側の意向に従つて漸次確立され慣行されるに至つたもので、固より係員の不純な動機に出たものでないことは明らかである。被告人らは、昭和三四年三月から約八ヶ月間本件犯行を反覆したのであつて、これを要するに、いわゆる原本還付の取扱は、約二年間に亘り、尼崎市役所において、同市、神戸地方法務局尼崎支局、及び農業委員会など関係各機関の了解の下に慣行されていたものであつて、当時尼崎市役所において、判例にいわゆる「慣例」となつていたことは疑いの余地がない。

原判決は、市町村長を経由して申告がなされる場合、神戸地方法務局はもとより、尼崎支局を除くその他の支局でも、許可書の原本は、法務局において申告者に返還する取扱がなされていることを認めた上、右原本還付の取扱は、異例のことに属し、その後右の取扱をしないことに改められていること、及び同市役所においてこの取扱を始めるに至つた経緯を指摘して、「市町村を経由して申告がなされるとき、係員が原本還付という文書を作成する権限が一般の慣例によつて認められていた」ということはできない旨判示している。

しかしながら仮りに本件文書が異例の文書に属する場合であつたとしても、異例の文書であるからといつて、公文書たることを否定すべきものでないことは、大審院判例、明治四五年四月一五日（刑録一八輯四六四頁）の示すところであり、また、前記昭和一二年の大審院判例が、横浜地方裁判所民事部における実務上の取扱に基いて作成された文書を公文書と認めていることによつても明らかなように、判例にいう「慣例」とは、他の同種の公務所においてひろく慣行されているものであることを要するものでなく、当該公務所において実務上の取扱として慣行されていることをもつて足りると解すべきである。このことは、判例が、法令と並んで「内規」もまた公文書作成の職務権限の根拠となることを明示していて、この「内規」は、むしろ当該公務所限りにおいて制定適用されていることが普通であることと対比しても、明らかなことである。

従つて本件についても、他の市町村においてひろく慣行されていたか否かを問うまでもなく、当該尼崎市役所における実務上の慣例が存在する以上、これに基づいて同市役所係員が作成した文書が公文書の性質を持つものであることは、明らかである。

なお、原判決は、前記井口克が、原本還付の記入の取扱をすることについて法務局係員の電話による了解を得たことにつき、「かりに、かような了解があつたとしても、それはあくまでも事実上の了解に止まり、法的に管理課の係員に右文書作成の権限を附与するものとは到底考えられないのである」旨判示しているが、本来慣例或は慣行というものは、すべて事実上のことに属し、その事実が反覆された実績が、慣例として、法的評価を受けるに至るものであり、事実そのものが直接「法的に権限を附与するもの」というような筋合のものでないことは、いわずして明らかであつて、この点においても原判決は過りを犯している。

要するに、本件は、公務員の書類受理手続に関連して、私人名義の内容虚偽の文書の一部に作成された文書に関し、か

つ、その文書作成の権限について、法規・内規等がなく、当該公務所において実務上の取扱として従来から行われていたところに従つて行つたものであることは、前記大審院判例の場合と全く軌を一にするものであつて、本件文書を公文書と認めなかつた原判決の判断は、明らかに右大審院判例と相反するものである。

第二点　原判決は、刑法第百五十五条第一項にいわゆる公務所又は公務員の作るべき文書の意義に関し、同条項の解釈適用を誤り尼崎市係員に本件文書の作成権限がないと判断した違法がある。

すなわち、原判決は、

「被告人らは、農地法第五条に基づく県知事の許可を得たのちに、あたかも同法第四条の許可であるように装つて、地目変換申告することを着想したのであるが、昭和三四年頃尼崎市を経由して神戸地方法務局尼崎支局に地目変換申告をするときは、尼崎市管理課係員に対し、地目変換申告書に農地転用許可書原本とその写を添えて提出すると、同係員において申告書に受付印を押捺し、許可書写が原本と符合するときは、その写の末尾に原本還付と記入して同係員が認印した上申告書とその添付書類を共に申告者に返還されるので、申告者自身において前記尼崎支局へ持参するという取扱がなされていたため、これを利用して……兵庫県知事阪本勝が、農地法第四条に基づき転用許可をした旨の架空の事実を記入した許可書写用紙の末尾欄外に、ゴム印で原本還付と記入し、さらに偽造の認印で……係員の印影を顕出して……尼崎支局土地台帳係員に対し、管理課の受付印ある申告書に右の許可書写を添付して提出したことを認めることができる」と判示しながら、尼崎市管理課係員には、右の原本還付なる文書を作成する権限がないと判断した。

その理由とするところは、土地台帳法による申告は、所轄の登記所に対して直接するのが原則で、同法第四一条の三により当該土地所在地の市町村長に対してなされる場合には、申告書を受理した市町村長はその受理年月日を明らかにして直ちにこれを登記所に送付するに過ぎず、市町村係員には同法第四二条の調査権がなく、その他土地台帳法関係法規中

に、かかる文書作成の権限を明文をもつて認めた法規がなく、また尼崎市の内規にも右権限を認めたものはないし、一般の慣例によつて認められていたということもできないというのである。

しかしながら、右土地台帳法（昭和三五年法律第一四号により廃止される以前のもの）第四一条の三第一項に基づき当該土地所在地の市町村長を経由してなす申告は、同条第二項によれば、右申告書を市町村長が受取つたときは、その時において、その申告書が登記所に提出されたものとみなされる法律効果が生じるのである。右は土地台帳法が、第一種地について地目変換をなしたとき、あらたに土地台帳に登録すべき土地を生じたとき、又は第二種地が第一種地となつたときに、それぞれ土地所有者に対し、その事由が生じてから一ヶ月以内にこれを登記所に申告すべき義務を命じ、その義務違背につき罰則を設けて厳格に規整していること、（同法第一八条、第三二条、第一項、第四七条）に照応するものである。さらに同法第三七条の四によれば、市町村はその市町村内の土村につき土地台帳の副本を備付けなければならないと規定し、同法第三九条によれば、登記所があらたに土地台帳に登録したとき、又は、登録を修正し、（同法第三三条によれば、本件のような地目変換は修正に該当する。）若しくは訂正したときは、十日以内にその事項を市町村長に通知しなければならないと規定していて、登記所では原本を、市町村では当該市町村内の土地に関するその台帳副本をそれぞれ所管し、両機関が相共に土地の地目、地積、所有者の住所氏名等に関する実態を掌握する建前をとつているのである。

これらの各規定の趣旨に鑑みれば、本件のように地目変換申告書が所轄の尼崎市に提出されたとき、申告書を受理する権限を有する同市係員は、土地台帳法第四二条にいう、実質的調査権がないとしても、申告書及び附属書類の形式的な要件や、書類上の過誤、不備等の瑕疵の有無を所管の土地台帳副本をも利用して調べる権限があり、さらに本件のように添付書類として許可書写があり、別に原本が添えられている場合、その原本と写とを照合する権限も右の形式的調査権の範囲内として、これを有するものというべきである。この場合、原本と写とを照合した結果、相違するところがあれば、係

員はその補正を命ずることも可能であると考える。このことは申告書の受理権限を認められた当然の帰結であつて、同法第四一条の三第二項が「前項の規定により当該市町村長が申告書を受取つたときは、その時においてその申告書が登記所に提出されたものとみなす。」と規定し、特に「申告書を受取つたとき」という字句を用い、申告書が提出されたときというていないことからも、明らかなところである。

さらに、前叙のように、その原本と写とを照合することが権限の範囲内とすれば、照合の結果その相違がないことを確認した場合、原本を申告者に還付する権限があることも明らかである。何となれば、申告者が申告書提出に際り、原本を持参するのは、係員の照合に供するためであつて、照合確認の上、還付することのあることを予定しているのである。従つて申告書受理の係員において、照合を終つたのちに、その判断により原本を還付することも許さるべきであり、また、それが許される以上、還付した場合、その事実を明らかにするため、写に原本還付と記入することも、当然職務権限の範囲内の行為というべきである。

本来本件申告書は、法務局に宛てた文書であるから原本還付の手続も法務局において行うことが通例であるといえようが、前述のように土地台帳法の規定により、申告書は市町村長を経由してすることが許され、市町村長が申告書を受け取つた時においてその申告書が登記所に提出されたものとみなされるのであつて、このように申告書提出という実質的法律効果に関して市町村における取扱を認めながら、単に手続的意味を持つに過ぎない原本還付の取扱に限り、市町村において取り扱うことを禁じ、必ず登記所の手続を要するものとするのが法の趣旨であるとは到底考えられない。のみならず、市町村係員が、原本を還付したとしても、それは、写の記載が形式的に誤がないというだけのことを意味するに過ぎず、登記所係員は土地台帳法第四二条の調査権により、その土地の実態調査を行ない或いは必要により、申告者より原本を徴して再検討し、若しくは関係農業委員会に照会するに妨げなく、何らその職務執行に影響するところがないのである。

そもそも本件において申告者側に不正を誘発した原因は、原本を申告者に還付したことにあるのではなくて、市係員において受理し、その受理年月日の記載までも終つた申告書を、市より登記所に送付することなく、申告者に持参せしめるべく申告書を申告者に手交したことにある。しかし、これは原本還付の公文書が作成されたのちにおける手続面の妥当性の問題であつて、自ら別個のことに属する。

以上叙述したとおり、尼崎市建設局管理課係員井口克及び河上繁子が申告書を受理するに当り許可書写を原本と照合した上原本を申告者に還付する行為は、同係員らに認められた権限の範囲内のものというべく、従つて、また、本件の文書は当該公務員である同人らの職務執行上作成すべき公文書と認むべきであるのに拘らず、これを否定した原判決は、刑法第百五十五条第一項の規定の解釈適用を誤つた違法がある。

第三点　原判決は、当該文書の形式、外観において一般人をして公務所又は公務員がその職務権限内において作成した公文書であると誤信させるに足るものであるときは、公文書偽造罪の成立を肯認すべきものとしながら、本件文書の形式外観が一般人をして公務員がその職務権限内において作成した文書であると誤認させるに足るものとは認めることはできないと結論したことは、事実の法的評価を誤り、刑法第百五十五条第一項の規定の解釈適用を誤つた違法がある。

すなわち、原判決は、「よつて被告人らの作成した原判示の文書の形式外観を検討すると、……知事の許可書写の末尾欄外に、原本還付とゴム印を押し、その下に（井口）または（河上）という印影を顕出しているのを認めることができる。ところで、その文言は原本還付というに止まり、印影は認印に過ぎず、公務所または公務員であることを表示した文書は一切使用されていないのである。従つていかなる公務所またはいかなる資格の公務員が作成したものであるかを右文書自体からは知ることができないのであつて、かゝる文書は一般人をして公務員がその職務権限内において作成した文書であると、誤信させるに足るものとは認めることができない」というのである。

しかしながら、元来「原本還付」なる文言は普通一般私人間では使用しないものであり、また「原本還付」の文言の記載と捺印の形式については、不動産登記にあつては、登記官吏がこの形式をとるよう法定されているのである。すなわち、不動産登記法施行細則第四四条の二第二項によれば、登記官吏が書類の原本を還付するときは、その謄本に、原本還付の旨を記載して捺印すべし、とあるのである。しこうして、本件の文書は、地目変換申告書の添付書類である県知事の許可書写に記載されたものであるところ、右申告書には丸形スタンプ印により建設局管理課という名称及び受理年月日、受理番号が記載されていて、他の記載と相俟つて、所轄尼崎市長が、記載の年月日に本申告書を受け取つたことを証明する公文書となつているのであるし、また、申告書の備考欄には、「添付書類許可証写し」と記入されているのであるから、右「原本還付」という記載は同市建設局管理課係員の作成になるものであり、押印はその係員の印章であると認めることは極めて容易である。元々本件許可書写は申告書に付属する添付書類として作成され、申告書と一体となつて行使されるのであるから、申告書と切離して観察すべきものではない。従つて本件文書は、これをその申告書並びにそれに表示されている受付印と併せて考えれば、当然一般人をして公務員たる尼崎市建設局管理課係員が、その職務権限内において作成した文書であると、誤信させるに足る形式外観を具えるものというべきである。さればこそ、本件において、神戸地方法務局尼崎支局員も一一回に亘り一二通の本件文書を正当な尼崎市係員作成の公文書と誤信して受理し、毫も疑を挿まなかつたのである。

前叙のとおりであるから、本件文書は、かりに当該係員に文書作成の権限がないとしてもその形式外観において、一般人をして、公務員がその職務権限内において作成した文書であると誤信させるに十分というべきであり、原判決は、この点においても事実の法的評価を誤り、刑法第百五十五条第一項の規定の解釈適用を誤つた違法がある。

第四点　仮りに本件について公文書偽造同行使罪が成立しないとしても、私文書偽造、同行使罪の成立は明瞭であり、原審

裁判所はその罪により処断すべきに拘らず、ここに出でなかつたのは、審理不尽の極端な場合として、判決に影響を及ぼすべき法令の違反があつて、これを破棄しなければ著しく正義に反するものである。

本件の「原本還付」の文言の記入と、係員の認印の押捺とは、いずれも行使の目的をもつて作成名義を偽つて作成されたものであることは、原判決自体が明瞭に認めるところである。従つて本件について、仮りに公文書偽造同行使罪が成立しないとすれば、私文書偽造同行使罪が成立することは明らかであるから、須く被告人に対する私文書偽造、同行使の罪につき審理を尽し判決すべきである、本件についての無罪の既判力は、これと同一性を有する私文書偽造、同行使事実にも及ぶため、新たなる起訴は不可能となる。他方この事実につき審判することが被告人の防禦権を害するとは認められず、却つて訴訟経済に合致し、正義観念にも妥当する所以である。原判決は、被告人に不当な利益を与える結果となり、刑事訴訟法第一条にある実体的真実発見と刑罰法令の適正迅速な適用実現の要請に反することになるのである。すなわち、原裁判所には、私文書偽造、同行使の罪につき審判すべき法令上の義務ありというべくこの法令上の義務を尽さなかつた点において原判決には判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、これを破棄しなければ著しく正義に反するものといわねばならない。

以上詳述したとおり、原判決には大審院判例と相反する判断をした非違があり、また判決に影響を及ぼすべき法令の違反があつて、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認めるので刑事訴訟法第四〇五条第三号、第四一〇条及び第四一一条第一号に則り原判決を破棄し更に相当の裁判を仰ぎたく上告を申立てた次第である。

以　上

昭和三八年(あ)第九〇七号

弁護人磯田亮一郎の答弁

検察官の上告趣意の各点は全て独自の見解に基き、また、法律の解釈を誤り全て論旨は理由がなく、本件上告は棄却を免れない。

原判決はきわめて正当であり、法律の解釈、適用も適切である。

以下検察官上告趣意の各点について反論を加えることにする。

第一点について、

(一)　検察官は原判決が公文書偽造罪の成立を否定した判断は大審院昭和一二年七月五日判決の判例と相反する判断をした違法があるというのであるが、前記大審院判例は、公文書は、公務所又は公務員がその権限内において職務執行上作成すべき文書を汎称し、その職務執行の方法範囲が法令に基くと、内規又は慣例によるとは敢えて問うことに非ずというのであるが、この事実関係を詳細に検討すると、当時横浜地方裁判所民事部において、立保証命令に基く現金の供託者から、同裁判所へ供託証書提出の際供託者から裁判所宛に供託証書を納付する旨記載した「納付書」と題する書面を提出させ、同書面に同裁判所の庁印一個を割印し、且つ納付書に納付番号を記入して、納付者に返戻して右割印等のある納付書をもつて供託証書の受領を証明する取扱をしていたのである。右の取扱は明文の根拠を欠いていた実務上の取扱であるにかかわらず、内容虚偽の同裁判所宛の納付書を作成した上、偽造印で割印し、納付番号を記入した事案につき、公文書偽造罪の成立を認めたのであるが、右の受領証としての実務上の取扱については、まず第一に納付書と題する書面を提出させる根本的基礎たる供託証書の受領権限は当然、認められているところである。更に供託証書を受領すると次には、当然その受

領を証明する資料を納付者に交付する義務が発生するのは、条理上においても明らかである。されば受領を証明する資料の作成方式、交付方式において明文の根拠を欠くと言つても、これの交付方を請求された場合拒絶出来ないことも明らかである。

さすれば、なんらかの方式による受領証を交付しなければならないとなると、その作成方式は結局問題ではなくなり、判例の判示された事案の如き方式でも、それが同裁判所で行われているならば、かかる文書の作成権限は当然あつたものと言わざるを得ないことになる。従つて判示の如き方法で文書を偽造した場合には公文書偽造罪の成立あるは当然の事である。

しかるに本件の場合はどうであるか、尼崎市建設局管理課係員には本件文書作成の法規上の根拠は、原判決理由中において明らかな如く、その存在は否定されるべきであり、且つ又慣例が存在したとも言えない。即ち同市管理課係員の権限は土地地目変換申告書が市長経由で神戸地方法務局尼崎支局へ提出される際に、単に受取るだけの権限しかなく、それ以上の権限は全く存在しないことは第一審証人西野新次郎の供述によつても明らかである。従つて同市管理課係員は申告書を受付けるだけの権限しかなく、他の全ての権限は法務局係員にあるのである。本件の如く県知事の転用許可書写が原本と相違ない旨確認して、原本を還付するというが如き権限は同市管理課係員にはなく、法務局係員の権限である。このことは土地台帳法第一条第二項によつても明らかである。この点において検察官の引用せる前記判例と本件は事案を全く異にするものである。

なんとなれば、前記判例の場合には納付書を受理すべき根本的根拠は供託証書の受領であつて、この受領は法の明定するところである。供託証書の受領を証明する権限は従つて、受領の規定に基き認められるのであるから、その方式がどのようなものであつても、それに関して明文の規定がない以上は、慣例としての実務上の取扱方式によらなければならないことは理の当然である。従つて作成方式が単にある一個の公務所のみに行われている方式であつても、右の如き根拠がある以上は、その方式は慣例にもとづくものと言いうる。しかしただ単に慣例といつても、右のごとき場合は具体的取扱方式の明文規定を欠く場合であつて、根本的な基礎においては、法の明文規定に基いたものであると言うことが出来るものであるから適法な手続であることが明白である。

よつて右納付書に庁印及び納付番号記入そのことに関して何ら明文の規定を欠くも、適法な慣例として法の保護を受け得るのである。これに反して本件の場合は、前記の如くただ単に申告書を受取り地方法務局へ送付するだけの権限しか持たない同市管理課係員の原本還付の取扱手続は、その基礎となる申告書の受付からは何ら根拠づけられず違法な手続であると言う外ない。引用の判例と、本件の差異は、前者にあつては、終局的受領権限あるも、後者には、単なる機械的仲介者的な権限しかないという点である。従つて現実に尼崎市において、この原本還付の手続が例え約二年の間に亘り行われていたとしても、違法な手続はあくまで違法であつて、これが積み重ねられて言葉の上では一つの慣例と言えても、判例にいうところの慣例と言えるかどうかの検討を経なければならないのにかかわらず検察官は単なる事実状態にのみ目をつけその法的評価を忘却して、短兵急にかかる取扱は判例にいわゆる「慣例」となつていたことは疑いの余地がないと断言するのは皮相的な見解である。判例に言うところの慣例とは、適法であるということを前提とした慣例である。このことは慣例上の職務権限ありとされた事例（区長の建物所有証書の作成大審院明治四三年四月七日刑録一六輯五三一頁、村長の印鑑証明書の作成大審院明治四三年六月一六日刑録一六輯一二五八頁、村長の納税額証明書の作成大審院明治四四年一二月二五日刑録一七輯二三二三頁）から明らかである。従つて原本還付の手続が適法かどうかの判断が先決である。市役所管理課係員には土地台帳登録事務の権限は全くないことは前記のとおりであるから、適法な行為と言えない。市役所管理課係員の右の原本還付の手続は権限外の行為であるところから、公務員の行為としては違法なものと言わざるを得な

い。

(二) 更に検察官は市管理課係員の原本還付手続は慣例に基くものであることの根拠として、

第一に原本還付の取扱は尼崎市役所において本件犯行前一年余り前から実際行われていたことで、この取扱は申請者の便宜を図り、他面法務局側の事務簡素化を助けるため、法務局並びに農業委員会側の意向に従つて漸次確立され慣行されるに至つたもので……尼崎市役所、神戸地方法務局尼崎支局及び農業委員会など関係各機関の了解の下に慣行されていたものであつて……判例にいわゆる「慣例」となつていたことは疑いの余地がないと主張しているが、しかし、この取扱の起因は原審証人井口克の供述によると、申告者が、原本還付のゴム印を作成して管理課に寄贈し、右のような取扱をしてもらいたいと申出たので、上司にも相談せず、同証人の独断で土地台帳法の関係法規も調べないで、その希望を容れたことに端を発したことであり、同証人は電話で神戸地方法務局尼崎支局の係官に了解を求めたようである。しかし、かような取扱につき、法務局側では同支局長ないし、神戸地方法務局長に報告ないし了解を求めるようなことはしなかつた。従つて法務局及び農業委員会側の意向に従つて慣行されるに至つたなどとは、事実の根幹を見落した議論でしかない。極論すれば、証人西野新次郎の供述から判るように、法務局係官が単に私人に依頼してかような手続を私人の名義で行わせたと言うことになる。

このことは本件事件後神戸地方法務局長赤塚正見作成名義の「農地について地目変換の申告があつた場合の許可書について」と題する通達が出されたこと、及び本件事件が刑事問題となるや、右取扱は廃止され、法務局において原本還付の手続を行つている事実、同証人の市役所吏員には調査権はないという供述等から自と明らかと考える。従つて検察官の右の如き主張は何ら証拠に基かない主張と言わざるを得ない。

ましてや関係機関の了解の下に慣行されていたとは、何を根拠として、かような事が言えるのか、はなはだ疑問であ

る。かような原本還付の手続が行われていたことにとらわれすぎ、かかる手続の根拠は何かの考察を忘れたがために生まれた、全く証拠に基かない主張としか見られない。

第二に、原判決が右の原本還付の手続は異例のことに属し……との一言をとらえ、異例のことに属するからと言つて公文書たることを否定すべきでないとした大審院明治四五年四月一五日判決の判例を引用しているが、右の異例のことに属するとの文言は、以後の判決文を熟読すれば、違法な手続であるということを論理の前提となつて用いられているということを見落した支葉、末節にとらわれた見解にすぎない。

第三に、原判決が電話によつて了解があつたとしてもそれはあくまで事実上の了解に止まり、法的に権限附与するものとは到底考えられないとの文言をとらえ、慣例と件事実の集積の実績によつて生まれてくるものであり、それが法的評価を受けるに至るものであると主張している。確かに慣例は検察官の言う通りのものであるが、しかし慣例として法の保護を受ける慣例と、いまだ法の保護を受け得ないものがあることは民法第九二条によつても明白である。

法の保護を受け得る慣例とは、あくまで適法な慣例でなければならぬこと当然のことである。しかるに右の原本還付の手続は違法なものであつてかかる取扱が二年もの間行われたことによつて一種の慣例とはなつても、判例の言うところの慣例とはなりえない。違法なる事実の集積はその法的評価としては違法な慣例でしかない。よつて刑法によつて保護されるものではないこと明らかである。この点について検察官はただ単に事実の集積さえ有れば判例の言うところの慣例に当るとの見解のようであるが、前述したように、この「慣例」についてもう一歩突込んだ、分析を欠いた所に、主張の如き見解が生まれた所以であると考える。

(三) 更に検察官の第三の主張は、その対象である原判決の文言の誤解にもとづいてる。つまり原判決は電話での了解で管理課係員に対し法務局係員が自己の土地台帳登録事務の職務権限の一部を付与したという意味にはとれないということを言

つているだけであつて、何も慣例の有無につき論じているわけではないのである。

要するに、原判決は検察官引用の前記大審院判例とは事案を異にして、右判例の判断に何ら違背するものでないこときわめて明白である。

論旨は何ら理由のないものである。

第二点乃至第四点について、

第二点乃至第四点はいずれも単に法律の適用、あるいは法令の違反を言々するだけであつて、上告理由たるべきものではない。

御庁においては、この点についての判断を示す必要はないと考えるが、しかし、以下において、一応こちらの点についても反論を加えおくこととする。

第二点について、

検察官は土地台帳法第四一条の三、第一項、第二項、同法第三九条の趣旨から、同法第四二条の実質的調査権なしとしても、申告書、及び附属書類の形式的調査権があつて、その範囲内として、原本と写とを照合する権限があり、照合の結果、その相違がないことを確認した場合、原本を申告者に還付する権限があることも明らかと主張している。

しかし右の主張は土地台帳法第四一条の三第二項の誤解に基く見解のひれきにしかすぎない。同法第四一条の三第二項の意義は、単に申告者の利益のためにもうけられたものにすぎない。即ち、市町村長経由で土地地目変換申告した場合に右の申告は一ヶ月間の期間内にする必要あるため（期間徒過につき罰則を定めて強制している）法務局に送付された日をもつて申告がされたと見ると、この一ヶ月の期間を徒過することあるところから、市町村長が受取つた時をもつて、法務局に提出されたものとみなしているのである。

この市町村長経由の手続は、同法第三九条の法務局から市町村長に対する土地地目変換の通知に代るものであつて、単に市町村長に地目変換あつた旨を知らしめるという意味しか持たないものである。従つて、市役所への提出で、法務局へ申告あつたとみなされるのは前述の如く、申告者の利益のために、申告の効果を生じ、これを受取つた市役所吏員に、この申告書を実質的に受理する権限を生ずるがごとき効果は毛頭ないと言わざるを得ない。土地台帳の登録についての職務権限はあくまで法務局官吏にしかないのである。（土地台帳法第一条第二項）このことは第一審証人西野新次郎の供述によつても明らかである。従つて検察官主張の如き、形式的審査権すらもないことになるから管理課係員が原本還付の取扱をする権限は全くないものである。また仮りに、検察官主張の如き解釈が成立したとしても、前見神戸地方法務局長の通達が出された事実、また尼崎市管理課係員のかような原本還付の手続が廃止された事実を、検察官はどのように説明するであろうか。管理課係員にかかる権限ありとするならば、神戸地方法務局長がかような通達を出すこともないであろうし、また管理課係員の原本還付の手続が廃止される必要は毛頭ないのである。

従つて通達が出されたこと、及び原本還付の取扱の廃止されたことはいずれも市役所管理課係員には検察官主張の如き権限がないがためであることときわめて明白である。検察官のこの点の主張は独自の解釈の上に立つた法律論にしかすぎない。

第三点について、

検察官は原判決は本件文書の形式外観が一般人をして公務員がその職務権限内において作成した文書であると誤信させるに足るものとは認めることはできないとしているが、「原本還付」なる文言は普通一般私人間では使用しないもので、「原本還付」の文言の記載と捺印の形式については不動産登記にあつては登記官吏がこの形式をとるよう法定されている点、本件文書は地目変換申告書の添付書類であり、元々本件許可書写は申告書に付属する添付書類として作成され、申告書と一体となつて行使されるものであるから申告書を切離して観察すべきでなく、本件文書は申告書とそれに表示されている受付印

等と併せて観察すべきものであるという点等を綜合して考えれば当然一般人をして公務員たる尼崎市建設局管理課係員が職務権限内において、作成した文書であると誤信させるに足る形式外観を具備していると主張するが、本件文書につき、その形式外観が一般人をして公務員がその職務権限内において作成した文書であると誤信させるものであるかどうかの判断はやはり本件文書自体によつて判断しなければならない。何となれば、右の形式、外観の有無の判断につき、本件文書を申告書と一体として見るとするならば、本件文書の行使罪についてはいつも論理の一貫性を欠くのではないか。即ち真正に成立したものとして行使すれば、行使罪の成立ありとするのが現状の判例、学説の一致した見解であるのに、本件文書のみをたまたま真正に成立したものとして第三者に見せた場合、申告書と一体となつていないから、行使罪成立しないことになるではないか。

つまり行使罪の成立あるためには常に本件文書は申告書と共に一体となつて行使されなければならないということになり、現在の法解釈から遊離した結論に到達するようになる。従つてこの点に関する検察官の主張は全くその場当りの独自の見解にすぎない。法的安定を求める検察官は自ら、上告理由において法律の解釈適用に関し法理論の混乱を招来する誤りを犯していると言わざるを得ない。本件文書が一般人をして公文書であると誤信させるに足る形式、外観の有無を本件文書自体から判断した原判決は正当な法解釈に立脚し何んら法律の適用の誤もない。

今仮りに、検察官主張の如く、添付する附属書類を基本的文書と共に一体として観察すべき場合があるとしても、右添付書類が基本的文書の必要要件か否か、つまり該添付書類が必要不可欠か否かによつて、一体としてみるべきか否かを決定する基準となる。

本件文書は、申告書に必ず添付しなければならないものでないからやはりこの点から言つても、申告書と一体として観察しなければならないとの検察官の主張は理由がない。又もし仮りに、本件文書を申告書と共に一体とみるべきものとして

も、申告書の備考欄には、許可書写と記載されているのであつて、許可書原本と記載していないから、申告書の提出の際には写の方が既に添付されていたような記載になる関係上、本件文書の作成が申告書提出前になされていたものとも十分見られる。

従つて、本件文書は、直ちに、形式、外観上、尼崎市建設局管理課係員の作成権限内にもとづく文書とは見られない。かようにこの点でも検察官の主張は何ら理由がない。

更に検察官は「原本還付」の記載と認印の形式にこだわる余り、本件文書の作成名義人の何人たるかの考慮を払わず、ただ右方式が登記官吏の方式である点だけをとらえて、公文書たる形式、外観ありとの根拠として上げているが、これだけでは、いまだ検察官主張の根拠とはなりえない。

第四点について、

検察官は公文書偽造、同行使罪が成立しないとしても私文書偽造同行使罪は成立するから、原審裁判所は、その罪により処断すべきに拘らず、処断しなかつたのは、審理不尽で判決に影響を及ぼすべき法令の違反があつたと主張するが、検察官主張の如く確かに公文書偽造、同行使と私文書偽造、同行使との間には公訴事実の同一性があり、本件についての無罪の既判力は私文書偽造、同行使の事実にも及ぶものであるが、しかしこの事実につき、なんら訴因変更なくして審判することは、被告人の防禦権を害することときわめて大きいものである。本件における最大の争点は本件文書は公文書たるや否やについてであつて、被告人の防禦活動は全勢力をこの争点に集中している。従つて、私文書偽造、同行使で処断するには訴因の変更がなければ私文書偽造の構成要件である、権利、義務、又は事実証明に関する文書か否かの争点につき、被告人の防禦は全然及ばないことになり、著しく、被告人は不利益をこうむる。即ち不意打の審判によつて判決を言渡される結果となる。

従つて原審において、私文書偽造、同行使罪につき、審判しなかつたのは正当である。

以上、詳述したように、検察官の上告理由は総てにおいて理由なく本件上告は棄却を免れないものである。

（昭和三九年六月二七日付）

以　上

昭和三八年(あ)第一〇二八号

判　決

本　籍　奈良県桜井市大字柳一九〇、一九一番地合併の二

住　居　同県大和高田市東片塩町二七六番地

無　職

立　見　賢　一　郎

明治三二年一月二日生

右暴行、弁護士法違反、恐喝同未遂、有印私文書偽造同行使被告事件について昭和三八年三月二九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

被告人本人の上告趣意について。

所論は、事実誤認、単なる訴訟法違反、量刑不当の主張であつて、適法な上告理由に当らない。

弁護人三根谷実蔵の上告趣意について。

所論第一点は、事実誤認の語を用いる点もあるが、要するに、被告人が被害者に対して脅迫的言動をしたのは、債権行使のためであるから、脅迫罪が成立するは格別恐喝罪は成立しないのにかかわらず、原判決が被告人を恐喝、同未遂罪に問擬したのは所論引用の大正一二年(れ)第一八〇五号同一三年三月五日大審院

昭和三九年八月二八日判決　昭和三八年(あ)第一〇二八号

決定、刑集三巻三号一七八頁は、すでに当裁判所の判例により変更されたものであり（昭和二六年(れ)第七七号同年六月一日第二小法廷判決、刑集五巻七号一二二二頁、昭和二七年(あ)第六五九六号同三〇年一〇月一四日第二小法廷判決、刑集九巻一一号二一七三頁、昭和三一年(あ)第四六九号同三三年五月六日第三小法廷判決、刑集一二巻七号一三三六頁参照）、また原判決はなんら所論引用の昭和二六年(あ)第四〇七八号同二七年三月七日第二小法廷判決、刑集六巻三号四五〇頁、昭和二六年(れ)第七七号同年六月一日第二小法廷判決、刑集五巻七号一二二二頁と相反する判断を示していないから、所論は理由がない。

所論第二点は、量刑不当の主張であつて、適法な上告理由に当らない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条、一八一条一項但書により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三九年八月二八日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第一〇二八号

被告人の上告趣意

(一)　第一点大阪高裁第二刑事部に提出せし原文抜萃

昭和三十八年三月二十二日大阪高裁第二刑事部公判廷に於て弁護人通じて本件に対する別紙証人申請するも却下となり証人が証言する左記事項記載。

別紙記載の証拠品は証人林秀夫氏の自筆写したものであります。当時奈良地方検察庁葛城支部に林秀夫氏の証拠品を提出せしに依つて林及中岡氏等検察庁に呼出しを受けた際別紙の通り両名は私に対する事実の事を述べたと申してゐた。

(二)　別紙記載の通り検察官の証人金瀬はぎの発言に対する検事さんは後の残金七千円は債権者に頼んで支払いせぬように云つてくれたとの事について奈良地裁葛城支部に判決前の公判日に弁護人通じて金瀬はぎの証人として出廷させました処金瀬はこれを否認した。先の趣意書にも記載の通り金瀬に対する証人として林秀夫氏及松尾の偽証暴行に対する林中岡両名弁護人通じて昭和三十七年九月二十四日奈良地裁葛城支部に証人の申請するも坂口裁判官は証人に対する無視被告に対する不利益な立場判決に影響を及ぼすものと思ひます。

(三)　刑法一九九条

証拠調については先ず検察官が取調べを請求した。証拠で事件の審理に必要と認める。すべてのものを取り調べ。これが終つた後被告人又は弁護人が取り調べを請求した証拠で事件の審理に必要と認めるものを取り調べをするものとする。

(四)　刑法二一一条

被告人又は弁護人には最終に陳述する機会を与へなければならない。奈良地裁葛城支部では判決前後に対し坂口裁判官

被告人　立見賢一郎

より陳述の。

(五) 奈良地検葛城支部検察官辻内良隆氏は債務者証人福島ムメノに対する被告人立見賢一郎と検察官の前で拘束当時対面をさせた福島ムメのは私に対する。あんた。みたいな良い人と申して居り福島より取り立の金額債権者南口方に渡してくれなかつたと福島婆さんは私に対する述べてゐた福島より領収せし金額私が全部着服してゐたように思つてゐた。領収せし金額は趣意書にも記載の通り中間勘定として古川則義氏に話の上勘定してあるとの事婆さんに述べ。別に検察庁まで持ち出す問題でないと婆さんに述べ私は別に恐喝や脅迫はしたおぼへは無いと述べると婆さんは検察官の前で無言でありました。私が恐喝や脅迫的な暴言をしたとすれば婆さんは検察官の前で婆さんは私に対する良い人だといわぬと思います。

(六) 立見賢一郎の件について申し上げます。

昨年七月十二日立見さんと同伴で八木小房金瀬様に行きました処金瀬の母は検事さんは後の残金七千円は債権者に頼んで支払いせぬようにしてやろうと云つてくれたと私もそばに居て確に其の事を聞きました。

金瀬の母は正直な事を云ふと検事さんに悪いように思ふとも聞きました。

一、昨年六月十三日午後七時半頃立見さんと同伴で中岡様の宅に行きました処中岡様の話では松尾は立見から肩を押されたとこれも確に中岡様から聞きました。

昭和三十七年二月二十六日記

住所　大阪市住吉区浅香町五五番地梶本貫次郎様方

林　秀夫　印

証人の申請

金瀬はぎのに対する検察官の誘導尋問につき証人左の通り。

松尾瞭の暴行偽証に対する証人

住所　大阪市住吉区浅香町五五番地　梶本貫次郎方

証人　林　秀夫

住所　大和高田市新町一　池辺方

証人　中岡栄一

右の証人昭和三十八年三月二十二日大阪高裁第二刑事部公判廷に於て弁護人通じて弁護人より証人の申請するも却下となる。判決に影響を及ぼす。

裁判所は証人の出廷を無視事実誤認判決に影響を及ぼす事が明らかである大阪高裁に提出せし趣意書抜萃

別紙の通り昨年七月十三日金瀬宅に参上其の際後の残金七千円は支払いせぬようにしてやろうと検事さんが言つてくれたと。又正直な事言ふと検事さんに悪いと金瀬の婆さん発言せし其の証人として昭和三十七年九月十七日奈良地裁葛城法廷に金瀬出廷させた処其の事実を否認した為昭和三十七年九月二十四日弁護人通じて別紙の通り書留郵便にて奈良地裁葛城支部に郵送するも無視同年十月十一日判決を言い渡され。又当時坂口裁判官から陳述の発言も無き被告に取つては不利益な立場判決に影響を及ぼすものと思ひます。

昭和三十七年九月二十四日葛城支部証人の申請無視

証人の申請

奈良地方検察庁葛城支部長検事辻内良隆氏は債務者金瀬はぎのに対する債権の残金七千円支払いせぬように債権者に依頼してやろうと誘導した事について昭和三十七年九月十七日葛城公判廷で金瀬は否認した。其の為金瀬に対する証人として別紙の通り林秀夫氏は確認して居り左の証人申請するも坂口裁判官は無視其の他偽証が続発するので裁判権は及ばない。

判決をのばし不存在な確認の訴へ。

住　所　大阪市住吉区浅香町五五　梶本貫次郎方
証　人　林　秀　夫

昭和三十七年九月二十四日松尾の暴行偽証に対する証人として左記々載の者奈良地方葛城支部に提出するも当裁判所は無視判決に対する影響を及ぼす。

住　所　大和高田市新町一　池辺方
証　人　中　岡　栄　一

右の証人当時検察庁に呼出され、其の際中岡の証言に依り検察官辻内良隆も右の証人に対するやつぱり立見の言ふ通り肩が事実だなあと検察官発言してゐるにも拘らず松尾偽証告訴に対する。不起訴処分一方的不当である、我々証人には偽証罪と言ふ法的束縛がある。

奈良地方裁判所葛城支部　御中

同棲に対する証明書

住　所　大和高田市曙町弐ノ三四七
古　川　ト　メ　ヲ

右の者古川トメヲは事件当時昭和三十三年五月頃より同参拾五年弐月頃まで立見様の裏離れ座敷六畳に於て立見様と同棲して居り以降間借りとなり其の後他に転宅現在の所有に転居して居ります。

三八年三月二十日

古　川　ト　メ　ヲ　印

右の証明書は古川氏の自筆写したもの昭和三十八年三月二十二日大阪高裁弁護人より提出するも証人呼出しも無く却下となる被告に取つては不利益な立場であります。

公　正　審　理

奈良地検葛城支部はみすみす公判維持のできそうもないとわかつてゐるものを変則的に起訴したものである。裁判のやり直しを要望する警察に訴へた者右罪とは一方的に量刑は不当である第一審二審は誤認である。

以　上

昭和三八年(あ)第一〇二八号

被告人　立見賢一郎

弁護人三根谷実蔵の上告趣意

第一点　原判決は判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり著るしく正義に反するから、刑事訴訟法第四一一条三号により破棄せらるべきである。

本件恐喝、同未遂事件についてみるに、債務者の母に対して請求したものは別として、被告人は債権者から債権の取立を依頼されその取立の為に債務者である各被害者と交渉したにすぎず、その際、被害者に対して脅迫的な言動をしたのはいずれも債権取立の為であり、正しく債権の行使であつて、被告人は何等不法の利益を得たものではないから、脅迫罪が成立するのは格別、恐喝罪が成立しないことは判例の趣旨とするところである（大判、大正一三・三・五判決、大刑集第三巻一七八頁）（最判、昭和二七・三・七第二小法廷判決、刑集六五巻四五〇頁）（最判、昭和二六・六・一、刑集第五巻一二二二頁）。

原判決がこの点を看過したのは事実を誤認したものであつて、これを破棄しないと著るしく正義に反するものと思料する。

第二点　原判決は刑の量定が著しく不当であり、著るしく正義に反するから、刑事訴訟法第四一一条第二号により破毀せらるべきである。

被告人は昭和三三年八月から三六年四月まで暴行、弁護士法違反、恐喝、恐喝未遂、有印私文書偽造、同行使の各罪を犯したものであるが、その内容を検討してみると成程暴行はしているが、その暴行の程度の軽微なこと、被害者にも被告人を挑発する様な言動があり、責むべき十分な不注意があつたこと等を考え合わせると刑事訴追をするに足りない程度の

ものである。又弁護士法違反、恐喝、恐喝未遂についてみると、この挙に出るにはそれ相当の理由があつたのである。

即ち、被告人は西井正一やその他の人々から依頼をうけた債権取立の為に各被害者と交渉したに過ぎず、偶々その際、被告人生来の正義感と生半可な知識からその言辞が乱暴にすぎただけであつて、別に報酬を貰う意思があつたわけでも又債権取立等を業とする悪質な取立屋でもなく、被告人の社会浄化という理想にもえすぎた結果の言動にすぎなかつたのである。更に有印私文書偽造同行使にしても、被告人は古川トメヲの言葉をそのまゝ信じ、井上が不正をやつていると思い込み、被告人のせつかちな正義感がそれを許し得ず、無分別のまゝこの挙に及んでしまつた結果なのである。

以上のことに加えて被告人は昭和二九年頃夫婦別れし、子供八人も次々と妻の元へ去つてしまい、一人とり残されたさびしさと別にする事もない状態になつてみると、あまりにも多い社会悪が目につき、新聞等を発行してその浄化に活動した結果の一行動として本件犯行も発生したにすぎないのである。併し、現在では被告人の生活環境も娘夫婦が同居することとなり、生計も安定し生活も暖かさを取りもどし、被告人も十分反省し改悛しており、二度とかゝる犯行をくり返すおそれはありません。更に被告人は六四才の老令になりますので今からの体刑は酷にすぎると思います。以上述べたところからして懲役六月を言い渡した第一審判決を支持した原審判決は、刑の量定が甚しく不当であり、これを破毀しないと著るしく正義に反するものと思料する。

昭和三八年(あ)第一八二二号

決　定

本籍・住居　奈良県宇陀郡御杖村大字桃俣一九一五番地
農　業
柚　山　彦　一
明治四二年三月二〇日生

右森林法違反、封印破棄、窃盗被告事件について昭和三八年五月一六日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

被告人柚山彦一の上告趣意一ないし三は、違憲（二九条違反）および判例違反をいうが、その違反する判例を具体的に示していないばかりでなく、いずれもその実質は単なる法令違反および事実誤認の主張であり、同四は、量刑不当の主張であり、すべて上告適法の理由に当らない。

弁護人河和金作の上告趣意第一点について。

所論は、事実誤認を前提とする単なる法令違反の主張であり、上告適法の理由に当らない。なお、申請人の錯誤により、奈良県宇陀郡御杖村大字桃俣字西杉第千百四十番地の一山林十一町歩を、同所第千四百十番地山林十一町歩と誤記して申請

昭和三九年八月二八日決定　昭和三八年(あ)第一八二二号

した仮処分決定にもとづいて、右千百四十番地の一山林十一町歩についてなされた差押の標示は、その取消がなされるまでは、刑法九六条の差押の標示というを妨げないものと解するのが相当である。

同第二点について。

所論は、単なる法令違反および事実誤認の主張であり、上告適法の理由に当らない。なお、森林窃盗の犯人が伐採して森林内に放置していた伐採木を、仮処分決定の執行により執行吏が占有した後、右犯人がこれを森林外に持出して自己の占有に移した場合には、森林窃盗のほか刑法二三五条の窃盗罪が成立するものと解するのが相当である。

同第三点について。

所論は、量刑不当の主張であり、上告適法の理由に当らない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四一四条、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。

昭和三九年八月二八日

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

被告人の上告趣意

原判決を破棄し、原審に差し戻して第一審裁判所に於ける再審を求めます。

被告人　柚山彦一

上告の理由

一、原審判決は前提から誤告偽証に基く事実誤認により成立した罪であつて原判決の効力は将来に向つて町村の公権による私権侵奪の正当化に作用する恐れあり。明らかに被告人等の財産権の公権による実質的剝奪を是認する判決であるから憲法第二十九条の違憲判決たるを免れず。原判決破棄、原審差し戻し、の判決を賜り再審により救済されたい。

二、本件は本質が共有権利者相互間の紛争であつて実質上は親族相盗に相当する内容の事件であるが争議を有利にするための戦術的な誣告や偽証が争議当事者の力関係に応じて作用して検察側の誤認を生ぜしめ本件起訴となつたもので本件起訴は民事事件への刑事の不当介入である。

1　被告人は往古よりの（紀元前元年）桃俣住民の末孫として桃俣に生れ居住しその実積に基き大字桃俣共有地山林約千五百町歩の原始共有継承者となつたもので被告人は森林法第二条第三項の森林所有者たる権利主体の地位を有するものである。

明治九年十一月太政官発布地租改正山林原野官民所有区分処分法の摘用を経て権利地域を桃俣共有地と登録して法律上の地位は法により私権たる共有入会権として保護されて居る。

2　明治二十三年の町村制による御杖村が財産区（旧）を設置してから本件係争山林を含む桃俣共有地山林約千五百町歩に対する私権たる入会権と御杖村長の公権たる行政管理権との一体制は失われるにいたつたのである。

旧内務省の意向も作用して歴代の御杖村長は村財政の財源を財産区財産に求め財産区（旧）議員に入会権に属する共有山林を処分せしめその取得金を村財政へ寄附せしめ村財政の主たる財源に充当して現在に及んで居る。

ために被告人等の入会権は村長の行政権に侵奪される結果となつた。

これに対して被告の先代等四十六名は明治四十四年奈良地方裁判所(ワ)第一一三号入会権確認請求事件を提起して御杖村長を相手取り入会権の確認を求め入会権は確認された。（判決確定）

もつとも桃俣住民全員が入会権護持を斗つた訳ではなく私権たる入会権を公権たる行政権に寄附（入会権放棄）して一体化を回復せしめんとはかる一派も又強く、桃俣住民は全部入会権者であり乍ら入会権護持派と放棄派に分列して互にするどく対立したまゝ現在にいたつて居るのである。被告人等はあくまでも寄附（入会権放棄）を拒否して、明治九年に摘法に取得した住民の原始共有を護持する立場をすてず現在に及んで居る。

3　かかる両派の紛争は同一権利者相互間の内争であつて親族相盗に例へるべき内容のもので刑事介入の問題ではない。

住民（権利者）各個は約千五百町歩の共有山林に互に立入り、力相応に占拠して開墾するあり、植林するあり、利害衝突の場では植林しても刈りとばされたり、焼き払われたり、力づくでお互に占拠を争つて居るのが内部の実情である。

被告人はかかるモデルケースを摘出して大がかりに親族相盗の様相を実演したにすぎず。

かかる事件への刑事の介入は失当である。

三、本件は被害を自称する嶋岡冨貴子、小西満利、御杖村長の三者の各告訴事件であるが告訴の内容は各告訴人の権利物件を被告人に盗伐されたから刑務所へ入れてくれと云うのである。そして被害を受けた場所はいづれも大字桃俣共有地（入会権の土地）山林の一部分である。そして立木登記は一本も存在しない。然るに起訴の資料となつた榛原警察の調書は告

訴人の権利物件と断定し、被告人は何等権利なきものとして調書を作り前提を誤つて居る。

山林樹木の如き不動産に対する権利については公信力ある証明資料なしに告訴人の言のみを信じて権利者なりと独断したのは誤りである。被告人は誣告の存在を指摘するものである。

被告人は共有山林の入会権者であるがその権利地域のうち本件関係の土地は保存登記なき野山で分筆もされて居ないのに何者かによつて一部分づつが次から次へと売買されて居る現実を入会権者として黙視する事が出来なかつたからこそ地上天産の採取即ち入会権行使の伐採行為に出たのである。そして被害を称する者との間には民事係争により権利関係を明瞭にしたのである。したがつて大阪高等裁判所の二審に於ては検察側に対して各告訴人が被告人に対抗し得る（入会権を排除し得る）入会地に対する権利者である事の立証を求めたのであるが有力なる証明資料の提出を見る事が出来なかつた。又被告の有する入会権の内容については反対派（入会権放棄派）の力によりゆがめられたる証言が採用される恐れがあつたので桃俣共有地に対する入会権者の権利内容（一村共有）について鑑定を求めたが被告が申請した学識者の鑑定はなされず、又検察側から提出すべき各被告人の権利の立証もないまゝ結審されたもので最も重要な点についての審理は充分つくされないまゝ二審判決がなされたのである。

被告人は二審で充分つくされなかつた権利自体の諸問題について民事事件が全部終結をみた現段階の時点において原審裁判所に於ける再審によつて起訴の前提となつた最も重要な点の誤り（権利の誤認）から受ける被告人の不利益の救済を求める。

1　嶋岡冨貴子の告訴に対する訳明

通称観音山と称する地域は桃俣第千百四十番地ノ一ノ一山林二百四十六町歩余の一部分で保存登記のない野山である。そして明治四十四年(ワ)第一一三号事件の判決確定の効果として被告人の入会権の行使すべき地域である。かかる

山林の行政管理権者たる村長も管理執行代理人たる区長も区会議員も被告人の入会権を失わしめるが如き植林地に変更する事は不法である。仮りに行政管理権者により地上権の設定がなされても入会権は村長設定の地上権に優先して法の保護を受けるべきである。然るに本件では十名の村人から「区から地上権の設定を受けて引き渡す事の条件で譲り受けた」桃俣第千四百十番地山林十一町歩と称する嶋岡が所有を主張する山林が存在すると云ふのである。そして嶋岡所有として、全域にわたつて権利を有する被告人の入会権を排せきして法律上の保護を受けると云ふのである。

保護されるべき被告人の入会権が保護されないのみかかへつて嶋岡富貴子の告訴を是認してかかる暗山林（ぬけ山）が法律の保護を受け被告人の合法行為が森林法違反の罪ありとの判決を受けたのである。

かかる誤りの原因の究明を再審に求めるものである。

最高裁判所に判断を求める要点は告訴状も警察調書も証拠書面も被害山林の表示が「桃俣第千四百十番地山林十一町歩」と表示されて居るのに奈良地方検察庁高嶋検事が第一審法廷で起訴状記載の大字桃俣千四百十番地を大字桃俣第千百四十番地に訂正した一点である。

封印破棄についても「千四百十番地山林十一町歩」の表示でなされた封印である。第一審裁判の公判廷で審理が進むにつれて嶋岡告訴の主張山林が公簿上のどこにも存在しない事が判明して来たので嶋岡の権利地域である事の何等の証拠も主張もない「桃俣第千百四十番地山林」と起訴状の被害地の地番表示を訂正したのである。したがつて入会地である第千百四十番地ノ一ノ一が即ち告訴人嶋岡の所有物件であるかの如くにすり替えられ誤られたまゝ審理されて居るのである。

この点の疑点は嶋岡と被告人との間に権利確認の民事訴訟の記録につくされて居り判決前に原告たる嶋岡は権利確認の見込みなきを悟り、自ら訴訟を取下げたので被告人も同意して係争の山林は入会権に返還されて解決して居り、その

訴訟記録は奈良地方裁判所宇陀支部昭和三十年(ワ)第九号所有権確認事件（原告嶋岡富貴子、被告杣山虎吉）として存在するから原審裁判所の再審に於て記録を取寄せ再審理される事を求める。

2　小西満利告訴事件について訳明、被告人は桃俣第千百四十番地ノ一ノ一共有地の一部に存在した共同植栽林の伐採残木を入会権に基き伐採したところ小西満利所有の第千百四十番地ノ一ノ十三、山林二反歩の地上立木を盗伐したと云ふのである。

被告人は伐採した山林は第千百四十番地ノ一ノ一二百四十六町歩余の共有地ノ一部共同植栽林区域の立木であると主張し告訴人小西は登記のある小西満利所有権の第千百四十番地ノ一ノ十三、二反歩山林であると云ふのである。第一審法廷に検察側から提示された証拠書類は小西提出の登記謄本と同山林の前主から小西力松が買受けたときの売渡証書（図面一葉付）であつたが第二審に於て被告人は前記売渡証書に添附されて居る図面は登記謄本の地番の土地の図面ではなく共有地の図面であつて表示も又登記の地番とはことなる表示のものである事を指摘して小西の前主が共有地山林を横領占拠した事実を証明する反証に援用して被告人の利益にせんとしたところ証拠品目録に記載があるのに検察側に原本なく何人かにより紛失せしめられて居り検察側もあつた事を認め乍ら提出せず、最も重要なポイントをはずして審理にふれないまゝ結審してしまつたのである。

ついては同一証拠書類が奈良地方裁判所宇陀支部昭和三十二年(ハ)第三号損害賠償請求事件（原告杣山虎吉、被告小西満利）小西側提出証拠乙第四号証ノ一ノ一～二に使用されて居るから原審裁判所における再審に図面附き売渡証を取寄せ充分の審理される事を求める。本件警察調書に偽証部分ある事を指摘するものである。

尚本件民事関係は中裁人ありて和解して円満解決済みである。

区有財産管理者御杖村長田中一一の告訴事件については入会権の内容についての最も重要な問題を含む基本的争点に

ついて審理を求めたい。被告人の全行為が入会権の権利行使か或は罪となるべき行為かの判断を最高裁判所に求めるものである。

被告人が入会権侵害排除の実力行使の争議を起したのは入会地が次から次へと何者かに占拠され、植林地に変更されて入会地の暗売買が一般化し、その買受人の実力により入会権の行使の余地なきまでに入会権は排せきせられ、さらに入会権消滅を行政管理権者御杖村村長が宣言して暗買入会地に地上権を設定せんとするにいたつては入会権護持派の被告人は実力行使（入会権行使）により侵害情況を現場に即して摘出して暗売買の径路を明瞭にして合理的整理を進める外ないのである。そして入会権が消滅して居ない事の証明は実力行使が合法として法によつて保護される事実をもつてする外に方法がないのである。入会権確認はすでに明治四四年(ワ)第一一三号事件で確定判決を得て居るからその法律効果に求めるのが当然である、本件はすべてそのモデルケースである。天産物採取の入会権即ち木を伐り、石を堀り、土を取る等の権利の行使である。

告訴人村長は被告人の合意なくして（被告人は先代以来一貫して明治九年の原始取得の共有地を護持して行政村への寄附を拒否）行政権に基き入会権の立木を行政村の区会議員の決議のみで処分して村財政に奪うのは公権をもつて私権を奪うものである。さらに問題となる点は被告人が抗議して権利行使にうつたえるや村長は行政権力をもつて自警団の動員、村八分の強行、警察権の介入をなさしめ、はては本件告訴となつたのである。かかる本件告訴は誣告である事を指摘するものである。

然るに本件一審、二審とも係争山林の権利主体を行政団体なりとの見解に立ち前記入会権確認の確定判決の法律効果を誤り被告人を有罪として森林窃盗の罪の成立を肯定したのは被告人が大字桃俣共有地約千五百町歩山林の原始共有の承継人であつて、入会権者として森林法第二条第三項の森林所有者に該当する権利主体の地位を有する者である事実を

誤るものである。

もつとも入会権についての学説は公権論、私権論が並び行われて居り見解に異論あるは当然であり、又財産区（旧）の地位についても異論の存するところであるが従来の大審院や最高裁判所の見解は財産区（旧）には独立した行政団体としての法人格有る事を認めて居ない。謂所部落共同体であり（町村制も地方自治法も人格ある行政団体の末端単位は町村である）村長は単なる名儀上の管理者にすぎず区有財産と呼称する桃俣共有地の如きは部落有財産で公権に属せざる部落住民の共有財産とされて居り入会権そのものとされて居る。幾多の判例も又入会権は私権であるとの立場をとつて居る。

一審も二審も入会権の主体を公権と認めてなされた判決は判例違反をまぬがれず二審では学識者の鑑定もいれられなかつたので最高裁判所の権位ある判断を求めるものである。

四、陳　情

私は虎吉の長男でありますが父虎吉は先代源治郎のあとをついで明治末期の訴訟以来入会権護持につとめ入会権放棄派との終生を争議にかけて参りました。私は昭和三十年六月から虎吉の要請もだしがたく父の代理人となつて入会権護持の争議を指揮して参りました。本件はその初頭の事件であります。実力行使に入るまでに私は当時の村長田中一一、区長竹林彌八郎と交渉を重ねたのでありますが決列して争議となつたのであります。入会権は出損入得である事は争議当事者のよく知つて居る事でそのため争議戦術として村長側は杣山一家に対して村八分、自警団の実力による圧力、警察権による圧力等を加え村外へ追放して問題を終結しようとしましたが私も強く抵抗を示しましたので告訴合戦となりまして結局私の告訴がいれられず村長側の告訴が容れられて事件となつたのであります。したがつて元々が争議途上における戦術的告訴でありまして告訴の内容にも証拠資料にも調書の証言にも入会権放棄派の圧力により片よつたものたらざるを得ず。裁

判に入つてからもその証言には圧力による偽証も相当あるのも止むを得なかつたのであります。私も左様な実状に反ばつして次から次へとあらゆるモデルケースを順次実力行使でたたいたいたため告訴告訴と続いて本件以后も事件が累積して私は逮捕され保釈も許されない有様で満五年にわたる間未決監に収容されて居りましたが争議は尚父虎吉により続行されて居りましてその間に本件裁判も進行いたしました。そのため提出すべき資料も整理出来ない面もあり又入会権放棄派の保存する多くの資料は故意に姿を消して提出されないまゝ第二審が結審されました。私は昨年六月八ヶ月の実刑をつとめて帰村いたしましたが父が私の刑務所在監中に死亡いたしましてからは私も争議を終決いたす事に決意いたして居りまして、帰村后は村当局とも数次に亘る交渉を重ね現在は本件は申すに及ばず累積された事件の争議当事者間の調整も全部終り、全部和解成立して円満解決をみた次第です。そして今后は入会権護持派を代表する私と財産区の議員及管理委員の三者が相協力して農山村の近代化に即応した入会権の近代化をはかり従来乱れ切つて居た入会地支配をこの際合理的に整理して桃俣住民の福祉をはかる事に関係者の意見が一致して茲に数十年に亘る入会権争議は全面的に円満解結をみまして本年四月の村長選挙に桃俣大字住民の支持を得て私も立候補した様な次第でした。落選はしましたが次期に期待される村内の人格者仲間に私も入れていただいて円満解決后の残務整理を進めて居る様な情況であります。

本件裁判に関してもかつての争議の相手方を含む有志諸君は私のために追つて陳情書を提出してくれる事と存じますが左様な現段階の四囲の情況御勘案下され最高裁判所の温情ある御裁きにより争議両当事者の力関係によるゆがみが及ぼした一審、二審裁判への悪影響から公正に救済される様高い次元からの御配慮の程を懇願申上げます。

以　上

弁護人河和金作の上告趣意

原判決は、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、また判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、仮りに然らずとするも刑の量定著しく不当であつて、これを破棄しなければ著しく正義に反すると思料する。

第一点　原判決は、控訴弁護人小野正一、同地辺甚一郎の控訴趣意中

一、第一審判決第一の一及び三の事実に対する事実誤認の主張に対し、

「嶋岡憲治の検察官に対する供述調書……によれば……亀山作次は……昭和二十二年五月十二日……右地上権を立木と共に代金五〇、〇〇〇円で嶋岡富美子に譲渡し（たことが）……認められ……。……小西満利の検察官に対する供述調書……によれば、……ころ）……被告人が……右山林内において杉檜立木約百石を伐採したことが認められる。」として、右の主張を認めなかつた。

しかし、右嶋岡富美子所有であるとする該山林地（桃俣一、一四〇番地の一の一、通称嶋岡山）が桃俣区の共有林であり、相被告人であつた亡柚山虎吉らがそこに地役の性質を有する入会権を有していた事は、奈良地方裁判所民事部判決（大正二年六月二十七日言渡）により確認された。

入会権は登記なくして第三者に対抗し得る権利（註一）にして、その地盤所有者の変更に拘らず存続する権利（註二）であるとすること判例の見解である。

註一　大正六年(オ)第八八六号、同年十一月二十八日大審院民事三部判決、大審院民録二三輯二、〇一八頁

註二　昭和十五年(オ)第七五九号、同十六年一月十八日大審院民事四部判決。新聞四、六六三号一一頁

また、右小西満利所有地であるとする同一、一四〇番地の一の一三（通称小西山）所在の山林については、その所有関係は不明確であり、接続する共有地との境界線がはつきりしないために右山林地をも共有地であると誤信することもまた止むを得ない状況にある。

入会権の内容については、入会権は慣習上の権利であつてその地方的慣習に従つて決しなければならないのである。しかるとき、原審における証人井手甚治郎（原審第十二回公判における証人調書、九四六丁）、同仲山新五郎（同第二十回公判における証人調書、一一五七丁）の証言によれば「従前には約十軒ぐらい、家を建てる為に共有林の立木を伐採した事があつた」旨の証言があり、また亡柚山虎吉並びに被告人の検察官に対する供述によれば、「立木は家を建てる為に伐採した」ことを認め得るのである。

以上を綜合すれば、少くとも当該地方の慣習として、「立木を伐採して家を建てること」が認められていた事は、明白な事実である。時代の進展と共に、かくの如き「古き慣習」が「新しい慣習」によつて、とつて換えられんとしているその変動期にある今日において、しかも尚ほ「新しき慣習」と言つても未だその内容は明確に確定していないのであるから、被告人がその入会権を守るべくして行われた本件行為は、刑罰権を以て制圧せらるべき性質のものではないと信ずる。

かくして被告人は、入会権者であつた父親亡柚山虎吉と共に、虎吉のために、その入会権行使の手助けをしたに過ぎないのである。

即ち、判示第一の一の通称嶋岡山に対する被告人の伐採行為は、将に入会地における入会権者としての当然の権利行使として為されたものであり、判示第一の三の通称小西山に対する被告人の伐採行為は、右小西山が入会地である嶋岡

山、学校林等に接近しているところから、右小西山をも入会地の一部であると信じて伐採が為されたものである。前者においては正当な権利行使として違法性を欠き、後者においては「他人の物（立木）を窃取（伐採）する」という認識、即ち事実についての認識を欠き、いずれも犯罪を構成せずと解すべきである。

二、第一審判決第一の二(1)及び(2)の事実に対する事実誤認の主張に対し、

「……仮処分決定並びにその執行において地番を記載するのはその目的物を特定する為の唯一無二の方法であるとは言えない。……右仮処分決定並びにその執行は地番の誤記に拘らず正しい地番が記載してある場合と同じく有効……」

として、右の主張を認めなかつた。

しかし、仮処分命令において当事者及び目的物の表示は、当該の仮処分を特定する為の重要な要素である。その記載が唯一無二の方法でないにしても、後日の更正決定あるを見越してその執行を正当視するが如き判示は是認しがたい。しかしてその誤記は、今日に至るも未だ訂正されていないのであるから、本件に関連して行われた右の仮処分を桃俣一四〇番地の一の一に対する仮処分として有効であると看做す事は出来ない。

封印破棄罪が成立する為には差押の表示（本件の場合は仮処分）が有効でなければならないとすることは確立せる判例の見解である。

しかるとき、無効なる仮処分決定に基いて行われたその執行を破棄したとする本件行為は、封印破棄罪としての構成要件を具備していない行為であつて、何ら犯罪を構成するものではないと信ずる。

被告人の本件行為が封印破棄罪を構成しない以上は、被告人が積載せる木材を県道まで搬出した行為は、前記一に述べたる如く、入会権者としての当然の権利行使として是認されるものである。

以上、原判決の前記認定は、いずれも判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認の誤りがあり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると思料する。

第二点　仮りに右の主張が認められないとするも、原判決は、判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、これを破棄しなければ著しく正義に反すると信ずる。すなわち

一、原判決がそのまゝ認容した第一審判決は、

(一)　被告人は、昭和三十年六月二十三日、桃俣一、一四〇番地の一の一の山林内において嶋岡富美子所有の杉檜立木約七十石を伐採し、同年七月十日頃及び八月三日頃の二回にわたり右伐採せる立木を人夫片岡由松らをして県道まで搬出させたことが明らかである。しかして、右判決における適条には、右三個の行為について、ともに刑法第二三五条を適用するのみである。

立木窃盗における既遂時期につき、伐採行為の終了と同時に窃盗既遂罪が成立し、その他に搬出、製材等の行為を伴うことを要しないとすること、判例である（註三）

註三　大正十二年二月二十八日、大審院刑事第三部判決、大審院刑集二巻一四七頁

(二)　(1)　……執行吏寺口正平が差押占有中の杉檜伐採木約七十石の中、同年七月十日頃約五十七石を県道まで搬出せしめ、

(2)　同年八月三日頃、右執行吏の占有保管に係る杉檜伐採木約十三石を県道まで搬出せしめ、

以つて、それぞれ差押物件を窃取した。

と認定するのであるが、第一審判決挙示の証拠によれば被告人は、昭和三十年六月二十三日に桃俣一、一四〇番地の一の一の山林内において杉檜立木約七十石を伐採し、同年七月十日頃及び八月三日頃の二回にわたり右伐採せる立木を人夫片岡由松らをして県道まで搬出させたことが明らかである。しかして、右判決における適条には、右三個の行為について、ともに刑法第二三五条を適用するのみである。

立木窃盗における既遂時期につき、伐採行為の終了と同時に窃盗既遂罪が成立し、その他に搬出、製材等の行為を伴うことを要しないとすること、判例である（註三）

註三　大正十二年二月二十八日、大審院刑事第三部判決、大審院刑集二巻一四七頁

とすれば、右(一)の点において既に窃盗既遂罪が成立しているとみるべきであるから、爾後の(二)(1)及び(2)の行為は、窃盗罪における不可罰的事後行為として刑法的評価の対称から除外されるべきものである。

二、仮りに、本件仮処分が有効であると解した場合に、右(二)(1)及び(2)を(一)とは別個の窃盗罪として構成せんとするならば、本件物件が差押物件である事を適条を示してその旨の摘示を為すべきである。

本来ならば不可罰的事後行為として是認されるべき行為について、差押という国家行為が介入するが如くに別個に犯罪を構成すると解するのであるから、右は構成要件的客体を特定する意味において重大なる機能を営むものでありこの点についての適条の表示は重大な法令の違反であると思料する。

三、しかるに、前述の如く、桃俣一四一〇番地の一として為された本件仮処分は、本件物件についての仮処分としては無効であると解せざるを得ないのであるから、本件物件が差押物件であると言うことは出来ない。結局、県道まで伐採木を搬出せしめた被告人の行為は、いずれにしても別個に窃盗罪を構成すると解することは出来ないのである。

以上は、いずれも判決に影響を及ぼすべき重大なる法令の違反であつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると信ずる。

第三点　仮りに然らずとするも、原判決は控訴弁護人小野正一の量刑不当の主張に対し、

「仙山虎吉は老年であるからその執行を猶予したのは理由があり……被告人については相当……。」

として、右の主張を認めなかつた。

しかし、被告人は入会権者であつた父親亡仙山虎吉と共に虎吉のために入会権行使の手伝いをしたに過ぎざることは、前述の通りである。しかるとき、第一審判決は、主謀者であつた仙山虎吉につき、その刑の執行を猶予して、被告人についてのみ、実刑の言渡を為すが如きは、本件事実の実体を見誤つたものと言わなければならない。被告人としては、本件

行為は、入会権に基く正当な権利の行使として為したのであり、然らずとするも、入会権を擁護するための手段として止むなくとつた措置であつたのであるから、その心情にかんがみ同情すべき点がある。以上の諸点よりすれば、被告人についても、またその刑の執行を猶予するのが、正義の観念にてらして相当である。実刑（懲役一年）を科する原判決は、甚だその刑過重であつて、これを破棄しなければ著しく正義に反すると思料する。

以　上

昭和三八年(あ)第二〇七八号

判　決

本　籍　東京都中央区日本橋中州七番地
住　居　同都渋谷区代々木五丁目四五番地
会社役員
志　賀　三　郎
大正一四年九月一八日生

右脏物寄蔵、傷害、銃砲刀剣類等所持取締令違反、火薬類取締法違反被告事件について昭和三八年六月二五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

弁護人西山義次の上告趣意第一について。

所論は単なる訴訟法違反、事実誤認ないしこれを前提とする単なる法令違反の主張であつて、（なお被告人の検察官に対する所論供述調書が任意性を欠くと認むべき資料は存しない）適法な上告理由に当らない。

同第二について

所論は量刑不当の主張であつて適法な上告理由に当らない。

弁護人正木亮、同石川芳雄の上告趣意第一点について。

昭和三九年八月二八日判決　昭和三八年(あ)第二〇七八号

所論は違憲をいうけれども、憲法三七条二項は、裁判所は被告人又は弁護人から申請した証人は、不必要と思われる者まで悉く訊問しなければならないという趣旨ではないこと当裁判所の判例（昭和二三年(れ)第二三〇号、同年七月二九日大法廷判決、集二巻九号一〇四五頁、昭和二二年(れ)第二五三号、同二三年七月一四日大法廷判決、集二巻八号八五六頁）とするところであるから、所論は理由がない。

同第二点について

所論は単なる訴訟法違反、事実誤認の主張であつて、（なお金野太郎、長谷益雄及び被告人の検察官に対する所論各供述調書が任意性を欠くと認むべき資料は存しない）適法な上告理由に当らない。

同第三点について

所論は量刑不当の主張であつて適法な上告理由に当らない。

弁護人大竹武七郎の上告趣意第一について

所論は要するに、原判決は、令状なくして違憲違法の押収手続により押収された物件を証拠として、その支持する第一審判決判示第三の事実を有罪と認定しているから、原判決は憲法三五条に違反する旨主張する。しかしかかる論旨は、原審で主張も判断もなかつた訴訟手続に関する主張であるから適法な上告理由に当らない。（昭和三五年(あ)第一七二一号、同三六年七月一九日大法廷決定、集一五巻七号一一九四頁参照）。

同第二について

所論のうちには憲法三七条二項違反をいう点があるけれども、その理由のないことは弁護人正木亮、同石川芳雄の上告趣意第一点に対する判断として示したところであり、その余の論旨は単なる訴訟法違反、事実誤認の主張であつて、（なお所論検察官に対する各供述調書の任意性については同上弁護人等の上告趣意第二点に対する判断参照）適法な上告理由に当らない。（所論引用の各判例は事案を異にする本件には適切を欠く）。

同第三について

所論は審理不尽、事実誤認の主張であつて適法な上告理由に当らない。

弁護人本村善太郎の上告趣意書は、期限後提出にかかるものであるから、これについては判断を加えない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三九年八月二八日

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　草鹿浅之助

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第二〇七八号

被告人志賀三郎

弁護人西山義次の上告趣意

第一、原判決は重大なる事実誤認があつて、これを破棄しなければ著しく正義に反する。

賍物寄蔵

一、賍物罪成否に関する問題

賍物罪の客体は賍物である。謂うまでもなく賍物とは或る人が権利なくして現に領得せる他人所有の財物である。しかしながら賍物罪の法益から考慮すれば他人がその財物に対し物権的請求権を失つた物は賍物とは謂い難い。従而詐欺による被害者の意思表示が民法上取消し得べき意思表示にしても未だ取消されない間はその法律行為の効力として権利は犯人に移転するが故に之に対する領得は前犯（本犯）の被害者を害する行為と見ることは出来ない。即ち賍物罪は財物罪であるから前犯の被害者がその犯人に対し単に債権的請求権を有するに過ぎないときは賍物罪は成立しないものと解すべきである。更に賍物罪が成立するためには前犯の行為が完成せることを必要とすることは論のないところである。従つて前犯の行為が未遂に在るときは賍物罪に関する各種の行為が為されても前犯の共犯が成立することは別として賍物罪は成立せぬものと解すべきである。以上の見地から本件を案ずると、

イ　本件の扶桑食品株式会社振出、扶桑相互銀行引受の額面総額五千万円の為替手形は長谷益雄、金野太郎等が右会社々長より割引方の依頼を受けて領得したものである。仮令該手形を割引名義の下に手交せしむるに際し種々詐術を用いたとしても約定の日時迄に割引を完了するか又は割引いて得べき相当額の金員を相手方に手交すれば詐欺罪の成立は困難であり、詐欺罪と認定されるも少なくとも右の期間中は未遂である。従つて詐欺本犯の行為が完成せぬ以上

前記理由によつて賍物罪は成立しない。

ロ　金野太郎等が恩田八郎を介して該手形を被告人に手交した際は右前犯である詐欺罪は完成してゐない以上前犯の被害者から取消し得べき意思表示として取消方の申入もなされてゐないので本件の賍物罪は成立しないものと思料する。

ハ　尚、長谷益雄に対する本件詐欺事件は審理中にして、第一審の判決前であることも留意さるべきである。

二、賍物性の認識について

賍物罪は故意犯であり、当然賍物性の認識を必要とする。被告人は当公廷において極めて明瞭に右賍物性の認識のなかつたことを強調してゐる。検察官に対する供述は当初之を否認し、後日之を認めてゐるものであるが、昭和三十三年三月二十六日（逮捕後八日目）検事大槻一雄に対する供述調書で賍物性の認識ありながら、本件為替手形を預つた旨供述記載があるが、その供述自体うがち過ぎた点があり、はたして被告人の任意の供述が疑はしく、該調書は特信性の乏しいものと思料されるので、此の点について考察するに、該供述で被告人は、

イ　金野の使の運転手から前述の五千万円の為手を預る時、その手形は恐らく長谷の方でバクつて来たものだらうと十分察しがつきました。

ロ　しかしバクリ屋として腕のよい長谷のことだから、恐らくそれをバクつた後で何がしかのお金を先方に渡し、あとは別の手形なり不動産なりを入れるというようなことで、強引に先方と話をつけて、あとで兎や角問題の起らないようにして持つて来たものだらうと思いましたので、それなら別に差支えはなからうと思つて、恐らくバクつた手形であらうという事を承知の上でそれを預つたのであります。

と述べてゐる。しかしながら

イについては当時長谷は勾留中であり、為替手形を持参したのは長谷方運転手で長谷の番頭金野の使として持参したものである。長谷の手で入手したかどうか判然とせぬものを、長谷の方でバクつたと十分察しがついたと云うのは経験則に反する。勿論長谷が協成汽船から割引名下に手形の交付を受けたことは被告人は十分承知してゐるが、被告人及び証人高橋信義の原審公廷における供述によれば、被告人は長谷を協成汽船の手形の件で高橋に紹介されたのが初対面であり、中国電力の火力発電所払下げ等に活躍してゐると紹介され、相当巨額の手形の割引に自信をもつてゐることは推察しては居たが、それが全部所謂バクルものとは思つてゐなかつたものである。

ロについては、余りにもうがちすぎた供述記載であつて、手形操作を業としない被告人として供述し得る限度を越えた供述であると云うべきである。

右の供述調書以前の同三十三年三月五日及三月十四日の二回に亘り検事丸物彰は長谷益雄より次の趣旨の供述調書を作成してゐる。即ち、要約すれば「金野太郎及倉持某が長谷の指示通り扶桑食品株式会社から本件為替手形をバクつて被告人に手交し、内額面二千万円を同人から協成汽船に長谷からの返済分として手交したが、直接協成側に手交したのでは同社に賍物罪の嫌疑がかゝる虞れがあるので、長谷の弁護人の手で協成より一応返却を受け、同弁護人が保管してゐる旨同弁護人が勾留中の長谷に話した。弁護人が該手形を一時預ると云うことは被告人並びに高橋信義及協成汽船側など、いづれもこの手形が長谷等のバクつたものであることをはつきり知つてゐるわけです」と云うにある。

はたして然りとすれば被告人志賀のみならず協成汽船側、高橋及右弁護人の就れもが賍物罪及証拠湮滅の罪責に問はれること当然である。長谷は原審公廷に於て証人として右の供述を強く否定してゐるところであるが、よしんば迎合的に検察官に右のような供述をした事実ありとするも、当時連日のように丸物、大槻両検察官及桜岡検察事務官と面接してゐた弁護人に対し右の事実につき一言の問合せもせず、釈明を求められた事実もない。而も危険を慮かつて弁護人に

該手形を預けたと云う協成汽船側及被告人或は高橋信義等に右事実について捜査した形跡は一件記録上認め難いところである。もし被告人に対し本件為替手形に関する所為を賍物寄蔵罪として責任を問うならば、何が故に前記関係人に対し夫々賍物罪又は証拠湮滅の罪として捜査されないのか誠に理解に苦しむところである。要之詐疑の手口については指折の手腕をもつ長谷の検察官に対する迎合的供述を検察官において希貨措くべしとしての供述調書であるか、又は長谷をして強制的に供述せしめたかであり、案ずるに、検察官に於て被告人志賀の賍物性の認識について確信がないため、右の長谷益雄に対する両供述調書を手中にして昭和三十三年三月二十六日の被告人の供述を強制したものに推測しても決して邪推ではないと確く信ずるものである。かゝる状況下における右被告人の供述調書はその特信性誠に乏しいものと断言してはゞからぬものである。

はたして然らば被告人が原審公判において強調する如く、本件為替手形の賍物性について被告人は認識なかつたものと判断せざるを得ないのであつて、此の点よりするも本件賍物寄蔵罪は犯罪の証明なきものと謂うべきである。仮りに右賍物性について被告人の認識しなかつたことが所謂違法の認識を欠いてゐたに過ぎないとするも、右は法律の錯誤（禁止の錯誤）にあたるものであつて、判例はこれを故意の要件としない原則的立場をとつてゐることは勿論疑の余地もないが、法律の錯誤について相当の理由のあるときは、故意は阻却されるとして違法の認識ないしその認識の可能性を故意の要件とする見解に立つ判例も若干見受けられるばかりでなく、さらに違法の認識ないし認識の可能性を責任の要素と解する最近の見解に立脚するとき、さらに刑事責任の社会倫理的および道義的意義について省察するときは違法の認識の可能性のない不可避な法律の錯誤の場合にまで法律上の責任非難を加えることは正当でないと謂ふべく、かゝる場合刑事責任を免れ得るものと断ぜざるを得ない。被告人の右法律の錯誤は正にこれに該ると云うべきである。

右の諸点において原判決は事実の誤認ありと謂うべきである。

第二、原判決は刑の量定不当であつてこれを破棄しなければ著しく正義に反する。

被告人は旧制東京高等師範体育科出身の明朗なスポーツマンである。終戦直後の雑然たる世相の中にいつしか関根組の相談役である久野益義の庇護を受けるようになり、現在結社松葉会の幹部であつたが、第二審中同会を脱会し、その旨裁判所にも書面にて提出したとおりである。しかしながら同会に所属して居た時も暴力的要素の多い同会において、温厚な最良のインテリである。

このことは去る三十六年八月十一日国粋会、義人党及松葉会で主催したソ聯のミコヤン来日反対デモに際しその幹部会にも出席せず、デモには勿論参加してゐないことで立証することが出来る次第で、尚三十五年四月の松葉会々員による毎日新聞本社襲撃事件にも関係してゐなかつたことでも明らかである。松葉会幹部と毎日新聞本社との日比谷松本楼における交渉には参加してゐるがその重厚な態度は同新聞社の交渉にあたつた人達の賞讃するところであつた。平素の生活態度も所謂ヤクザの連中と趣を異にし、酒にたしなまず、賭事は絶対に行はない。ひたすら興業専門に生活の途を求めてゐて、過去において「岸総理を囲む青年の夕」とか山本富士子等を中心とする所謂すがおグループの主催者として、すがお祭を興業する等、興業には相当な実績を持つ者である。本件手形の問題は右久野益義の長年の知人山崎多三郎より、その遠縁の者が協成汽船に関係あることにより依頼を受け、已もなく乗り出したものであることは一件記録の示すとおりである。騙取された手形を回収することを業とする所謂サルベージ屋では絶対ないことを強調したい。

家庭は華道師範として優に家計を樹て得る収入をもつ妻と三人の子の親として、むつまじき生活を送り、三男の身で七十七才の老母を郷里福岡県より引き取つて孝養をつくす等、人間味のある日常である。特に強調したいのは長年のヤクザ社会の生活に不拘、傷害の罰金刑一回の前歴以外何等の前科のないこと、特に本件以後五年間の間何等の事故をおこしてゐないことである。当然と云えば当然のことであるが、此の種社会にあつては先づ稀有の事例であると思料する。

以上のような情状にある案件である。その健康状態も三十三年保釈直後手術した胃かいようの事後の病状も香しくなく、再手術の必要さえ考慮されてゐる状況である。

此の被告人に対し懲役二年の実刑を科した原判決はその量定不当なりと断ぜざるを得ない。

以上の諸点により原判決は到底破棄を免れないと信ずる。

以　上

昭和三八年(あ)第二〇七八号

被告人志賀三郎

弁護人正木亮、同石川芳雄の上告趣意

第一点　原判決は、第一審裁判所が被告人を懲役二年及び罰金五万円に処する等の旨の判決をしたのを是認し、本件控訴を棄却する旨の判決をしたところ、この判決は、憲法第三十七条第二項に違反したものであつて、刑事訴訟法第四百五条および第四百十条第一項本文に基き、破棄されなければならないものであると信ずる。

原審公判調書によれば、本件控訴審公判期日において、弁護人は、罪となるべき事実に関する証人として、証人倉持忠、同丸物彰の取調および第一審公判期日における証人長谷益雄の再喚問を申請したところ、原審控訴裁判所は、これら証人に関する決定を留保したまゝ、別に弁護人の申請にかかる情状証人川崎千春のみを取調べ、然る後、右犯罪事実に直接関係ある証人倉持忠らについては、爾余の申請証人とともに、すべてこれを却下して審理を終結し、本件控訴を棄却する旨の判決を言い渡したことが、明らかである。原審において、被告人および弁護人が争つたのは、主として、第一審判決の事実認定中、同判示第一の贓物寄蔵における被告人の知情の点であり、この点については、すでに本件控訴趣意において及ばずながら委曲を尽くして縷々陳述したうち、本件贓物とされている判示扶桑食品株式会社振出、扶桑相互銀行引受の額面二千万円の為替手形一通および額面各一千五百万円の為替手形二通につき、その入手経路および被告人に交付されるにいたつた事情ならびに被告人の長谷益雄らとの交渉経緯に関し控訴審において喚問の上取り調べる必要あることを説きさらに、右控訴公判期日において、前記倉持忠につき証人申請をしたのであり、併せて、被告人の知情の点について第一審の証拠とされている各供述調書記載の供述の任意性につき重大なる疑問を挟むに足りるものありとして、本件捜査担当の検察官たる前記丸物彰の喚問をも申請したのである。然るに、原審は、事実の取調を行いながら、結局、第一審判示

の認定事実については、一人の証人をも取り調べることなく、第一審判決摘示の書証を総合して被告人の右知情の認定に及んでいる。もとより、被告人弁護人は、第一審公判期日において、倉持忠の検察官に対する供述調書二通を証拠とすることに一応同意していることは、第一審第十二回公判調書中証拠認否の記載によつて明らかであるが、同公判期日における金野太郎証人および同期日から第十三回公判期日につづく長谷益雄証人の証言によつても、倉持忠に対する反対尋問の必要性が漸く濃厚なるにいたつているのである。一たび当該供述者の公判期日外供述を録取した書面に対し反対尋問権を放棄したとはいえ、その同意は、当該書面の記載内容に関するかぎりのものであつて、当該書面の供述者に対し全面的に証人審問権を放棄したものとはなし得ないことは、多言を要しない。ここにおいて、原審弁護人は、倉持忠に対する証人尋問により、被告人の判示知情の点に関し、有力なる反証の本件控訴審において顕出されるにいたるべきを被告人とともに期待したのであるにかかわらず、前記のごとく、原審は、罪となるべき事実関係の証拠調請求をすべて却下し、ついにこれに関する被告人の証人審問権は全うされることがなかつたのである。

最高裁判所の「屢次の判例」によれば、古く昭和二十三年六月二十三日および同年七月二十九日の各大法廷判決いらい、憲法第三十七条第二項の解釈として、裁判所は、被告人側の申請にかかる証人のすべてを取り調べなければならぬものでなく、したがつて、また、不必要と思われる証人までをも悉く尋問しなければならぬものでないとされている。然らば、証人申請の採否は、すべて、裁判所の自由裁量に委ねられ、裁判所が、その裁量を誤つて事実認定上欠くべからざる重要証人の喚問を斥けても、憲法第三十七条第二項に違反しないとすれば、憲法の基本的人権は、この点に関するかぎり、空文に帰するわけである。さるからに、最高裁判所判例も、証人の採否が裁判所の自由裁量に属するとしながらも、例えば、「実験則に反し」など明らかに不当な証人却下は許されない法意であると、極めて微妙な価値的留保を附言しているのである。本件につき、賊物の知情というがごとき心裡に属する事実の認定に関する証人は、いかに多くともすぎることはなく、合理的疑を超えて被告人の知情の点に関し立証が尽くされるためには、本件の場合のごとく限りある人証については、第一審において同意を経たか否かにかかわらず、不十分な供述調書を超えて、直接審理による証拠調が行われるべきは、けだし当然の事理である。少くとも証人倉持忠につき、本件控訴審において、被告人側に証人審問の機会を与えなかつた原判決は、憲法第三十七条第二項前段に反するものである。なお、附言すれば、最高裁判所の前記判例中、昭和二十三年六月二十三日の大法廷判決は、裁判所が証人申請を却下した場合に関し、これを憲法第三十七条第二項後段にいわゆる「刑事被告人は、公費で自己のために強制手続により証人を求める権利を有する」との規定の解釈をめぐる問題と解し、同年七月二十九日の大法廷判決は、この点につき同条前段または後段のいずれの問題としているのかが、必ずしも明らかでないが、少くとも、証人審問権自体に関しては、前者の判示するごとき憲法第三十七条第二項後段の解釈問題でなく、同項前段のそれであることは、同条の文理からも明白である。判例は、いずれも同項前段の「すべての証人」を、後段の「公費で自己のために強制手続により証人を求める権利」に基き喚問されたき具体的各証人をいうがごとく解釈しているのではないか、と思われる。果して然らば、本件倉持忠証人の取調請求を原審が却下したのは、同条同項後段に違反するか否かの問題であることになるのであるが、かくのごときは、同条の文理からしても顛倒したものである。「すべての証人」とは、取調申請にかかる証人が被告人たる「自己のため」であると否とを問わずまた、その喚問請求の採否にかかわらず、抽象的に、当事者のいずれの側の証人たるべきかに論なく、およそ証人適格と、証拠上事件の争点に関連性を有するがぎり、かりにその所在が分明すると否とにかかわらず、これに対す被告人の尋問権を保障する原則を明らかにし、その特定するに及んで、同項後段は、これをうけて、公費で、強制的に、証人として、これを「自己のために」喚問方を請求する権利を規定したものである。

第二点　原判決は、刑事訴訟法第四百十一条第三号にいわゆる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

を破棄しなければ著るしく正義に反するものと信ずる。

一、原判決は、本件第一審判示第一の贓物収受の事実に関し、被告人の知情の点につき、「原判決挙示の対応証拠中金野太郎の検察官に対する昭和三十三年三月八日付供述調書、長谷益雄の検察官に対する同月五日付、同月六日付、同月七日付、同月十四日付、同月二十八日付各供述調書及び被告人の検察官に対する同月二十六日付供述調書は、その総合によつて右知情の認定を直接に可能ならしめるものである」と、まず判示しているが、原審において弁護人の控訴趣意にも詳論するとおり、原審判決挙示の右各供述調書中、長谷益雄および被告人の検察官に対する供述調書は、その内容からも、第一審公判期日における同人等の証言ないし供述からしても、明らかに任意性および信用性を欠いたものであり、金野太郎の昭和三十三年三月八日付供述調書中、原審判決が採つてもつて「直接に」被告人の贓物知情の「認定を可能ならしめる」と判示している点は、同調書記載の「勿論志賀はこの手形が我々によつてバクられたものであるということは充分承知しているはずです」という想像的一駒であると思われる。そして、金野太郎の右供述調書には、何故に同人が右のごとき推察ないし想像をするにいたつたかの根拠については、何らの具体的な説明供述もなく、同人は、「勿論」として卒然と被告人の知情に言及しているのである。思うに、かくのごとき供述を採つて「直接に」被告人の知情を認定せんとならば、あえて原審判示のごとくそれらを「総合」するまでもなく、うち、被告人の唯一の自認ないし自白たる判示昭和三十三年三月二十六日付被告人の検察官に対する供述調書一通をもつて十分に足りるはずである。しかも、これをもつて足れりとせず以上の各供述調書を「総合し」なければ被告人の「知情」を直接に認定できないかのごとき判旨は、以上の各証拠書類の一々をもつてしては、被告人の知情の認定にためらわざるを得ず、それは、それらの書類供述の任意性ないし信用性に原審自ら半ば信を措かなかつた証左に外ならない。証拠能力のない証拠は、いかに総合しても所詮証拠能力がないのであり、原審判決がそれらを「総合し」てまず「直接に」被告人の知情を認定できるとしたところに、重大なる事実誤認の原因があるといわざるを得ない。

二、原判決は、つぎに、いわば間接にないし情況証拠として、被告人の知情を認定するにつき、第一に「長谷益雄が詐欺その他の犯罪行為によつて手形を取得することを意味する、いわゆるバクリを専らとする点で聞こえている」との認定事実をあげているが、バクリの語の内容が直ちに「詐欺その他の犯罪行為」による手形の入手を意味すると解すべき根拠はなく、第一審判決の採用する各供述調書はもとより、その公判における証人の供述中にもこれに関し明白な語義の説明がない。そもそも、バクリをもつて常に「犯罪行為によるバクリ」取得と断ずるのは事実誤認であるが、さらに、原審判決は、バクリをもつて聞えている長谷益雄というわば一片の風説から、同人の入手した手形には常に贓物性ありとし、これを前提として、第二に、原審判示によると、被告人が第一審判示の手形を預かるに際し、「それが正常なる商取引に基き正当に取得されたものであるか否かを確かめる」義務あるもののごとく言い做し、被告人においてこれをしなかつたという認定事実をあげている。然らば、原審は、およそ贓物罪の成立を避けんがためには、被告人において、一々相手方に対し贓物性の有無を確かめないかぎり、少くとも未必的犯意ありとでもなすのであろうか。かくのごとき調査義務を擅まに措定し、これが懈怠をもつて知情の情況証拠の一となすがごときは、誤れる前提に立つて、事実を誤認するものである。第三に、原判決は、被告人に被害手形のサルベージを依頼した協成汽船株式会社の社員池村久雄および善甫亥三郎さえ本件二千万円の手形受領の際長谷が他よりバクッてきたものでないかとの疑念を抱いている旨の認定事実をもつて、被告人が贓物寄蔵の少くとも未必的故意を有したことを肯定すべき情況証拠の一としているが、バクリの意義の前述のごとく証拠上必らずしも明らかでないのはさておき、判示池村および善甫両名と被告人とは、全く立場を異にしているのであつて、判示のごとき疑念を挟むべき事情につき、必らずしも一致するはずはないのである。換言すれば、右両名は手形をバクられた経験は、判示会社において最初のことであり、したがつて手形のバクリによると

否とにつききわめて神経質となつていたことは想像に難くないのであり、しかも、両名は、被告人に対し前記「正当な商取引に基き正当に取得された」か否かも、長谷が他からバクッて保有していたか否かをも、ともに質していないのはともかく、被告人は、依頼者たる右会社に損害の補償を全うさせるに急なるの余、右手形の来歴につき調査する心理的余裕がなかつたと解する余地が十分にあるのであつて、被告人と右両名を判示疑念につき同日に談ずるのは、失当も甚しい。原判決は、さらに、第三に、「被告人は右手形交付に際し、長谷が協成汽船株式会社へ譲渡することを振出人（扶桑食品株式会社）に承知させている等全く虚構の事実を告げて受領させていること、および、第四として、海老沢裕一郎において本件手形が被告人の手裡に存することを知らず、被告人にその取り戻しを依頼した際、被告人は、本件手形中千五百万円の二通（計三千万円）が自己の手中にあるにかかわらず、殊更にこれを秘し、恰も既に他人の手に渡つているため被告人がこれをサルベージしてやるかのような言辞を弄していること、を認定し、もつて被告人の本件知情の認定に資する事実であるとしているのである。しかしながら、この二つの事実認定にかりに誤なしとするも、もつて被告人の知情を認定するための情況証拠としても、余りにも薄弱である。それらは、被告人が本件手形の贓物性につき十分な認識を有していたとの前提の下にこれを見るにおいては、判示の右二点の被告人の行動は、あるいは被告人に知情あればかかる行動に出でることもあり得るとまでは推認し得るかもしれないが、虚心にこれを観察するときは、被告人の右二点の行動は、サルベージなる一種の取引に附随する事情としてあえて異とするに足りず、当時の被告人の立場よりするときは、右の行動につき、判示推定とは全く別の説明の余地が十分に存するのであり、この点を審究することなく、濫りに被告人に知情ありとの予断をもつて、いわゆる被告人のサルベージの経過における一過程を捉え、反つて知情の有無を論ずるごときは、事実認定の法則を誤つたものであるといわざるを得ない。

三、原判決は、以上のごとく、まず、証拠とすべからざる資料をあげて、これを総合して「直接に」被告人の知情を認定

する「可能性」ありと断じ、しかも、右は「可能性」に止るとなしたものの如く、したがつて、次に、「直接に」は知情の認定に資し難いと恐らくは自覚する四種の認定事実をあげて、「如上の事実に徴すれば」被告人において第一審判示の為替手形三通が贓物であることの情を知つていたものと認めるのが相当である」と判示している。しかも、それら四種の認定事実のとつてもつて知情の情況証拠ともするに足りないこと、叙上のとおりである。ついで、原判決は、原審における控訴趣意第二点において弁護人の詳細に指摘した各供述調書における信用性の情況保障および供述の任意性の各欠如の主張に対しては、きわめて空疎な強弁をもつて手荒くこれを斥けているのであり、かくのごとき採証態度により、前叙のごとき重大なる幾多の事実誤認を生じたのは、けだし偶然でない。そして、言うまでもなく、叙上事実誤認は、本件贓物罪の成否を左右する重大な争点にかかるのであり、したがつてかかる誤認に基き被告人の知情を断定した原判決は、これを破棄しなければ著しく正義に反することは、また、呶々を要しないところである。

第三点　原判決は、刑事訴訟法第四百十一条第二号にいわゆる刑の量定が甚しく不当であつて、原判決を破棄しなければ著るしく正義に反するものと信ずる。

第一審判決は、被告人に対し懲役二年等の実刑をもつて臨み、弁護人のこれに対する控訴趣意記載の具体的な量刑不当の主張および控訴審公判期日における弁論に対し、原判決は、「本件各犯行の動機、罪質、態様、被告人の性行、経歴、その他情状に関する一切の事情を綜合して考慮するときは、所論指摘の被告人に有利な事情並びに当審における事実取調の結果を参酌しても」第一審の量刑が重きに過ぎるとは認め難い、ときわめて抽象的に判示している。第一審の量刑の不当は、本件控訴趣意として詳述したところを援用し、重ねてここにこれを反覆記載しないが、控訴審においては、原審は、特に事実の取調を行いつゝ、争点の一たる事実誤認の主張に関する証人の取調を留保して、まず情状に関する弁護側証人の取調を行い、その証人は、弁護人申請にかかる証拠物とともに、すべて、被告人の犯罪後の情状とくに専ら将来

における更生ないし社会復帰の可能性に関するものであつた。原審が敢てかくの如き審理態度に出でたのは、すなわち第一審の量刑が不当に過酷であつて、むしろ、被告人に対し執行猶予の恩典を付与すべきでないかとの考慮によるものであることは、十分に看取できるところであり、原審における証人の証言も十二分に原審の右のごとき考慮ないし期待に副う内容であり、被告人の更生の見込につき殆ど間然するところなきものであつたにかかわらず、原審は、結局、「当審における事実取調の結果を参酌し」つゝ、実刑として懲役二年の量刑を維持したのである。原審の右のごとき審理の是非はさておき、控訴趣意第三点に縷述したところによつても、被告人に対し右のごとき量刑を敢てした第一審判決を是認した原判決は、被告人の社会復帰の可能性を無視したものであり、その更生の機会を奪う結果となる公算なきを保し難く、したがつて、速やかにこれを破棄しなければ著しく正義に反するものと思料する。

以　上

昭和三八年(あ)第二〇七八号

弁護人大竹武七郎の上告趣意

被告人志賀三郎

第一、拳銃所持の件について

(一)　本件第一、二審判決には憲法違反の違法がある。憲法第三五条には、

何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。捜索又は押収は権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。

と規定している。

最高裁判所は、「憲法第三五条は、個人の住居、書類及び所持品について濫りに侵入、捜索、押収を受けることのない権利を保障し、捜索又は押収するには、正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する裁判官の令状を必要とする趣旨を宣明した規定である」と解している（昭和二四年(れ)第三〇一一号、同二五、七、一九大法廷、第四巻第八号第一四八一頁）。

右の憲法第三五条の規定を受けて、刑事訴訟法第二一八条には、検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押、捜索をすることができる。この令状は、検察官、検察事務官又は司法警察員の請求によりこれを発すると規定し、同法第二一九条には、前条の令状には、被疑者若しくは被告人の氏名、罪名、差押えるべき物、捜索すべき場所、身体若しくは物を記載しなければならぬと規定している。いわゆる令状個別主義の規定である。これらの規定によれば、捜索、差押をなすには、裁判官の令状によらねばな

らぬこと並びに、捜索すべき場所、差押えるべき物が具体的に明示されなければならぬ、逆に云えば、その令状に明示された場所以外の場所を捜索したり、差し押えるべき物として明示された物以外の物を差し押えることは厳に禁止されている。もしこれを侵せば、刑事訴訟法のみならず、憲法第三五条に違反することになるのである。

本件訴訟記録をみるに、

捜索調書（一七四丁）には、

「被疑者志賀三郎に対する賍物寄蔵被疑事件につき昭和三十三年三月十八日渋谷区原宿二丁目一七〇番地先道路上において検察事務官川田久夫は原宿警察署巡査田中忠雄を立ち会わしめ左の通り捜索した

昭和三十三年三月十八日

東京地方検察庁

検察事務官　川田久夫

立会人巡査　田中忠雄

捜索の時

自午后五時〇分至后五時十三分

捜索の場所、身体又は物

渋谷区原宿二丁目一七〇番地先道路上に駐車中の志賀三郎所有の自家用車三す七三七六号乗用自動車中

捜索の目的たる人又は物

捜索差押許可状記載の物件

発布官　東京簡易裁判所

裁判官　工藤慎吉

発布日　昭和三十三年三月十七日

令状を示された者

原宿警察署

巡査田中忠雄

捜索の結果

渋谷区原宿二丁目一七〇番地志賀三郎方に於て同人の妻志賀則子に捜索差押許可状を示して立会を依頼しようとしたが、令状を見ることも立会うことも拒否し、自動車の鍵の所在も明らかにせず且つ暴力的妨害行為に出る様な気勢を示すのでやむを得ず警察官の立会を得て用意した合鍵により扉をあけて捜索したところ後部トランクより書類拳銃等差押調書記載の物件を発見したので差押を為した」

と記載されている、また

差押調書（一七五丁）には、

「被疑者志賀三郎に対する賍物寄蔵被疑事件につき昭和三十三年三月十八日検察事務官川田久夫は立会人原宿警察署巡査田中忠雄を立会わしめ左の通り差押をした

昭和三十三年三月十八日

東京地方検察庁

検察事務官　川田久夫

立会人

差押の時　午后五時十三分
差押の場所
渋谷区原宿二丁目一七〇番地先道路上に駐車中の志賀三郎所有の自家用自動車三す七三七六号内
発布官　東京簡易裁判所
裁判官　工　藤　慎　吉
令状を示された者
原宿警察署
巡査　田　中　忠　雄
押収物の品目は別紙記載の通り
押収目録（昭和三三年東地領四二四四号）
六、拳銃コルト四十五口径番号二三〇三八八一　壱挺
七、弾　倉　壱個
八、実　包　七個
九、拳銃包装用手拭　壱本
十二、クダモノナイフ　壱丁
十三、樫　棒　参本」

と記載されている。
右の捜索調書を見ると、「捜査の目的たる人又は物」という欄に、「捜索差押許可状記載の物件」と記載されているが、その捜索差押許可状の証拠調が行われておらず、訴訟記録に編綴されてもいないから果して右許可状に如何なる物件が明示されていたかは、形式上は明らかでない。
しかしながら、右捜索調書の冒頭のところを見ると「被疑者志賀三郎に対する賍物寄蔵被疑事件につき」捜索した旨記載されている、而して本件において賍物寄蔵として問題とされていたところのものは、扶桑食品株式会社振出の為替手形三通であることは明らかであるから、裁判官はこれを捜索、差押えることを許可したものと理解しても誤りはないと信ずる。この捜索、差押の許可状を発したのは、東京簡易裁判所の裁判官工藤慎吉である。老練なる工藤裁判官が詐欺したと称せられる手形を寄蔵したという被疑事件につき、拳銃、弾倉、実包、拳銃包装用手拭、クダモノナイフ、樫棒を捜索、差押えることを許可したものとは考えられない。しかるに捜索調書の末尾の部分を見ると、自動車の後部トランク内から書類拳銃等差押調書記載の物件を発見したので差押えた旨の記載がある。そこで差押調書を見ると、書類のほかに、拳銃コルト四十五口径番号二三〇三八八一、壱挺、弾倉壱個、実包七個、拳銃包装用手拭壱本、クダモノナイフ壱丁、樫棒参本を差押えた旨の記載がある。これは、捜索差押許可状に捜索差押えるべき物として明示された物件以外の物を捜索し、かつ差押えたことになる。裁判官の発した捜索差押許可状に捜索差押えるべき物として明示された物以外の物を捜索差押えれば、これは許可状なくして捜索差押えたことになり、明らかに右刑事訴訟法および憲法の規定に違反する。
なお昭和三十三年三月十八日付東京地方検察庁検察事務官川田久夫から同庁検事丸物彰あて捜索差押状況報告書（一二七丁）を見ると志賀被告の妻則子は捜索押収の立会を拒否しその他志賀の家人中、立会う者がなかつたので巡査田中

忠雄をして立会わしめ、また一般建築金物類の製造販売業堀商店の店員檻木輝守をして合鍵を以て自動車の扉を開かしめた旨の記載がある。これによつてみれば、志賀則子等が右拳銃、弾倉、実包等を任意提出したものとは認められない。また本件記録を精査してみても、志賀被告本人、その家人などからこれを任意提出したと認められる書類は見当らない。

その後の経過をみると、検察官丸物彰は、志賀被告が法定の除外理由がないのに昭和三十三年三月十八日東京都渋谷区原宿二丁目七十番地所在の自宅附近道路上に駐車中の自家用乗用自動車（三す七三七六）内において口径四十五、米国軍用自動拳銃一九一一A一型一挺および火薬類である同拳銃用実包七発を所持したのは銃砲刀剣類等所持取締法、火薬類取締法違反であるとして起訴した。そして第一審裁判所もまた同趣旨の事実を認定し、有罪と認めた。そしてその証拠としてあげているところをみると、

第一審判決中、証拠の標目（八九一丁）判示第三について

1　検察事務官川田久夫作成の捜索差押状況報告書

2　右同人作成の捜索差押調書

3　押収にかゝる拳銃一挺、弾倉一個、実包七発（昭和三四年証第一六四号の一乃至三）

4　穂坂幸一、小池光一、米山昭和、神谷秀雄の検察官に対する各供述調書（33・3・19）

5　被告人の当公廷における供述並びに同人の検察官に対する供述調書（33・3・19）

ということになつている。しかしながら、3の拳銃、弾倉および実包に関する部分は違法であつて証拠とすることができないものである。4の各供述調書と5の供述および供述調書は違法手続により収集した証拠物に基き取調べたものであつて、証拠とすることができないのみならず、その内容を見ても1、2、3を除き、4、5だけでは右判示事実を証明するに足らぬ。

右の理由により本件罪となるべき事実のうち第三の事実は無罪たるべきものである。これを有罪と認めた第一審判決およびこれをそのまゝ支持した原判決は、いずれも破棄すべきものである。

(二)　証拠物の押収手続が違法である場合に、その物に証拠能力を認むべきか否かということについては、判例および学説ともに分れていることは、今さら申し上げるまでもない。しかし当弁護人の申し上げる結論を述べる順序として述べれば、判例を、

(1)　無条件に証拠能力を肯定するもの

(2)　相手方から異議の申立がなく、適法な証拠調が行われたときは証拠とすることができるとするもの

(3)　軽微な瑕疵があるにすぎないから証拠とするに差支えないとするもの

(4)　重大な瑕疵があるから証拠とすることができないとするもの

に分けることができると思う。

(イ)　「仮令巡査が違法に本件の手帖を押収したりとするも之れが為め其手帖が証拠能力を失ふべき理由なきを以て押収の違法あると否とに論なく苟くも法廷に顕われた物件を採て断罪の資料と為すは事実裁判所の職権に属す故に原判決に右の手帖を証拠として採用したるは違法に非ず」（大審院明治三二、一、二七、刑録五・三八）これは旧憲法、旧刑事訴訟法時代のものであつて判例として引用するにはあまりにも古い感じがするが、内容的に見ても、これをそのまゝ表面的に主張する勇気のある者があるかどうか疑問であるが、それを表面に押し出して云わないまでも、こういう考え方を根底とする思想を持つている者のあることは否定できないであらう。

(ロ)「縦令論旨の如く不法に押収せられたりとするも苟も該物件が公廷に於て適法の証拠調を経たる以上は、裁判所は之を証拠として採用するも違法にあらず、蓋し物件の証拠力は其物件自体に存するが故に其押収手続の適法なると否とは固より之を左右するものにあらざればなり」（大審院、明治四三、二、二一、刑録一六・二八三）という判例がある。この判例も考え方の根底は(イ)と同じである、ただ公判廷における適法な証拠調を経たる以上はということを理由として持ち出しているが、しかし押収手続が違法である物件を公判廷で証拠調をすること自体が訴訟法上許されるかどうかが、先づ問題とされねばならぬ、当弁護人はこれを否定するのが理論上当然であると信ずる。

(ハ)「たとえ押収手続に所論のような違法があつたとしても、押収物件につき公判廷において適法な証拠調が為されてある以上（此のことは記録によつて明である）これによつて事実の認定をした原審の措置を違法とすることは出来ない。押収物は押収手続が違法であつても、物其自体の性質、形状に変異を来す筈がないから其形状等に関する証拠たる価値に変りはない。其故裁判所の自由心証によつてこれを罪証に供すると否とは其専権に属する。論旨では訊問調書作成手続が違法の場合は其調書の証拠能力なしとする理論を援用して押収手続に違法ある場合の押収物件の証拠能力を否定しようとするけれども、それとこれとは事柄の性質が違う。訊問調書は供述を記載するものであり、供述は訊問手続によつて導き出されるものであるから、訊問手続の違法は供述の内容に影響を及ぼす虞があり、調書作成手続の如何により記載された内容の真偽（供述された通りに記載されたか否かについても）についての疑惑を生ずる虞がないでもない。しかし押収物の場合は、押収手続に所論のような違法があつたとしても、それによつて物自体の形状性質等に何等影響を及ぼす虞はないからである。従つて論旨は採用し難い」（最高裁、昭和二四、一二、一三、特報二三・三七）

というのである。供述証拠と非供述証拠とを分けて論じている点において特色があるが、考え方の根底は前記(イ)(ロ)と同じである。また次のような判例もあるが、これもまた考え方の根底は同じであらう。

(ニ) 司法警察職員がA方に赴き、自分らは直接その雇人の居室に入らず、主人Aがその雇人Bの居室に立ち入り、Bの所持品を持ち出し司法警察職員に任意提出したのでこれを領置して帰つたという事件につき、東京高裁は「かりにそれが所論のとおり令状によらない違法な押収であると仮定しても、それは押収手続が不法だというに止まり直ちにその物の証拠能力に影響を及ぼすものとは解せられない。けだしその証拠としての収集の手続に違法な点があつたからといつてその物の形状、性質自体になんらの変化を生ずるわけのものでもないし、かゝる違法を抑制するためにその物の証拠能力を否定しようというのは考え方として筋違いの感を免れないからである」（東京高裁昭和二八、一一、二五、特三九・二〇二）

(ホ)「所論は要するに、原審における押収手続に違法があると主張するのであるが、所論の金千円の領収証、住宅貸付書二通及びNと刻せる印については、適法な証拠調がされていることは本件記録上明らかであり、押収品はその押収手続に違法な点があつてもその証拠能力には影響を及ぼさないと解すべきである（昭和二十四年十二月十三日最高裁判所第一小法廷参照）から、仮に原審の右物件に対する押収手続に所論のような違法があつたとしても、原審がこれを証拠に供した判示事実を認定したことは違法ではなく、所論のような違法は判決に影響を及ぼさないことが明白であるから論旨はいずれも理由がない」（東京高裁昭和二五、三、九、特一六・四一）

(ヘ)「右差押は五月十五日なされたにかかわらず、同月十七日差押えたと調書に虚偽の記載がなされたものといわざるを得ないことは所論のとおりである。したがつて実際五月十五日に差押をしたにかゝわらず、同月十七日に差押許可状により適法に差押をしたものと作為したことが窺われるのであるが、このような違法は差押えた物件そのものゝ証拠力に影響がないものと解すべきであるし、おそらく警察は手続を誤つて差押許可状によらず同月十五日証拠物件を

Hにおいて差押えその後これに気づき同月十七日差押許可状を得て適法化しようとしたとも思われ、警察において故意に不法の捜査をしたという証拠はない」（仙台高裁秋田支部昭和二八、一〇、六、時三五・九四）

と云つている。右の㈡㈢㈣の具体的事案については、違法の程度が軽微であり、判決自体に影響を及ぼすほどのものではないからという理由もあるいは立つかもしれぬと思われるものである。しかしながら、その判例の根底をなす考え方が、押収手続が違法であつても、その物自体の形状、性質等には影響を及ぼさないから証拠能力はあるとしている点共通的であるが、当弁護人としては到底納得ができない。裁判において真実発見の必要であることは勿論である。しかしそれは合法的な、公正な手続によつて行われねばならぬ。いやしくも国民が法を犯したからと云つてその責任を問う場合であり、しかも法を適用して正義を実現すべき裁判所が、手続が違法であつても云々というようなことを云うことは違法を是認することになり、自己矛盾である。自分の権威と使命とを自分で否定しているものである。

(ト) 高裁判例をみると、右の諸判例に反し、左記昭和二十四年十二月三日の高松高裁判決のように違法手続によつて作成された差押調書の証拠能力を否定しているものがある。

「許可状なくして行われた違法な手続によつて作成された差押調書は証拠とすることができない。許可状なくして行われた違法の手続によつて作成された証拠とすることの出来ない伊藤正雄に対する差押調書を証拠に供したのみならず、同第三点所論の如く、醪の数量には被告人が判示同旨の供述をして居ないのに拘らず、判示同旨の供述として証拠に引用する等訴訟手続に関する法令の違反があつて該違反は判決に影響を及ぼすことが明らかである」（昭和二四年一二月三日高松高刑一判、高裁刑特報三号二六頁）

というのである。

(チ) 次に収集手続に違法があつても、相手方から異議の申立がなく、証拠調が行われたからという理由により証拠能力を認めようとする判例もあるが（最高裁昭和三一、六、二一、刑集一〇巻六号八六〇頁）例えば、相手方の意見をきいて決定すべき場合に、その手続を忘り、相手方も黙つていたというような場合ならば、右の判例のように解釈してもよいかもしれないが、本件のように憲法第三五条、刑訴法第二一八、二一九条の規定に反する重大な違法がある場合には右の判例は援用すべきでない。

また捜査、差押許可状にささいな誤記、例えば町名番地、氏名につき誤記はあるが、特定はしていると認められるような場合に、この許可状に基く捜索、差押は違法でないとした判例もある、例えば、

最高裁昭和二七、二、二一、刑集六巻二号二六六頁
大阪高裁昭和二四、一一、四、特報五号六二頁
最高裁昭和二七、三、一九、刑集六巻三号五〇二頁
東京高裁昭和二五、一二、二一、特報一六号第一四二頁

右掲記の判例はその例であるが、これらの事件は場所、氏名等に多少の誤記があつても、特定し得る限り差しつかえないとしたものであつて、本件のように全く被疑事実に関係なく、捜索、差押許可状に記載されていない物件を捜索、差押えした場合と直接関係がないから詳論しない、ただこのような判例はあるが、本件はそれとは全くちがうということを云うにとどめる。

(リ) 違法に収集した証拠物の証拠能力を否定した判例もある、すなわち大阪高裁の昭和三一、六、一九日の判例（高裁特報三・一二・六三一）は、捜索差押の手続に重大な瑕疵（違法）があるときは、捜索差押調書はもちろん、その際押収された物、これに対する鑑定の結果を記載した鑑定書の各証拠能力も否定したもので、全く合理的な、明快な

堂々たる判例である。

この判例となつた事件の内容は麻薬事件につき緊急逮捕した場合の捜索押収に関するものであつて、従つて本件に関係ない部分もあるからその点は省き、本件にもあてはまると思われる部分のみを摘記することにする、右判決は次のとおり云つている。

「本件捜索押収は刑事訴訟法第二百二十条の規定に適合せず、且つ令状によらない違法の捜索押収であるから、憲法第三十五条に違反するものといわなければならない。従つてかかる違法手続によつて押収せられた本件麻薬、その捜索差押調書等は証拠としてこれを利用することは禁止せられるものと解する。もし違法に押収せられた物件も適法な証拠調を経たときは証拠として利用できると解するならば、憲法の保障は有名無実になつてしまうであらう（昭和二三年七月一四日最高裁判所大法廷判決は「原判決は所論の押収物件を犯罪事実認定の証拠としていないことは判文上明白である。従つて仮りに本件の捜索及び押収の手続に所論のような違法があつたとしてもそれは原判決に影響を及ぼさざること明白であるから、上告の理由とならないものと云わなければならない」と判示して、憲法違反の手続によつて押収せられた物件を証拠とした場合は原判決を破棄すべきことを前提としているように解せられる）ところで、原判決の判示第一の㈠の事実（昭和三十年十月十一日被告人自宅における麻薬ヘロインの所持）は被告人の自白と麻薬取締官作成の昭和三十年十月十一日付捜索差押調書及び右麻薬を鑑定した厚生技官N作成の昭和三十年十月十七日付鑑定書を補強証拠として認定せられている。しかし右補強証拠はいずれも違法な捜索差押手続によるものであるから証拠として利用できない。他に適当な補強証拠も発見できない以上、原判決第一の㈠の事実は被告人の自白だけでこれを認定することになるので原判決は破棄を免れない（大阪高裁昭和三一、六、一九、高裁特報三・一二・六三一）」

というのである。

右の事件については、最高裁判所大法廷は昭和三六年六月七日判決を下したが、それは、捜索、差押が緊急逮捕に先行したとはいえ時間的にはこれに接着し、場所的にも逮捕の現場と同一であるから、逮捕する際に逮捕の現場でなされたものというに妨げなく、右麻薬の捜索、差押は、緊急逮捕する場合の必要の限度内のものと認められるのであるから、右いずれの点からみても憲法違反とする理由はないものといわなければならないというのである。しかしこれには池田克、入江俊郎、垂水克己の三裁判官が補足意見をつけ、横田喜三郎裁判官は主文には賛成するが、その理由には反対するとしてその意見を述べ、また藤田八郎、奥野健一両裁判官も多数説とは別に意見を述べ、小谷勝重、河村大助の両裁判官は少数意見を述べている。これによつてみれば、最高裁判所大法廷においても相当に意見が分れた判例であることは明白である。右のうち池田、入江両裁判官の意見は、緊急逮捕と憲法との関係を論じたものであつて本件に関係ない。

垂水裁判官は緊急逮捕のことを詳しく論じた後、「違法な手続方法によつて入手された証拠を裁判所は被告人の犯罪事実認定の資料に供することができるか。私は重大顕著に違法な手続によつて入手された証拠を一資料としてなされた有罪判決は条理上破棄されなければならないと解するのを相当と考える。しかし、そうでない軽い違法手段によつて入手した証拠を罪証に供した判決は破棄されるべきではない」と云つている。

この意見によれば、本件の如く、被疑事件と全く関係なく、捜索差押えたという重大な違憲違法のある場合は当然破棄さるべきだということになる。

横田喜三郎裁判官の意見は次のとおりである。

一、令状によらない捜索差押について憲法は、第三三条で、現行犯を除いて、逮捕の令状によらなければ、何人も

逮捕されないことを規定し、第三五条で逮捕状による逮捕と現行犯による逮捕との場合を除いて、捜索押収の令状がなければ何人も住居、書類及び所持品について侵入、捜索及び押収を受けないことを規定している。正当の理由と手続によらなければ、何人も逮捕されず、捜索押収を受けないことは、重要な基本的人権であつて、憲法が原則としてかならず令状によることを要するとし、たんに現行犯の場合にかぎつて例外的に令状を必要としないことにしたのは、この基本的人権を保障するためにほかならない。しかも旧憲法の時代に、右の基本的人権が十分に保障されなかつたことにかんがみて、新憲法はとくに詳細な規定を設け、これを強く保障することにした。それだけに、この規定は厳格に解釈適用しなくてはならない。（中略）と云い、結局この麻薬の捜索差押は適法なものと認めることができないと主張している。同裁判官はさらに、

二、違法な捜索差押手続によつて収集された証拠について

証拠物の証拠能力は、本来ならば、証拠物そのもの自体によつて判断すべきで、その物を収集した手続が適法であるか違法であるかによつて判断すべきではない。収集の手続が違法であれば、その違法については違法手続をとつた者を処分し、それによつて違法な手続の起るのを防止するのが合理的である。証拠物そのものについては、それ自体として証拠能力をもつならば、それを認めるのが当然であつて、それを収集した手続のいかんによつて、証拠能力を動かすべきではない。昭和二四年一二月一三日の最高裁判所第三小法廷判決も「押収物は押収手続が違法であつても、物それ自体の性質、形状に変異を来すはずがないから、その形状等に関する証拠物たる価値に変りはない」としている。

もつとも、違法は収集の手続が重大な弊害をもたらすもので、とくにそれを防止するため厳重な規定が設けられた場合は、おのずから別である。違法な手続によつて重要な権利が侵害され、重大な弊害が生じるような場合には、これをいつそう強力に防止するために、とくに厳重な規定を設けられるようなことがある。このような場合には違法な手続によつて収集された証拠物の証拠能力を否定することもありうる。憲法第三五条と、その趣旨に沿つて定められた刑事訴訟法第二二〇条とは、まさに、この趣旨の規定と解される。憲法第三五条は、国民の住居、書類及び所持品の安全を保障し、逮捕状による逮捕と現行犯による逮捕との場合を除いて、正当な令状がなければ侵入、捜索及び押収を受けないことを定めている。これは国民の重要な基本的人権であるばかりでなく、旧憲法の時代の経験にかんがみて、新憲法はとくに強く保障することにした。そうしてみれば、これを侵害するような違法な手続によつて証拠物が収集された場合は、たんに違法な手続をとつた者を処分するだけでなく、収集された証拠物の証拠能力を否定することが必要であり、実際においてそれが憲法の趣旨であると解される。この規定の線に沿つて定められた刑事訴訟法第二二〇条についても同じである」（以下略）と論じているが、結論としては、被告側が証拠調に同意しているから証拠として差しつかえない。従つて主文だけは多数説と同意見であると言つている。

藤田、奥野両裁判官の意見は次のとおりである。

「かかる違憲の手続によつて捜索押収された物件、その捜索差押調書等を断罪の証拠とすることが許されるかについて検討するに、たとえ捜索押収の手続が違憲違法であつても、押収物件自体の性質、形状に変異を来す筈がないから証拠たる価値に変りはないとの判例（昭和二四年一二月一三日最高裁判所第三小法廷判決）もあるが、われわれはこれに賛同し難い。けだし捜索押収は犯罪の証憑の収集のため行われるものであつて憲法第三五条はこれに対する国民の住居、書類及び所持品についての安全を保障したものである。従つて同条に違反して収集された物件がたとえその手続が違憲であつても、なお犯罪認定の証拠とすることが許されるものとすれば、右憲法の保障は空文に帰するからである。捜査機関に対するその違反の制裁が他にあるからといつて、かゝる違憲な手続によつて収集された物件に証

拠能力を与える根拠とはなり得ない。違憲違法な手続によつて収集された物件が証拠として利用することが許されない以上、当該捜索押収の手続を証する書類である捜索差押調書及びその押収物件に関する鑑定書もまた証拠として利用することは許されないものと解さなければならない」とし、しかし結局当事者が証拠調に同意しているから差支ないとするものである。

小谷、河村大助両裁判官の少数意見は次のとおりである。

「本件麻薬の捜索差押は憲法の保障する令状主義に違反し、被告人の住居及び財産の安全を侵害する重大な瑕疵を包蔵するものであるから、かゝる違法な手続によつて押収された本件麻薬も本来証拠とすることのできないものであるから、これを鑑定した本件鑑定書もまたその証拠能力を否定せざるを得ない。けだし法は公正な手続に基いて実体的真実の追求を許しているものであつて、人権の保障は、まさに公正な手続の核心をなすものであるからである。この意味において「押収物は押収手続が違法であつても物自体の性質、形状に変異を来す筈がないからその形状等に関する証拠たる価値に変りはない」として押収手続に違法がある場合の押収物件の証拠能力を肯定した昭和二四年一二月一三日第三小法廷判決はその瑕疵の軽重を問わない趣旨であるならば、それには到底賛同することができない。

以上の如く本件捜索差押調書及び鑑定書は、ともにその証拠能力を否定すべきであり、従つて又かゝる証拠については証拠調の請求を許さないものと解すべきである。然るに本件第一審において被告人側は本件捜索差押調書及び鑑定書を証拠とすることに同意し、その証拠調に関し何等の異議を申し立てゝいないから、かかる訴訟経過の下においては、上訴審において捜索差押手続の違憲無効を主張して本件捜索差押調書等の証拠能力を争うを得ないとの論がある。しかし検察官又は被告人が証拠とすることに同意した書面又は供述につき証拠能力が認められるのは、刑訴三二六条の場合に限られるのであつて、同条は当事者間の同意があれば敢えて伝聞証拠禁止の原則を固執する必要なく証拠能力を認めて差支えないとの趣旨に出でた規定であり、しかも当事者の同意があつた場合においてもその書面が作成され、または供述がなされたときの情況を考慮し、相当と認めるときに限り、証拠とすることができるものとされているのである。従つて同条を汎く伝聞以外の理由により証拠能力を欠く証拠全般に及ぼし得ざることは明らかであつて、特に本件捜索差押調書等の如く憲法三五条に違反する捜索押収及びこれにより収集された押収物に関し作成された証拠書類については、たとえ被告人側の同意があつたとしても、これを証拠とすることは許されないものと解すべきである。また本件のような違法な証拠の証拠能力を否定することは、国家権力の公正な発動を担保するためにも重要な意味をもつものであつて、憲法に違反する証拠収集の弊害を防止することも考慮するの要あることは勿論である。されば後日被告人側の証拠とすることの同意により本件のような重大な瑕疵がいやされるものとするが如き見解には到底賛同することができない」

なお右判例の中において、横田喜三郎裁判官は、「収集の手続が違法であれば、その違法については、違法な手続をとつた者を処分し、それによつて違法な手続の起るのを防止するのが合理的である」と言い、藤田、奥野両裁判官は「同条に違反して収集された物件がたとえその手続が違法であつても、なお犯罪認定の証拠とすることが許されるものとすれば右憲法の保障は空文に帰するからである。捜査機関に対するその違反の制裁が他にあるからといつて、かゝる違憲な手続によつて収集された物件に証拠能力を与える根拠とはなり得ない」と云つている。当弁護人がこの点に関し一言したいことは、当弁護人としては、捜査官が違法な手続により証拠物を収集したという理由により処分されたという実例をきいたことがない。また捜査官の上司が、違法手続によつて証拠を収集した捜査官を処分するよ

うなことが、近い将来において行われるようになるということは、当弁護人としては予想できない。裁判所はこういう事実を事実として直視し、捜査官の違法手続による証拠収集を防止し、国民の憲法によつて保障された基本的人権を擁護するにはどうしたらよいかということをお考えになることを切にお願い申し上げたい。

要するに、違憲、違法な手続によつて収集された証拠物に証拠能力を認むべきか否かということに関しては最高裁判所および高等裁判所の意見、各裁判官の意見が必ずしも一致していないことは右引用の各判例によつて明らかである。

(三) 次にこの点に関する学説を見ると、次のようなものがある。

(1) 宮沢俊義教授は「憲法第三五条に違反して押収された物件が証拠能力を有するかどうかが問題になる。判例はそれを肯定しているようである（最高判昭和二七、二、二一、刑集六巻二号二六六頁参照）が、本条の保障を実効あらしめる趣旨で消極に解すべきであらうか」と云つている（法律学体系日本国憲法第二九七頁）。

(2) なお同じく宮沢俊義教授は次のように云つている。

「一九五八年四月地方公務員法違反事件に関して行われた日教組本部の捜索差押について発せられた令状には、差し押えるべき物として「会議議事録、闘争日誌、指令、通達類、連絡文書、報告書、メモその他本件に関係ありと思料せられる一切の文書及び物件」と記載されてあつた。

最高裁判所は「その他」以下の文言は、それに先立つ文章で示された具体的な例示に附加されたもので、そこに記載された犯罪事件に関係があり、かつ、右例示の物件に準ずるような闘争関係の文書、物件を指すことは明らかであるから、憲法の要求する「明示」に欠けるところはない、とした（最高裁大法廷、昭和三三年七月二九日刑集一二巻一二号二七七六頁）こういう概括的な表示をもつ令状は、実際に広く行われているようであるが、それは、憲法にいう「押収する物を明示する令状」とはいえないだろう」と言つている（同教授著憲法Ⅱ第三九〇頁）。

判例は、「そこに記載された犯罪事件に関係があり、かつ右例示の物件に準ずるような闘争関係の文書、物件を指すことは明らかであるから」と云つているのである。宮沢教授はそれでもなお憲法のいう「明示」にならぬというのである。この判例から言つても、本件のように詐取された手形の寄蔵被疑事件につき、拳銃、弾倉、実包を捜索押収することの違憲違法であることは明白である。

(3) 平野竜一教授は次のように云つている（法律学全集刑事訴訟法第二三九頁）。

「違法に収集された証拠、非供述証拠は供述証拠と異なり、その押収手続が違法であつても、その証明力にはほとんどかわりはない。また供述証拠と異なり、一度返還しても再び押収できるのが通常であるから、証拠を却下しても無用の手数をかけるだけである。そこで違法に押収した証拠にも証拠能力を認める見解がある。しかし訴訟においては、ただ実体的真実を発見しさえすればよいのではなく、公正な手続によつてのみ真実は発見されなければならない。また証拠収集に際して行われる違法行為は、捜査機関が訴追、処罰に熱心のあまり行われるのが通常であるから、その証拠を排除することによつて、最も有効に、違法行為を防圧することができる。違法行為に対する刑事責任や民事責任の追及は、あまり防圧の効果をあげない。したがつて、違法に取得された証拠は、証拠能力がないと解すべきである（勿論、供述証拠であつても同様）。とくに、憲法第三五条の押収捜索の規定は、その反面として、証拠能力を否定する趣旨と解される。その他、刑事訴訟法の規定にてらして、押収捜索が無効であるときは、その結果として取得された物の証拠能力を否定すべきである。その範囲は、押収された物だけでなく、これに基いて発見された物にも及ぶと解しなければならない」

(4) 高田卓爾教授は次の通り述べている（現代法学全書刑事訴訟法第二二七頁）。

証拠の集取が違法に行われた場合。いわゆる違法収集の証拠の問題であつて、違法な押収、捜索によつて得られた証拠は証拠能力を否定すべきではないかというのである。押収捜索の手続上の違法が単純な瑕疵であつたに過ぎない場合は問題とする必要はあるまいが、憲法の保障する令状主義に違反して得られた如きものについては同様に論じ得ない。既に述べたように、現行法は公正な手続という軌道の上で実体的真実の追求を許しているものと解すべきであり、しかも公正な手続はまさに人権保障をその核心とするものであることを考えるならば、かような憲法の要請する手続そのものに違反して得られたのは、真実発見の手段としての資格を剝奪するのが論理的であると思われる。また、憲法及び刑事訴訟法のもつ教育的任務という観点から見て、かような証拠の証拠能力を否定することは、官権の公正な発動を担保する上で重要な意味をもつ。かようにして、私はおよそ令状主義の根本趣旨そのものに違反して得られた証拠は、証拠能力を否定すべきものと考える。例えば、令状なしに捜索押収できる場合（一二六、二二〇）以外に令状なくして行われた捜索、押収や令状に記載されない物に対してなされた捜索、押収に基く証拠はもちろんのこと、逮捕状なしに違法に逮捕された者や、勾留状なしに勾留された者の供述には、証拠能力を認むべきでない」といつている。本件はまさに高田教授の云う「令状に記載されない物に対してなされた捜索押収に基く証拠」であつて、もちろん証拠能力を認むべきものではないと云つているのにあたる。

(5) 団藤重光教授編新法律学演習講座刑事訴訟法は次のように云つている（刑事訴訟法第二七三頁）。

「違法に押収された物は証拠能力を持たない。これが原則である。しかし押収手続のあらゆる違法性が押収物の証拠能力を全面的に排除するとするのもゆきすぎである。手続法の合目的性の要求も、これを無視することはできない。この限界を決定する事は頗る困難な問題であり、早急な解決は望み得べくもないが、少くとも、押収手続が適正に定められた現行法の基本原理となつている重要な規定、特に、個人の権利、自由を保障する条項に違反した場合には押

収物の証拠能力は排除しなければならないであらう。従つて令状のない押収物、押収拒絶権を侵害して得た押収物は証拠能力を持たないが、所謂訓示規定と解されている諸条項に違反した場合等は、そこまでゆく必要はないであらう」（中武靖夫）

(6) 団藤重光教授著新刑事訴訟法綱要五訂版は次のように云つている（第一八五頁）。

「証拠の集取の手続（例えば押収）が無効であつた場合に、それがどこまでその証拠の証拠能力に影響を及ぼすかである。当然に影響があると考えることも、また、なんらの影響がないものと考えることも、ともに妥当でない。違法な集取の弊害を防止する趣旨をも総合的に考えて、個々の場合に解決しなければならない問題である」としている。しかし本件のように、被疑事実に全く関係なく、捜索押収令状に明示されていない物件を押収することまで差しつかえないとする趣旨ではないであらう。むしろ本件のような場合こそ「違法な集取の弊害を防止する趣旨」から云つて証拠能力を認むべきではないというべきである。

(7) 平場教授（刑事訴訟法講義一七七頁）は、

「根本問題としては、違法な手続により取得した証拠は、凡そ証拠調の対象とならず、又は事実認定の基礎とならぬかの問題がある。実体的観察と訴訟的観察とを鋭く区別する立場からは違法は実体的判断であり、それに対しては実体法的救済即ち刑罰、損害賠償等がなさるべく、訴訟的救済即ち無効、破棄等と無関係だということになろう。然しおよそ法の実現者たる裁判所に対し、違法行為のもたらす事実を提示し、その認定を求め、保護を要求することは論理的にも矛盾である。従つて違法な（不適法ではない）手続により取得した証拠は証拠とすることが禁止されるものと解する」

と言つている。

(8) 足立進裁判官（法律実務講座刑事編二巻三四四頁）は、わが国の判例学説を紹介した上、特に平野助教授の説は大いに傾聴に値する。けだし法一〇三条ないし一〇五条の押収拒否権に関する規定は、公務上及び一定の業務上の秘密保護という超訴訟法的要請のため、実体的真実の発見という訴訟法的要請を斥けた一例を示しているのみならず、刑事訴訟法は既にその第一条において公共の福祉と個人の基本的人権の保障とを全うしつゝ事実の真相を明らかにすることをその目的として掲げることによって、基本的人権保障のためには、場合によって真実発見追求の手段を制限されることあるべきを予想しているものといわなければならないからである」と云つている。

(9) 横川敏雄裁判官（総合研究判例叢書刑事訴訟法(12)「収集手続の違法な証拠の証拠能力」において、学説判例を詳しく紹介しているが、その中において、次のとおり述べている。

「判例の中には、違法に収集された物でも、公判で異議なく適法な証拠調が行なわれておれば、証拠とすることができるとするもの、および収集手続の軽微な瑕疵はその物の証拠能力に影響がないとするものがある。しかし前者は、「証拠とするには適法な証拠調を経なければならないが」「問題の証拠も右の手続を経ておりこの点は瑕疵がない」という当然のことをいっているのが大部分で、「公判での適法な取調により」あるいは「取調の際相手方から異議が申し立てられなかつたことにより」収集手続の瑕疵が治癒されると明言しているのは稀れである。また後者は、本来「収集手続に重大な瑕疵のあるものは証拠とすることができないとする前記の立場」と当然うらはらの関係にあるはずである。なぜなら、そう考えなくては、収集手続の軽微な瑕疵が証拠能力に影響がないということは無意味だからである。たゞ実際上この立場に立つ判例がすべてそこまで割りきつているかどうか、理論上どの程度までの瑕疵を軽微とみているかどうか等こゝにも問題は残されている（第二七頁）。

刑事裁判における手続の厳正、特にいわゆるデュープロセスの遵守は、裁判の公正を確保するために欠くことのできないもので、裁判そのものの死活にもかゝわるものである。

（裁判の公正とは、一言で云えば、国家と個人、国家の権力と個人の人権とが鋭く対決する場において、かりそめにも前者の側に味方するようなことはしないということである。これこそは、往々にしてまぬかれがたい国家権力、具体的には、捜査権の行きすぎを是正するにも役立つものなのである）。裁判の公正が保たれなくては、基本的人権の保障も危うくされ、やがては、裁判に対する信頼も失われるに至るであらう。刑訴法上「実体的真実の発見」ということが強調されるが、これは、あくまで公正な裁判によつて実現されるべきものである。収集手続にどの程度の瑕疵がある場合に、その証拠を罪証に供することが裁判の公正を害することになるのか、これが本問題解決の一つのポイントであることは疑いない。将来この問題は、この観点から更に掘り下げる必要があると思われる。ともあれ学説も示唆しているとおり、すくなくとも「実体的真実発見」という理想を絶対化し、この見地からだけ事を論ずるのは妥当でない。前記の各判例の考え方には、事をやゝ便宜的に考えすぎている嫌いがある。」（第三二二頁）

「この判例（註、大阪高裁昭和三一・六・一九、高裁特報三・一二・六三一）は、捜査差押の手続に重大な瑕疵（違法）かあるときは、捜索差押調書はもちろん、その際押収された物、これに対する鑑定の結果を記載した鑑定書の各証拠能力をも否定したもので、この種の判例としては、ほとんど唯一のものであり、その勇敢な態度と透徹した理論とは、高く評価されなければならない。旧憲法的、旧刑訴的感覚にとらわれた人々にとつては事案の特殊性を忘れて理想に走りすぎた判例と思われるかも知れないが現行憲法、現行刑訴のもとにおける刑事裁判のあり方を考えると、むしろ当然と思われる」（第三八頁）とし、「この事件に対する最高裁判所の判決（大法廷昭和三六・六・七）の多数意見の論理及び結論にはやゝ失望せざるを得なかつた、この際われわれの心から念願することは、この種問題の解決がこれ以上ルーズにされないことである」（第一三三、一三四頁）と云つている。

雑誌に掲載された論文もあるが、そのうち、代表的なものとして斎藤朔郎裁判官の所論をこゝに引用する。

(10) 斎藤朔郎裁判官の「証拠収集手続の違法と証拠能力の関係」（法曹時報第六巻第九号）は、詳細に、わが国の学説、判例のみならず、米、英、独等の法律、判例、学説を詳しく紹介した後、次のとおり云つている。すなわち、

「実体法的世界に属する証拠収集手続の問題と、訴訟的世界に属する証拠能力の問題とに分析することは、概念を明確にする効果をもつているのであるが、前者の違法が後者にどんな影響を及ぼすかの問題を解決するには、結局において個々の事例の違法の内容と程度を十分に分析してその違法が延いて訴訟的世界にも影響あるものと認めることが公正な訴訟手続であるかどうかによつて判定する外はないのでなからうか。公正な訴訟手続、すなわち訴訟手続における真の正義とは何んであるを決める標準を、一つの理論から演繹できるような便利な方法はないのであつて、個々の事例の具体的な特質から判断しなければならない。この意味で、この問題について、更に、判例と学説の進歩を期待すること甚大であるといわねばならない。しかしてわれわれがその判断をするに当つては、成文法の字句や旧来の裁判例に徒らに拘泥することなく、憲法の精神や訴訟手続に内在している理念ということにも深い思惟をめぐらす必要がある」（第二三頁）

（中　略）

「わが憲法と刑事訴訟法の下においては、令状の全然ない捜索や押収の行われることは法の全く予想しないことである。よつて、刑事訴訟法はさような令状の全然ない捜索や押収によつて得られた証拠を利用するなどということは、全く予定していないといえよう。その証拠禁止は、刑事訴訟法に直接の明文がなくとも、憲法や刑事訴訟法が令状について詳細にして、厳重な規定を設けて、合法的な国家権力の発動の途を十分に拓いていることから考えても、それ以外の方法で収集せられた証拠を利用する必要もなく、それを利用することは国民の総意によつて国家に加えられた

制限を、国家自らの考えで解除することにもなり、正しいことではないのではないか。故に、私は、特別の例外の場合に当らない一般の場合において、令状の全然ない捜索や押収の手続によつて収集せられた証拠の証拠能力は、これを否定すべきものと考える。

しかし、そうかといつて、アメリカ連邦規則の規定しているように(2)令状がその記載自体に照し要件を備えていないときに該当する場合にあつても、その要件の記載の不備が、もしも捜索や押収の執行の事前に判明していたならば容易に訂正できたであらうような場合でも違法な手続によるものとして、証拠能力を否定することは、かえつて行きすぎではないかと思う。また前にわが国の判例として引用した(7)の東京高裁の判決の事案のように公判準備としての証拠調について、その通知を忘つたかその決定について訴訟関係人の意見をきかなかつたとか、証人に対する尋問事項を予め知る機会を与えなかつたとかいう瑕疵があつたからといつて、ただちに、その証拠調の調書の本来の効力を否定することも行きすぎでなからうか」（二七頁）（中略）

「今までの判例の事案においては、実際は違法な手続でない場合も多くたとえ違法な手続であるとしても、というような傍論的に述べられているものもあつて、真に違法な手続によつて得られた証拠だけで、有罪無罪を決めているというような場合は、ないようである。今後、もしその証拠がなくば、有罪の認定ができないというような事案において、その証拠が違法な手続によつて収集せられたものであるという場合が出てくれば、この問題は、もつと真剣に考え直さなければならないであらう。われわれ裁判官は、公正な訴訟手続、いゝかえると、裁判を受ける者が訴訟手続そのものについては、文句のいえないような公明正大さをもつて裁判のできることを常に念願している。それは、単純なセンチメンタリズムではなくて、人間が人間を裁く訴訟制度に内在している正義の要請であると私は考える。

終に一言したいことは、わが国の刑事訴訟の将来について、国家権力自体が、どういうふうにして、この訴訟形態

を崩して行くであろうかということが、今後の一番興味ある問題であるともいわれている（註、平野竜一刑事裁判を崩壊させるもの（思想一九五四年一号三二頁）。

しかして、それは、戦前と同じやり方で、あるいはナチスのようなもつと露骨なやり方で、今後司法権の独立が否定され、人権の蹂躙が行われるとは思われないので、国家の秩序の維持の必要、実体的真実発見の要請、職権主義の強化などということが、必要以上に叫ばれる手段が採られるであろう。かゝる便宜的な情勢に引きずられないようにするためには、少くとも裁判官は、この際、公正な訴訟手続、手続法による正義ということを、見失わないように留意することが、極めて肝要であると私は信ずる。本稿の趣旨は、決して、実体的真実の発見を、軽視しようというのではない。たゞ、それは、訴訟手続における正義を害わない方法で、努力すべきであるという点を強調しているにすぎないことを、誤解せられないように、念のため附言しておく」（二八頁）と述べている。

本件は、まさに、斎藤裁判官の云う「その証拠がなくば有罪の認定ができないというような事案において、その証拠が違法な手続によつて収集せられたものであるという場合」にあたる適例である。そして本件は、被疑事件に全く関係のない、また捜索差押許可状に捜索差押えるべき物件として記載されていないものを捜査官が故意に差押えた事件であるから、この手続は前記憲法並びに刑事訴訟法に明らかに違反する重大なる瑕疵（違法）であるから、最高裁判所は明快なる御裁判を下され、最後に、最高裁判所に行けば、国民の基本的人権は守られるということを国民に明示していただきたい。

なお第一、二審裁判所は裁判官の捜索差押許可状の証拠調をしていない。これを取調べなくても、捜索調書、差押調書の冒頭に、賍物寄蔵被疑事件につきと記載されており、そして本件において賍物として問題となつているのは、為替手形三通であることは、記録上明らかであるから、その捜索差押許可状に捜索差押えるべき物件として拳銃、弾

倉、実包が記載されている筈はないから、そういう記載はなかつたと認めてまちがいないと思うが、一層正確に云えば、捜索調書に「捜索の目的たる人又は物」の欄に、「捜索差押許可状記載の物件」と記載されているのだからこの許可状の証拠調もするのが当然である。しかるにこの証拠調をした形跡が記録上認められない。この証拠調をすれば、右の拳銃、弾倉、実包が右の許可状に捜索差押すべき物件として明示されていなかつたことが、はつきりわかるので、検察官がことさらにその証拠調を請求しなかつたものと疑われてもやむを得ないだらう。とにかくこの証拠調が行われていないことは審理不尽であり、事実誤認の疑い顕著なものであり、第一、二審判決を破棄しなければ著しく正義に反する。

第二、賍物寄蔵の件について

第一審判決は、罪となるべき事実として、

被告人は昭和三十二年四月六日東京都中央区茅町二丁目四番地所在の喫茶店「シャトウ」において、長谷益雄の番頭金野太郎より、同人等が詐取した扶桑食品株式会社振出、扶桑相互銀行引受の額面二千万円の為替手形一通及び額面各一千五百万円の為替手形二通を、その賍物であることの情を知りながら、預り保管し以て賍物の寄蔵をなし

た旨認定した。そして原判決は、結論として、右第一審判決をそのまゝ支持したから、罪となるべき事実としては右第一審判決の判示事実に基き論じなければならぬことになる。

(一) 右判示事実を見ると「長谷益雄の番頭金野太郎より同人等が詐取した」（中略）手形を「その賍物たることの情を知りながら預り」と云つているから、志賀被告は金野太郎から預つたということを判示していることはわかる。しかし判示によれば「長谷益雄の番頭」というのは、金野太郎と長谷益雄との身分関係を表わしたものであつて、行為の内容にふれた表現をしたものではないと思う。そうすると「同人等が詐取した」というのは、その中に金野太郎が含まれるこ

とは明らかであるが、「等」というのは誰を指すのか、長谷益雄を含むのかどうか、長谷益雄および金野太郎を指し、複数を表す意味において「等」と云つているのか、または「長谷益雄の番頭」はたゞ単に金野太郎の身分関係をあらわしただけであつて、長谷益雄は詐取行為には関係なく、金野太郎とその他の誰かという意味なのか、判示によつてはわからない。この点は、決して当弁護人が言葉尻をとらえてかれこれ云つているのではない。第一、二審判決ともに、長谷益雄は手形のバクリ屋だということを前提にしていることがうかがわれるし、また本件行為当時、長谷益雄は既に別件で逮捕されていたのであるから、そのいずれの意味から云つても、「等」の中に長谷益雄を含む意味なのかどうかは重要な意味のある問題である、しかるに右の判示によつては、この点が不明である。仮りに、「長谷益雄の番頭」を金野太郎の身分を表わしたにすぎず、長谷益雄は、既に別件で逮捕されているから本件手形の詐取行為（仮りに詐取だとして）に関係なかつたものとすれば、長谷益雄が手形のバクリ屋であるということを前提とした考方から、本件手形は詐取されたものであると認定したり、または、長谷益雄は手形のバクリ屋だからこの手形も詐取したものだと思いましたというような被告人の供述は不合理だということになる。

(二) 知情の点について

この点に関する志賀被告の供述をみると

(イ) 昭和三十三年三月十八日丸物検察官に対する供述調書において（六五六丁）

問　長谷がバクリ屋であることはかねて知つており、現実に協成の手形をバクつたので、そのサルベージをやつたのであれば、扶桑食品の手形五千万円についても同様バクッたものであると感じなかつたかね。

答　結局長谷もバクリ屋で腕のよいと云うことを聞いており、然し警察にも検挙されておらず、何とか被害者と話合いがついて借りるのか、なんとかしたのではないかというようなことはわかつていました。私もその点長谷に

聞こうと思つたのですがすぐ日本興業の海老沢君が扶桑側のサルベージに出て来たので、聞く余裕がありませんでした。

と言い、

(ロ) 同年三月二十五日付大槻検事に対する供述調書において

大和貿易ＫＫの社長長谷益雄は二年程前から腕のよい手形のバクリ屋だと聞いておりましたが、同人と知合いになつたのは私が協成汽船の方から手形のサルベージを頼まれてからのことであります（六六〇丁）。

その翌日頃高橋が長谷を連れて来ましたので私は自分の事務所の近くの「マリモ」という喫茶店で会いました。私が長谷と会つたのはこの時が初めてであります。私は高橋を前において長谷に向つて、いきなり高飛車に、君は人を騙して他人の手形を二千万も三千万もバクッたそうだが太い野郎だ。普通なら只ではおかないが、高橋が来たから高橋君の顔を立てゝやつたのだという意味のことを云つて怒鳴りつけ、更に、お前が言訳をして取戻せる手形は全部回収して返してもらいたい、どうしても取戻しできない手形は、どういう経路で何処へ行つているか、又その分はどういう方法で穴埋めをするか、その明細を書き出して持つて来いと云つてやりました（六六八丁）その頃から長谷も相当真剣になつている様子で私の所へ来まして、今、立派な手形を手に入れるような手当をしているから、きちんと話が出来たらそれを持つて来ます等と申しておりました（六九三丁以下）しかし長谷はその手形が何処の振出で、金額はいくらという具体的な話は何もしておりませんでした。唯良い手形が入るからそれを協成の穴埋めに持つて来ると云つていただけです。それから五日か一週間位経つて三月下旬頃になつてから、長谷は私の処へ、今度入る手形は銀行保証の附いた立派なものだから、もう少し待つてくれ等と申して参り、高橋もその話は長谷から聞いていたらしく、長谷が今度持つて来る手形は良いものらしいから、もう暫く待つてやつてくれというようなことを私に申してお

りました。
と述べ

(ハ) 同年三月二十六日付大槻検事に対する供述調書において
金野太郎の使者の運転手から、扶桑食品KK振出、抹桑相互銀行引受の為替手形二千万円一枚、千五百万円二枚合計五千万円を受取り預証を書いて渡したことを述べた後（七〇五丁以下）「私は金野の使の運転手から前述の五千万円の為手を預る時、その手形は恐らく長谷の方でバクッて来たものだらうと十分察しがつきましたが、バクリ屋として腕のよい長谷のことだから、恐らくそれをバクッたあとで何がしかの金を先方に渡し、あとは別の手形なり不動産なりを入れるというようなことで、強引に先方と話をつけて、あとで、とやかく問題の起らないようにして持つて来たものだらうと思いましたので、それならば別に差支えはなかろうと思つて、恐らくバクッた手形であらうということを承知の上で、それを預つたのであります。今度の事件で逮捕された直後、丸物検事の調べに対し、私はバクッた手形であることは当時全然知らなかつたという趣旨のことを申しましたが、あのときは、いきなり検察庁の人達が大勢で私を迎へに来て、検察庁へ着くなりいきなり逮捕状をつきつけられたので、私も頭に来ており、バクッたことを承知で受取つただろうと云われたので、売り言葉に買い言葉というような気持から、まさかバクッたものだと承知で受取る馬鹿はないでしようと申し、そんなことを云われても、びんと来ませんというような答えをしたのであります。しかしそれは私の本心ではなく、今回申上げたことが真情であります（中略）（七〇九丁）。
今年三月中旬頃以降長谷が銀行保証のついた立派な手形を持つて来ると云い出すようになつてから、私は恐らく長谷が何処かから割引いてやる等と云つて手形をバクッて来るものと思いましたので、後くされのないようにきちんと話をつけてから持つて来るようにと前々から注意をしておきました。又長谷も私に必ずそのようにして話をつけて持

つて来ると云つておりましたので、改めて確かめなくても、きちんと話合いをつけて持つて来たものだと思つて池沢には話をつけてある手形だといつたのであります。と述べ

(ニ) 第一審第四回公判（昭和三三、一二、一八）において、志賀被告は、第一の公訴事実について、外形的事実は認めますが知情の点は否認しますと陳述し、第十五回公判（昭和三四、一〇、七）においても同趣旨の陳述をなし銀行保証の為替手形であつたため、安心して受取つた。金野から二千万円は協成汽船の借金に入れ、残り三千万円はあなたは顔が広いから割引いてもらえないかと云われたので預つた（中略）、長谷益雄とはこれまで付合つたことはなかつた。この事件が初対面である、高橋信義の紹介により初めて知つた。長谷は何か大きな仕事をするという、何千万か、何億かの仕事をしておるという、うわさはきいていた、仕事というのは金融、貿易ときいていた。金野が手形を持つて来たときに疑わなかつた銀行保証がしてあるから、一つこれならば協成汽船に穴埋めしてもらつても御迷惑かけることはないと思いますという金野の話で、手形を見まして、その通り銀行が保証してありましたから、私自身が安心しましてよし銀行保証の為替手形というものを私も聞いていますから、今まで私の見たり聞いたりしている範囲内でこれなら安全だという先入観念を持つて会社に持つて行きました。ですから疑つていれば私自身も損害を出来るだけ少くさせる意味において、今まで半年も八ケ月も苦労してきた協成汽船に対して入れる際に何か方法があつたと今になつてみればわかるのですが全然疑わないので」（中略）、私自身も長谷という人がどういう政治的な話合いで、どういう順序でこの手形が私の手許に入つたかあるいは、長谷という人は相当仕事をやる人という先入観念がありましたから、おそらくこの手形は何千万か何億かの金融のやりくりでもつて長谷の手許へ来た、そのうち二千万や三千万は蓮井君が政治的な話合いであるいは不動産を入れるか何かでその手形が長谷君の手元へ来て、これは政治的に借りられる分、あるいはそういうこともあるかもしれないし、別にそういう疑いの考へを持たずに私が安心していたも

のですから実は手形を取戻の依頼が来たということをきいて、びつくりして高橋君と金野君に返してくれというのはおかしいではないかということを云つたこともあります。ですから高橋君と金野君の方からそれは返してくれというなら、けつこうです、こう云われたので、私自身もキツネにつままれたような状態でいたことは事実です（中略）、私自身は扶桑食品の方と扶桑相互銀行の人達に対しては非常にいゝことをしたと思つているのです。割引依頼にしても、何にしても手形は一応借金のかたに入つたとか、あるいはそういう経験も長谷君という人の今までやつてきたことの問題について返してやつた、海老沢君を通じて田中さんの手元へ返してやつた。謝礼金云々については丸物検事さんから一ぺん聞かれたことがございます。返事もしなかつたのですが、今でも私は好意をもつてやつたと私はその件については、いゝことをしてやつたという観念を今でも持つております、と述べている。

第十一回公判（昭和三四、六、二）において長谷益雄は次の趣旨を供述した（四七一丁以下）。

金野太郎や倉持忠が扶桑の手形を預つたことは、自分が他の事件で逮捕され、接見禁止になつていたので知らなかつた、保釈になつた後金野からきいた。結果的には金野が独断でやつたことになるが、その件については今日は答えられぬ。志賀に渡したことについても今日は申上げられぬ。志賀に渡した手形は五千万円で、内二千万円は、前に自分が協成汽船の手形をつかつていたのでそれに入れ、三千万円は扶桑食品の社長に返したときいている。倉持忠から扶桑の手形の話があつたとき、取りあえず手形を取りこんでおこうというような相談をしたことはない。そういう相談をもちかけられたこともない。手形が手に入つたら一部を協成汽船に持つて行こうと考えたこともない（四九二丁）。

単に扶桑食品の手形に限らず、私も高利貸ぢやないもんですから、自分の資金繰りで、多少金が欲しいもんですから、仕事の成功した上では、一応わけを話して多少なりの資金を借りようという考えはありました（四九三丁）。

倉持から扶桑の話を聞いた頃、金野からこの手形を先方から受取ろうじやないかというような話はなかつた。そこまで話は行つていなかつた。金野から先方に対しては、外国商社筋で割引いてやるんだというような話がしてあるんだが、というような話を聞いたことがあるかどうか申上げられない（四九三丁）と供述している。

この証言調書全般を通読してみて、長谷証人は、金野太郎、倉持忠に関係部分については、証言を拒否している、従つて長谷、金野、倉持の三人の本件扶桑食品の為替手形に関する経緯が明らかにされていない、そしてこのことは志賀被告の罪となるべき事実とされている第一の事実に深い関係を持つているのであつて、この程度では、本件の最も重要点に関する審理がつくされているとは云えない。

第十四回公判（昭和三四、八、一七）において証人長谷益雄は次のような趣旨の供述をした（六〇八丁以下）。

丸物検事から調べられた際、丸物検事から、こうだというんではないかと、もしや、そういうことを想定するならば、もしもそれが事実ならばそういうふうになるんじやないかということは検事さんのお調べのときに座談的に私と話したときの問題で私としては実は前回にそういうことは申し上げられなかつたのですが、調書の読み聞かせを一切していただいておりませんので、実はその件がありますので、それをきかれましても私の方も記録をとつてみて、実際びつくりしたようなわけですが、それを一つお含みの上で聞いていただきたいと思います（六一四丁）（中略）。

自分の手に入る手形は正規の取引で入るものは、ほとんどないと自分で言つたことになつているがどうかという尋問に対し、そういうことは言つたことがない。丸物、大槻、桜岡検事からとられた調書は全然読み聞かされていない。それで非常に私の身体の拘束というものが相当時ひどかつたし、それから一つには丸物検事さんと、当時拘置所の中で取引をやつたわけです。まだ私の告訴された事件もありまして、それで全部そういう告訴事件も何も、一切起訴しないから、これ一つだけで、一つ妥協しようじやないかと、そうすれば保釈もきかせるからと、もしお前が否

認するならば、保釈はきかないというので、私と大分、二日か三日、私、お話もしなかつたのですが、そのうちに、そういうようなわけで、保釈で出すから、とにかくこれ一つだけ認めろというので、そういう私は……大体丸物検事さんと話し合つたときは、いつも横書きのノートにペン書きで書いておるのです、そのノートにペン書きで書いておるだけで、次の日行く時はちやんと調書ができておつたのです、それで昨日お前の話したことは全部調書が出来ておるからと、それではこれに署名しろということで、全然私には読み聞かせをさしてもらつていないのです（中略）。

否認するならば保釈はきかさない、それからほかの告訴事件なんかもあるけれども、一応この起訴処分だけで、あとは全部不起訴にするから、これで妥協しようじやないかということで、私もそれぢや一応保釈で出て、事実の問題はお調べになれば、わかることだからというので私の方も検事さんと話し合つて出てきたわけです。ですから、私の調書は、ほかの調書もありますので、例えば第一回に浅見検事さんのおとりになつた調書、それから川島検事さんのおとりになつた調書、あゝいうふうな調書と違います。大体私はバクるということをちよつと検事さんと云い争つたのですが、一体バクるつて検事さん、どういうことなのかと、そうしたら、ふざけたことを云うなと、お前も日本一のバクリ屋じやないかと、そうしてみたらそのバクるということがなぜわからぬ、バクるということは相手から手形をとることであるとこういうような説明で、相当激論もかわしたのですが、結局そういう妥協をやつたことがあるのです（六一八丁）。

丸物検事には自分の事件についても当然証人に出てもらわねばならぬ、一つだけ認めれば大森の土地の件は起訴しないということで妥協したのに、今度起訴された。丸物検事を証人に出てもらうことは自分も望むところだ。当然来て、私としたら非常に検察官として不謹慎な態度ではないかと思うのです、およそ私も調べを受けましたが、こんな調べを受けたのは初めてです（六二〇丁）。

と述べ、さらに検察官の反対尋問に対して、大槻検事は読んできかせた、しかし大槻検事の調書も私の意見に反したことは十分記載されております。というのはバクるとか、いわゆる犯意の問題が明らかになつておりません。大槻検事と取引したことはない、丸物検事の調書は三月五日、六日、七日、十四日の四通あるが、いずれも読み聞かせはない。この四通のうち、自分の前で丸物検事が口でしやべつて検察事務官に書きとらせたのが一通あるが、どれだかはわからないと供述した。

この公判期日の尋問、これに対する供述は、丸物検事が、自分（長谷）の意に反したことを調書に書いた、調書は先に作つてきて、読聞かせず署名捺印させた、この事件一つを認めれば他の告訴事件は不起訴にする、保釈もきかせる、もし否認すれば、保釈をきかせないと云つて、保釈と他の事件を不起訴にすることを好餌として誘導強制したという供述に終始している、初め弁護人が尋問し、次いで検察官、裁判官が尋問したが供述は終始一貫し、しかも尋問を重ねれば同趣旨の供述をますます強調していることが、調書（速記）の記載によつて明らかである。なお同証人は自分を調べたすべての検事について云つているのではない、特に丸物彰検事についてのみ云つているということも注目すべき点である。この調書に任意性、真実性を認めることの不当であることは明白である。なお志賀被告も丸物検事の取調べぶり及び調書について大いに不満を持つていることは別項記載の通りである。またその主張の趣旨が右の長谷益雄証人の云うところと軌を一にしている点が特に注目に値する。

原審において弁護人は、長谷益雄および丸物彰を証人として取調べを請求したにもかゝわらず、裁判所がこれを却下したのは、一方的に検察官の主張のみを採用し、被告人側が最も不満とし、ぜひとも公判廷の尋問によつて明らかにしようとした右証人の申請を却下したのは、あまりにも一方的であり、当事者の一方に相手方に対する尋問に対する機会を与えず、そのまゝ被告人に不利益な認定をしたのであつて、憲法第三七条第二項に違反し、また審理不尽、

事実誤認の疑い顕著なものがあると信ずる。この点はさらに項をあらためて詳述する。

右の諸証拠によれば、被告人は本件手形が銀行の保証もついておつて確実な手形と思われ、またかねて長谷益雄に対し、振出人といざこざの起らないように、きちんと話をつけて来いと云つておいたから、長谷がさようにして来たものと信じて疑わなかつたのである。すなわち賍物たるの情を知らなかつたことが明らかである。

(三) しかるに、この点に関し、原判決は次のとおり云つている。

原判決判示第一の為替手形三通の賍物性に関する被告人の所論知情の点につき、その認定の資料となるべき証拠関係を検討するに、原判決挙示の対応証拠中、金野太郎の検察官に対する昭和三十三年三月八日付（以下昭和三十三年を略す）供述調書、長谷益雄の検察官に対する三月五日付、同月六日付、同月七日付、同月十四日付（以上いずれも謄本）、同月二十八日付各供述調書及び被告人の検察官に対する同月二十六日付供述調書は、その総合によつて右知情の認定を直接に可能ならしめるものである。更に、原判決援用の関係証拠に基づき本件手形を被告人が預かるに至つた経緯並びにその後の情況から探究して見ると、昭和三十二年十二月頃協成汽船株式会社東京支店がその振出にかゝる額面総額三千万円の約束手形を長谷益雄に騙取されその取り戻しを被告人に依頼したことから、被告人と長谷川との頻繁な折衝となり、長谷は内二千万円の手形を返還することができなかつたため、被告人よりその損害補塡を強く迫られ、早急に支払見込の確実な手形を被告人を通じて協成汽船株式会社に差し入れざるを得ない破目に陥り、遂にその頃、偶々扶桑食品株式会社代表取締役田中稔が手形割引による金融を望んでいたのを奇貨とし同人を欺罔して手形を騙取しようと企て、金野太郎、倉持忠等と相謀り昭和三十三年四月六日頃国会議事堂衆議院裏口附近において、金野太郎倉持忠等が右田中稔に対し手形の割引を斡旋するかのように詐言を弄して同人をその旨誤信せしめ、因つて即時同所で同会社振出にかかる原判示の額面総額五千万円の本件手形三通を割引斡旋のための一時預り名義の下に交付せしめて騙取した上、即

日金野をしてこれを被告人に交付せしめ、被告人は、そのうち二千万円の本件手形を前記協成汽船株式会社に差し入れて前記長谷の損害塡補に充当せしめ、残三千万円の手形（千五百万円の原判示手形二通）は、自己の手許に預つていたものであるがその頃、右田中稔よりその取り戻しを頼まれた海老沢裕一郎等から更に右手形の取り戻しを被告人に依頼して来たので、結局、被告人の手許より田中に右額面合計三千万円の手形二通を返還したものであることが認められる。ところで、滝川文雄の検察官に対する供述調書及び被告人の検察官に対する三月十八日付、同月二十五日付各供述調書によれば、被告人は長谷が詐欺その他の犯罪行為によつて手形を取得することを意味する、いわゆるバクリを専らとする点で聞こえており、前記協成汽船株式会社の手形をも同人がいわゆるバクつたものであることを熟知していたことが充分認められるのであるが原判決挙示の関係証拠をはじめ記録に現われた全証拠によるも、被告人が原判示為替手形を預かるに際し、それが正常なる商取引に基き正当に取得されたものであるか否かを確かめたことの証跡は全然存在せず、また、前記協成汽船株式会社の取締役である池村久雄、同社の経理部長である善甫亥三郎の検察官に対する各供述調書によれば、同人等においてさえ、本件二千万円の手形受領の際長谷が他よりバクッてきたものでないかとの疑念を抱いており、そして右証拠及び池沢政幸の検察官に対する供述調書によれば、被告人は右手形交付に際し、長谷が協成汽船株式会社へ譲渡することを振出人（扶桑食品株式会社）に承知させている等全く虚構の事実を告げて受領させていること、更に志賀竹夫、田中稔の検察官に対する各供述調書並びに海老沢裕一郎の検察官に対する供述調書及び同人の証言によれば、右海老沢において本件手形が被告人の手裡に存することを知らず、被告人にその取り戻し（いわゆるサルベージ）を依頼した際、被告人は本件手形中千五百万円の二通（計三千万円）が自己の手中にあるにかゝわらず、殊更にこれを秘し恰も既に他人の許に渡つているため、被告人がこれをサルベージしてやるかのような言辞を弄していることが認められるのであつて、如上の事実に徴すれば、被告人において原判示為替手形三通が賍物であることの情を

知つていたものと認めるのが相当である。原判決は原判示第一の事実を認定する証拠の標目中に、原審における池村久雄、善市亥三郎、長谷益雄、金野太郎、高橋信義の各証言及び被告人の公判廷における供述を掲げているが、これらのうち右認定に副わない部分はいずれも罪証より除外しているものと解すべきことは所論のとおりであるが、これらと同人等の前顕検察官に対する各供述調書中の供述内容とを対比し、更に他の各関係証拠を照合して検討考察するに、後者（検察官に対する分）の供述内容は、いずれも首尾一貫して、しかも具体的かつ自然的であり、その間、取調検察官の誘導、威迫ないし供述者の迎合的態度等のあつた証跡はいささかも発見できず、その供述は、格別の疏明をまつまでもなく、公判期日における供述よりも信用し得べき特別の情況があつたものと認められるので所論の任意性並びに特信性に欠けるところはなく、従つてこれを被告人の所論知情認定の証拠に供した原判決を目して、経験則ないし訴訟手続の法令に違反するものゝ如く論難するのは当らない。所論高橋信義の前記認定に副わない証言部分は、前記長谷益雄、金野太郎の検察官に対する各供述調書に照らし措信し難く、池沢政幸の検察官に対する供述は、同人において本件手形が賍物であると気付かなかつたというだけのことであつて、右認定の妨げとなるものではなく、他に被告人の右知情を否定するに足る証拠はない。要するに、被告人は、本件手形（三通）が長谷益雄等の詐欺その他の犯罪行為により取得された賍物であることの情を知つていたものと認めることは前示証拠上明白であつて、原審の審理に不尽の廉はなく、原判決の所論事実認定に誤謬は存しない。従つて被告人の所論賍物であることの認識欠如を前提として不可避的な法律の錯誤（禁止の錯誤）による免責事由を主張する西山弁護人の所論は、その前提を欠き失当である。なお、その余の賍物罪の成否に関する同弁護人の所論は全く独自の見解であつて、採用の限りでない。論旨はいずれも理由がない。

(イ) 右判示中には「長谷が詐欺その他の犯罪行為によつて手形を取得することを意味する、いわゆるバクリを専らとする点で聞こえており」（原判決書三枚目の表、最後の行から裏の二行目まで）「長谷益雄等の詐欺その他の犯罪行為により取得された賍物であることの情を知つていたもの」（原判決書五枚目の裏二行目）云々という記載がある。しかしながらこれは原裁判所の独断ではなからうか。バクルという言葉は、おそらく俗語であつて、その意味が明確でない。原裁判所は「詐欺その他の犯罪行為によつて手形を取得する」という意味に解しているけれども、そういうことは本件記録の何処にも出ていない。「その他の犯罪行為」といえば、おそらく横領、強窃盗、恐喝というようなことであらうが、そういうことをバクリと称するということは、本件関係者の中、誰も言つていない。当弁護人が本件記録を閲覧したところでは、そういう供述も証言も見当らなかつた。それを原判決が突然、詐欺その他の犯罪行為により手形を取得することをいうと判示したので当弁護人は、原裁判所は、いつたい何を根拠にそういうことを云われるのか、またそれが、世間で通俗に云つているところの「バクリ」ということばを正確に理解しているものかどうかを疑うものである。なお「長谷がいわゆるバクリを専らとする点で聞えている」という認定についても、これはいつたい何を根拠にさように認定したのであらうか記録にあらわれているところを見ると、扶桑食品株式会社の関係者が、警視庁に被害申告に行つたところが係りの警察官がそういう意味のことを云つたということが出ているが、これは警察官がただそう云つたということが事実だとしても伝聞にすぎない。それが直ちに証拠にはならぬ。また昭和三十三年三月十八日付志賀被告の丸物検事に対する供述調書にも志賀の供述として、「長谷もバクリ屋で腕のよいということを聞いており」という記載はあるが、しかしその供述は、丸物検事が長谷がバクリ屋であるということを自分できめて、それを前提として発問していることは調書上明白である。そして志賀は、丸物検事がバクルとかバクリ屋とかいう言葉を使うので、それはどういう意味かときいたと

ころが丸物検事からおこられたと云つている。要するに丸物検事は、長谷をバクリ屋だということを独りぎめして、それを前提として取調べているのである、捜査官の独断にすぎない。しかも同検事が、いわゆるバクルとかバクリ屋ということばを、どういう意味に理解し、どういう意味に用いているのかは明らかでない。そのわからないことを前提として問答するから、尋問と答弁とが食いちがうことがあり得る。

なお検察官も第一、二審裁判所も、バクルとかバクリ屋とかいう言葉を正確に定義づけずして用い、しかも長谷益雄がバクリ屋だということを前提として、協成汽船の手形も扶桑食品の手形もバクッたものであると認定しているのである。長谷益雄がどういう人物であるかは別問題とし、仮りに手形に関し詐欺行為と認められるようなことをしたことが、かつてあつたとしても、それだからと云つて、その後の手形に関する行為がすべて詐欺だと認定することは不当な推理判断である。詐欺であるか否かは個々の具体的事実につき判断すべきである。なお原判決は長谷が、「いわゆるバクリを専らとする点で聞えており」といつている。専らとするということは、如何にも、そればかりやつているとか、常習者であるとかいう意味に解せられるが、それは正確な証拠に基かない独断であるし、事実その通りであるとは云えないと思う。そういう認定をするには、よほど正確な証拠がなければならぬと思うが、本件記録にはそれほど正確な証拠はない。結局風評または他人の片言せき句をとらえて、または捜査官の独断によりバクリを専らとしいゝまたはそれを前提として、本件扶桑食品の手形取得も詐欺であると認定することは、判断法則を無視した不当な速断である。

(ロ) 原判決は（三枚目裏）「被告人が原判示為替手形を預かるに際し、それが正常なる商取引に基き正当に取得されたものであるか否かを確かめたことの証跡は全然存在せず」と云つている。原判決のいう「正常なる商取引」ということは、どういう意味であらうか、仮りに物の売買等の商取引という意味ならば明らかに狭過ぎて実情に合わない。金

策のため手形を割引に出すということは、日常行われているところであり、正常な取引行為である。本件につき志賀被告は、相手方から扶桑食品株式会社が振出し、しかも扶桑相互銀行が保証している為替手形であると云われ、また現品を見ても、それにまちがいないことを確認したから、相手の云うことを信じたのである。だからそれ以上自分自身で調査しなかつたからといつて、被告人に対し何ら責むべき点はない。

(ハ) 本件の起訴事実も第一審判決が罪となるべき事実として認めたところもいずれも、昭和三十二年四月六日東京都中央区茅町二丁目四番地喫茶店「シャトル」において本件手形が賍物であることを知りながら預り保管したということである。賍物たるの情を知つていたか否かということはその時を標準とし、その時に知りながら受取つたかどうかということである。その後において知るに至つたかどうかということは訴因にもなつていないし、従つてまた判決が認定すべきことだからでもない。志賀被告は右日時場所において金野太郎の使者たる恩田運転手から本件手形を受取つたときは、その手形を金野がどうして手に入れたか全然知らなかつたのである。その後において、扶桑食品株式会社の社長田中稔その他の者から、この手形の取りもどし方を依頼されたときは、田中等からあるいは本件手形に関する経緯をきいたかもしれぬ、その時になつて、本件手形は問題のある手形だということを知つたとしても、それは訴因になつている事実とはちがう。第一審判決もその後のことを問題としていない。しかるに原判決の右判示を見ると田中稔等から取り戻し方の依頼を受けたことおよびその後のことを資料にして、さかのぼつて本件手形を入手した時の知情の点を認定しているのは、明らかに不合理であり、判断の法則に違反したものである。なお念のため附け加えておくが、被告人が田中稔等から本件手形の取り戻し方を依頼されるに際し、本件手形に関する経緯をきき、それによつて事情を知つたとして、その後この手形を若干の日時の間手許においたとしても、それは、事柄を解決するため、その交渉の必要上、手許においただけのことであつて、必要やむを得ない処置であつて、それについて刑責を負うべ

き理由はない、現にそれによつて本件手形の件は無事解決をつげたのである。またこういう問題が解決すれば、相当の謝礼を出すべきことは常識上当然のことである。まかゝつた場合を仮定して考えれば、決して不当に高いものではない。それをしも悪意に解しようとすることは、如何にも酷に失し、世間で普通行われている実情を無視し、常識に反する考え方だと思われる。

必要やむを得ない処置として行われた行為であり、そのためにいい結果が生れた場合に、これを犯罪視することは不当である。この際思い起していただきたいことは東京高等裁判所の左記判例である。判例となつたのは故買事件であり、本件は寄蔵であるが理屈は同じだと思う。

日蓮宗の信奉者が賍物である身延山久遠寺の寺宝で、日蓮の親筆と伝えられ信仰上日蓮と同一視されていた「同日三幅本尊」三幅の買取方を求められ、相手の風体、態度、人柄等よりただちに買い取らなければ散逸のおそれがあり、警察へ連絡していれば相手が逃亡しまた破棄するおそれがあると思い譲り受けて久遠寺に返還しようとしてこれを買い取つた行為は、賍物故買罪にあたらない（昭和二六年(う)第五八五号、昭和二八年一月三一日東高刑四判、東高刑時報三巻二号五七頁）

(二) 右判示中、証人の公判証言と検察官調書と一致しない部分につき、検察官に対する供述調書の供述内容は、いずれも首尾一貫し、しかも具体的かつ自然的であり、その間取調検察官の誘導、威迫ないし供述者の迎合的態度等のあつた証跡はいさゝかも発見できず、その供述は格別の疏明をまつまでもなく、公判期日における供述よりも信用し得べき特別の情況があつたものと認められるので、所論の任意性並びに特信性に欠けるところなく云々と云つている点は被告、弁護人の大いに不服とするところでありますが。云うまでもなく、検察官調書は、密室において一方的に取調べ、予めノートをとつておいて後に整理して、しかも検察官の必要と認める部分のみを順序よく記載するのであるから、一見して体裁よく出来ていることは当りまえである。ことに丸物検察官の如きは、取調べの際ノートしておき、その後、調べられる本人のいないところで調書を作り翌日読聞けもせず調書に署名捺印を求め、しかも保釈を好餌として自白を求めたことは志賀被告、長谷益雄の公判廷において詳細に明言したところによつて明らかである。こういう方法によつて供述調書を作成すれば、いくらでも、首尾一貫してしかも具体的かつ自然的な調書が出来ることは勿論である。誘導、威迫の証跡を残さないことも勿論である。認めれば保釈し、起訴も一つの事実だけにとゞめる、否認すれば保釈しないと云われて妥協したということは右両名の云つているところにより認められる。これを「迎合的態度」という言葉であらわすことが適切かどうかは別としても、正常な取調べでなかつたことはまちがいない、その証跡は既に第一審の公判調書にあらわれている。原審において弁護人がこれを立証しようとして検察官丸物彰を証人として取調べることを請求したにもかゝわらず、裁判所はこれを却下したのである。却下しておきながら、証跡なしというのは不当も甚だしい。

(四) 志賀被告は

(イ) 昭和三十三年三月二十五日付大槻検事に対する供述調書において

「その頃から長谷も相当真剣になつている様子で、私の処へ来まして、今、立派な手形を手に入れるよう手当をしているから、きちんと話が出来たらそれを持つて来ます等と申しておりました。（中略）それから五日か一週間位経つて三月下旬頃になつてから長谷は私の所へ、今度入る手形は銀行保証の附いた立派なものだから、もう少し待つてくれ等と申して参り、高橋もその話は長谷からきいていたらしく、長谷が今度持つて来る手形は良いものらしいから、もう暫く待つてやつてくれというようなことを私に申しておりました」

と供述し

(ロ) 同年三月二十六日付大槻検事に対する供述調書において

「私は金野の使の運転手から前述の五千万円の為手を預る時、その手形はおそらく長谷の方でバクッて来たものだらうと十分察しがつきましたが、バクリ屋として腕の良い長谷のことだから恐らくバクッた後で何がしかの金を先方に渡しあとは別の手形なり不動産なりを入れるようなことで、強引に先方と話をつけて、あとで、とやかく問題の起らないようにして持つて来たものだらうと思いましたのでそれならば別に差支えはなからうと思つて、恐らくバクッた手形であらうということを承知の上でそれを預つたのであります（中略）今年三月中旬頃以降長谷が銀行保証のついた立派な手形を持つて来ると云い出すようになつてから、私は恐らく長谷が何処かから割引いてやる等といつて手形をバクッて来るものと思いましたので、後くされのないように、きちんと話をつけてから持つて来るように前々から注意しておきました。又長谷も私に必ずそのようにして話をつけて持つて来ると云つておりましたので改めて確かめなくても、きちんと話合いをつけて持つて来たものだと思つて池沢には話をつけてある手形だと云つたのであります」

と供述している。

(ハ) 詐取した手形だと知りながら預つたということは志賀被告が公判廷において強く否定しているところである。しかし右のような検察官調書もある。しかしながらここで弁護人が申し上げたいことは、志賀被告はただ単に長谷益雄が詐取した手形だと知りながら預つたと云つているのではない。長谷が仮りに詐取したとしても、相手方ときちんと話合いをつけて、あとで、いざこざのないようにして持つて来いと云い、長谷もそれを承諾していたから、自分は、仮りに長谷がどういう方法で手に入れようとも必ず相手方と話合いをつけて持つて来たものと信じていたということを供述しているのである。仮りに詐取したとしても賍物性はすでになくなつているのである。左の判例は故買に関するものであるが、寄蔵についても理窟は同じである。すなわち、

「買い受けるべき物について一応あるいは賍物ではないかとの疑念をもつたものの、この疑念が解消して、そのような不正品でないとの信頼を生じたが故にこれを買い受けた場合には、賍物故買罪の犯意を認めることができない」（昭和二五年(う)第二九五号、昭和二六年四月二七日高松高刑三判、高裁刑特報一七号八頁）

この判例から云つても、志賀被告が本件手形を受取つたときには、賍物性はなくなつていた、少くとも志賀被告はさように信じており、またさように信ずべき正当な理由があつたのであるから、この意味において被告人には犯意なく、賍物寄蔵罪は成立しない。しかるに、これを有罪とした第一、二審判決ともに事実誤認の違法を犯したものである。

第三、本件賍物寄蔵の点は審理不尽、事実誤認の疑い顕著なものがある。

(一) 原審第一回公判において弁護人は、証人として、倉持忠、長谷益雄、丸物彰、岡崎英城、川崎千春、小林清、高橋信義の取調べを請求し、検察官は、丸物彰は不必要、その他については然るべくという意見を述べた（一、三六二丁）。ところが原裁判所は川崎千春（いわゆる情状証人）のみを採用し、その他は全部却下した（一、三七〇丁）右のうち、岡崎英城、小林清および高橋信義は、情状に関する証人であるから、しばらく別問題とする。倉持、長谷、丸物の三証人については、弁護人は左の通り、立証事項を述べている（一、三六五丁）。

証人　倉持忠

一、原審判決中第一事実の扶桑食品株式会社振出扶桑相互銀行引受にかかる為替手形三通が被告人に交付されるにいたるまでの経緯につき証人の関与した事実、とくに証人と被告人との交渉に関する事実

二、証人が本件および関連事件につき検察官の取調べをうけた経緯およびその内容

証人　長谷益雄

一、原判決中第一事実記載の扶桑食品株式会社振出扶桑相互銀行引受にかかる為替手形三通を被告人が入手するにいたるまでの事情および被告人と証人との直接または間接の交渉の経緯

二、右為替手形三通およびその他の手形をめぐつて、証人が刑事訴追をうけた事情およびその後の経過

証　人　丸　物　　彰（検察官）

一、被告人に対する取調べの実情と供述調書の作成経過

二、原判決の掲げる証拠中、被告人以外の者の供述、とくに長谷益雄、倉持忠、金野太郎、山崎多三郎、久野幸太郎、田中稔らの検察官に対する各供述調書の作成された経緯

三、本件捜査の端緒から被告人に対し公訴が提起されるまでの経過その他関連する事情

弁護人が立証事項として述べたところは右のとおりであるが、なおこれに附加して申述べれば、

(イ)　証人倉持忠は本件手形を扶桑食品株式会社関係者から受取つた本人である。従つてその受取つた時の模様、受取るに至つた経緯、同人と金野太郎、長谷益雄および志賀被告との関係、本件手形を志賀被告に渡した経過、事情、理由等を最も良く知つている本人である、なお同人は丸物検事の取調べを受けたことがあるが、それは昭和三十三年二月のことであつて、その後時日を経過しているし倉持は勾留されて取調べを受けていたのであるが、その後どういう事実が判明し、どういう結果になつたかということは、志賀被告の本件に最も深い、密接な関係を持つているのは明らかである、しかるに第一審において倉持は公判廷に証人として喚問されなかつた。これを証人として喚問し、尋問することは、本件の真相を明らかにするため、ぜひとも必要である。それ故、弁護人の証人申請に対し、立会検察官も然るべくという意見を述べているのである。しかるに原裁判所はこれを却下してしまつた。

(ロ)　証人長谷益雄が本件に最も深い密接な関係を有するものであることは明白であつて今更説明を要しないくらいであ

る。而して同人は第一審において、第十一回公判（昭和三四、六、二）と第十四回公判（昭和三四、八、一七）の二回にわたり証人として出廷している、しかしながら第十一回公判のときは、本件に最も関係の深い倉持忠及び金野太郎に関する事柄については、同人等が目下取調べを受けているから、今は答えられないと云つて供述を拒否している。従つて倉持、金野等が本件手形を扶桑食品株式会社の者から受取つたときの事情、それを受取るについての同人等と長谷益雄との関係、本件手形が志賀被告に渡された事情、理由、その経緯等、本件にとつて最も重要な点についての証言が得られなかつたのである。第十四回公判において同証人が述べたところは、検察官ことに丸物彰検事の取調ぶり、調書の作成方法、すなわち長谷にはいくつも被疑事件があるが、本件一つを認めれば、他は不起訴処分に付する、保釈も出来るようにする、もし本件を否認するなら、徹底的に他の事件も取調べるし保釈もきかないようにすると云つて自白を誘導、強制した、また調書も調べた翌日書いて持つて来て、読み聞かせずにこれに署名捺印せよと云つたが、自分は他の事件を不起訴にする、保釈も出来るようにすると云われたので、その意味で丸物検事と妥協したのであつて、供述調書の内容は真実ではないということを何辺もくりかえし、くりかえし述べ、このときの証人調べが全部それに終始していると言つても決して過言ではないことは、公判調書（速記）によつて明白である。すなわち本件に最も重要な関係を有する長谷証人は本件に関する具体的事実を右二回の公判において述べていないのである。従つて本件の真相を明らかにするには、ぜひとも長谷益雄を証人として取調べる必要があるのである。

(ハ)　また志賀被告も丸物検事の取調べぶりおよび調書の作成については、長谷益雄と同趣旨の供述をしており、不服不満にたえないものがあるのである。この意味から云つても、丸物検事の長谷に対する取調ならびに調書の作成方法を長谷証人によつて明らかにすることは、ぜひとも必要である。こういう意味において弁護人が同検事を証人として申請した場合立会検察官が同僚として、その必要なしという意見を述べることは、あり得ることだと思う。しかしもし

丸物検事の取調べぶり並びに調書の作成方法につき、長谷益雄、志賀被告らの云うような事実がないというなら、むしろ丸物検事は公判の証人台に立つて堂々と長谷、志賀の云うことを反ばくすればいいのではないか、また当事者の一方が右公判調書にあらわれているようなことを云つており、しかも相手方たる検察官を証人として取調べることを請求している以上、裁判所としては、これを許して両当事者に十分に思う通りのことを云わせ、そして真実と思われる方を採用するのが当然の処置ではないか、当事者の一方が具体的事実を挙げて主張しているにもかかわらず、直接調べもしないで、それはまちがいである、相手方の方が正しいのであると断定することは不当であり、審理不尽のそしりを免れない、その結果として事実を誤認しているものと云われてもやむを得ないであらう。

右のような事情がある以上、同検事の取調べた金野太郎、山崎多三郎、久野幸太郎、田中稔の供述調書についても、右同様の疑いが持たれるのは当然である。そして同人等は、いずれも本件に重要な関係を有するものであるから、これらの者に対する丸物検事の取調ぶり並びに供述調書作成の経緯を明らかにする必要がある。

志賀被告は丸物検事の取調べぶりおよび調書の作成方法につき著しく不当の処置のあることを強く主張するものである。ぜひとも公判廷において真実を申述べ正々堂々と黒白を決することを熱望しているものである。もし志賀被告の云うことがまちがつているというなら丸物検事は堂々と反ばくすればよい、もし志賀被告の云うことが真実ならば、いさぎよくそれを認めることこそ正々堂々たる態度であり、検察官の威信を保つゆえんであると信ずる。裁判所もまた当事者が請求しているにもかかわらず、自ら直接取調べることなく、一方的な判断を下すことは裁判所の採るべき態度ではないと当弁護人は思う。両当事者をして云いたいことは十分に云わせていただきたい、その上で絶対中立の立場で、公正なる御判断をお願いしたい。

右の理由により本件贓物寄蔵の点は審理不尽、事実誤認の疑い顕著なものがあるから、第一、二審判決ともこれを破棄しなければ、著しく正義に反する。

右諸般の理由により本件は全部第一、二審判決ともに破棄すべきものである。

以　上

昭和三九年(あ)第一〇号

判　決

本　籍　仙台市通町二六八番地
住　居　福島県郡山市小原田町八九番地
会社員　山田雅次　昭和一四年五月八日生

右の者に対する道路交通法違反被告事件について、昭和三八年一二月一七日仙台高等裁判所が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。

被告人を原判示道路交通法五三条違反の事実につき罰金二、〇〇〇円に処する。

右罰金を完納することができないときは、金二五〇円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置する。

原審における訴訟費用は全部被告人の負担とする。

理　由

仙台高等検察庁検事長橋本乾三の上告趣意について。

仙台区検察庁検事柏木忠の昭和三八年二月二六日付控訴申立書（記録五六丁）によれば、同検事は仙台簡易裁判所が昭和三八年二月一三日言渡した判決中の無罪部分（同三七年一〇月三〇日起訴にかかる事実中第一の訴因――道路交通法五三条

昭和三九年八月二八日判決　昭和三九年(あ)第一〇号

違反の事実）のみについて控訴の申立をしたことが明らかである。また、この第一審判決中の有罪部分（右起訴にかかる事実の中第二訴因――道路交通法五四条違反の事実）については、被告人より控訴の申立があつた形跡は認められない。しかるに、原判決は、第一審判決が無罪とした部分のみならず、有罪とした部分についても審判している。したがつて原判決には、何等控訴がなく確定し、原審に係属していない事件について審判をした違法があること所論のとおりである。そしてこの違法は判決に影響があり、原判決はこれを破棄しなければ著しく正義に反するものというべきである。したがつて、原判決は刑訴四一一条一号により破棄を免れない。

よつて主文第一項のとおり原判決を破棄し、刑訴四一三条但書により、原判示事実中前記確定した部分を除き、その余の事実につき、さらに次のとおり判決することとし、原判決の認定した道路交通法五三条違反の事実を法律に照すと、被告人の同所為は同法同条、一二〇条一項九号、罰金等臨時措置法二条に該当するので、所定罰金額の範囲内で被告人を罰金二、〇〇〇円に処し、右罰金を完納できないときは刑法一八条により金二五〇円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置することとし、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。

右は裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官　米田之雄公判出席

昭和三九年八月二八日

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　山田雅次

検察官橋本乾三の上告趣意

原判決は、検察官が第一審判決の無罪部分についてのみ控訴を申立てたにもかゝわらず、第一審判決の全部について審判をしたが、これは、最高裁判所判決、即ち一部控訴の場合原判決全部について判断した判決に対し刑事訴訟法第四一一条第一号により破棄を免れない旨判示した第二小法廷判決（昭二八、九、二五言渡）および同旨の第三小法廷判決（昭三七、六、二六言渡）と相反する判断をした違法があり、その違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから同法第四一〇条第一項により到底破棄を免れないものと信ずる。

以下その理由を説述する。

第一審裁判所は、被告人に対する道路交通法違反の公訴事実第一、第二につき、第二の事実を有罪と認め罰金三千円を言渡し、第一の事実については無罪の言渡をなし、これに対し検察官は右無罪部分についてのみ控訴を申立てた。従つて控訴審においては検察官控訴にかゝる前記無罪部分のみが係属し、審判の対象となつたものであるにもかゝわらず、原審仙台高等裁判所は右控訴事件を審理した上、昭和三八年一二月一七日主文において「原判決を破棄する。被告人を罰金五、〇〇〇円に処する。右罰金を完納することができないときは、金二五〇円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置する。」旨言渡し、その理由中において「検察官控訴にかかる原判決の無罪部分は事実誤認であり、右無罪部分の事実と原判決が有罪と認定した事実は刑法第四五条前段の併合罪の関係にあるから、結局原判決は全部破棄すべきである」旨を説示した上、第一審判決において有罪と認定し既に確定している公訴事実についてもこれを再び有罪と判断して判示している。

従つて原判決は、被告人及び検察官の双方より控訴の申立のなかつた第一審判決の有罪部分についても審理し、同部分と

検察官の控訴した無罪部分とを併合罪として罰金五千円の刑を言渡したものであり、なんら控訴がなく控訴審に係属していない事件についても審判した違法があることは明らかである。しかもこの違法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ものとして刑事訴訟法第四一一条第一号により破棄を免れない旨判示した前記最高裁判所の判例（昭和二八年九月二五日第二小法廷判決、昭和三七年六月二六日第三小法廷判決）と相反する判断をしたことが明白であるから、同法第四〇五条第二号及び第四一〇条第一項により原判決の破棄を求めるため上告におよんだ次第である。

以　上

昭和三八年(あ)第二〇四六号

決　定

本籍・住居　山口市大字下竪小路四五番地

会社役員

岡　部　恭　介

明治三〇年一一月一六日生

右農地法違反被告事件について昭和三八年七月二四日広島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決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人藤堂真二の上告趣意は、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、「農地法四条は、農地について所有権その他の権限を有すると否とにかかわらず、一般に農地を転用しようとする者に適用がある」旨の原説示は正当である。）

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。

昭和三九年八月三一日

最高裁判所第二小法廷

昭和三九年八月三一日決定　昭和三八年(あ)第二〇四六号

昭和三九年八月三一日決定　昭和三八年(あ)第二〇四六号

裁判長裁判官　奥野健一
裁判官　山田作之助
裁判官　草鹿浅之介
裁判官　城戸芳彦
裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第二〇四六号

弁護人藤堂真二の上告趣意

被告人　岡部恭介

第一、原判決には左の通りの法令の解釈適用を誤つた違法がある。

一、被告人には農地法第四条による転用許可申請をなすべき義務はない。

第一審証人伊藤実の証言、検察官に対する本間正左衛門の供述調書、被告人と伊藤との交換契約書（記録一七一丁）によれば被告人が本件土地の埋立を行つたのは昭和三三年六月中であり、此土地を伊藤実と交換により所有権を取得するにつき山口県知事の許可を得たのは同年七月三日である。従つて本件土地埋立転用当時は被告人は本件土地所有権を取得していなかつた。原審は何人を問わず農地を転用せんとするものは県知事に対し許可申請をなすべき義務ありと判断したが弁護人は農地法第三、四、五条各条により許可申請をなすべき義務あるものはその土地につき所有権その他の権限を有するものに限ると解すべきである。

蓋し農地法は農地権利者に対してその権利変動、使用目的の変更を調整しようとするもので農地に何等の権利なきものがその権利ある如く装い之を売買、賃借、埋立することを規整の対象とするものではない。無権利者の農地埋立は不法な侵奪毀損行為であつてその処置は、一般刑事法の領域に属する。此場合不法侵奪者に対して農地法第四条による許可申請を期待し之に許否の決定を与えると云う如きことは、凡そナンセンスでありその不申請を処罰すると言う如きは農地法の考え及ばないところである。自然犯と行政犯はその被害法益を異にし行為者の行為の動機目的も異る、不動産侵奪罪は懲役十年以下、農地法第四条違反は懲役三年以下又は一〇万円以下の罰金と云う如く法定刑にも格段の差がある。既に農地法以前刑法犯として処罰される行為に対しても農地法の適用ありと解するのは明かに農地法の精神と使命

を超えた拡張解釈であつて首肯できない。

二、仮に被告人に右埋立転用につき許可申請義務があるとすれば農地法第四条の申請ではなく、前所有者伊藤実を所有者とし被告人は譲受人として同法第五条の申請をなすべきものである。何となれば検察官に対する田辺太作の供述調書三通弁第三号証、検察官に対する木村春雄の供述調書等によれば被告人は伊藤と交換の予約をする当時（昭和三三年三、四月頃）本件土地を工場用地とする目的にて交換したのである。その交換目的は伊藤実も知つている。伊藤は第一審に於て証人として「交換の約束をしたとき岡部は工場を建てると言つたと思うがよく覚えぬ」と証言しているが交換の交渉を岡部より申出るに際しその目的を告げない筈はなく、又伊藤が之を聞かない筈はない同証人は第五条申請をなさず第三条申請をなしたに止まつたことに対する責任追及を危惧して右の如く証言をぼかしたものと考えるべきである。然るに原判決は、岡部、伊藤間に転用の合意された形跡なくむしろ伊藤には転用の認識なかつたものであると認定したのは甚だしく経験則に反する。仮に原判決の如しとするも第一審に於ける伊藤実の証言によれば「私は交換で貰つた田の田植をした、岡部は私がやつた田地をどのようにしてもよい」と言つており、交換した近くの田に田植をした伊藤が元の自己の田地を岡部が埋立てていることを知らぬ筈はなく、交換の許可あるまで被告に所有権の移転しない間は、仮令三条申請がなされていても転用を知つた以上伊藤に五条申請をなすべき義務あることは明らかである。むしろ岡部が交換した田を何に使つてもよいとの証言は伊藤が転用を知つていたことの証拠と言うべきである。埋立に際し伊藤と岡部に五条申請をなすべき義務のあつたことは動かし難い。農地法第三条、第五条の申請義務者はその農地の権利者であるべきことについては疑を挟む余地なく第四条に於ける如き無権利者も義務ありや否の問題を論ずる必要はないと考える、従つて、原判決が被告人に対し埋立に際し単独にて四条申請をなすべき義務ありと認定したのは法の解釈を誤つたものである。

三、又農地法第三、四、五条の許可申請をなすべき農地所有者はその所有権取得登記を有するものに限る、右は農地局長通達（昭和二九年一〇月二三日付第五七七二号、昭和三四年一一月一三日付第五五〇七号）により行政慣行として確定しているところである。

第二、原判決は違法性に関する判断を誤り罰則を適用した違法がある。

一、被告人に農地法第四条の申請をなすべき義務ありとしても之を期待すべきでない事情が存する、第一審公判に於ける被告人の供述、証人吉松浩の証言、安永秀雄の検察官調書、証第一、二号によれば被告人は昭和三一年頃件外の被告人所有農地を工場用地（関西鉱油、中国ベンゾール用地）に転用したことがあり、その際被告人は四条申請をなしたが山口県農林当局は五条申請をなすべきものとし両者相譲らず今猶許可未決の案件が存する。本件についても同様両者の意見分れ県当局は被告人と田辺太作より五条申請をなすに非ざれば許可せずとの意見を確定していたものである。被告人は本件は四条申請をなすべきものと確信し県当局の法解釈を違法として之に従わず且四条申請をなすとも却下されることと明かである為何等の申請手続をしなかつたものである。

此点につき第一審証人吉松浩は「自分は山口県農地課農地転用係長であるが本件の場合仮令四条で申請書を出されたとしても許可されなかつたでしよう、所有者自らが必要なのではなく第三者が必要な為の申請ですから」と証言している。原審は右証言は同人の推測に止まるものであつて採用の限りでないとしている。之事実認定を誤ること甚だしいものと言わねばならない、此証人は第一審裁判所の数回に及ぶ召喚にも拘らず証言を回避して出頭しなかつた山口県農林部長に代つて出廷した証人であつて、山口県農政の転用関係の第一線指導者であり県転用農政を代表して証言したものであつて県当局内に於て十分に用意された証言と見るべきである。然も許可されざる理由として所有者である被告人自らが必要なのではなく第三者である田辺太作が必要とするのであるから四条申請は不適法であると述べているのであ

る。此証言内容の当否は兎も角この証言自体と証拠として採用の限りでないとした原判決の趣旨を解するに苦しむ、原判決は「土地使用権設定の事実を前提としての見解とも見られ」とも言つているが夫故に何故此証言が措信できないのであるか。

右証人の見解は第三者に転用せしめる為の転用であるから第五条の申請をなすべきもので四条申請は不適法であると言うのであつて原判決の言う如くその趣旨明瞭を欠くところはない。第三者に使用せしめると言うことは第三者に賃借権又は使用借権を設定することでありさればこそ此証人は第五条申請を必要とすると言うのである。

処で此証言内容即山口県農林部の見解は大きな誤を示している。即農地法第五条の申請は農地所有者と転用する者から許可申請をなすべきものであるが、本件埋立転用当時、伊藤と被告との農地交換についての第三条申請に対して未だ山口県知事は許可していなかつたのである、農地の権利移転は知事の許可があつて始めてその効力を生ずるものであり許可前は之を条件とする譲渡契約は何等の効力も生じないことは貴院判例の屢々明示せられるところである。即被告人は埋立当時本件土地所有者ではなく第五条申請をなすべき義務はなかつたのである。山口県農林部は農政に関与するものとして斯くの如き初歩的法解釈を誤り被告人に対する感情的動機より（その原因は後述する）誤つた法解釈を押付けて譲らなかつた。そして之を第五条申請を怠つたものとして被告人を告発したが検察庁に於てその見解は破れ検事は第四条の申請をなすべきものとして本件起訴をした、従つて此点に対する追及を恐れた県農林部長は第一審に証人として出廷することを極力回避し、出廷した吉松証人は此法解釈を弁護人に追及され「告発の時点に於て五条違反と思われたものがその後事情の変化により実体は四条であつたと言うことはあり得ると思う」等、甚だ無意味且無責任な答弁をし、又「本人の意思一つで四条か五条かが決る」等と述べている。本件に於て告発時もその後も事情の変化実体の変化は何一つ考えられない、又所有者の意思一つで四条となり或は五条となる性質のものではない。転用時の所有者は何人

か、伊藤と被告との交換に県知事の許可があつたか否かによつて四条か五条かで決定するのである、山口県当局を代表する見解として甚だしい誤を表明したものと言わねばならない。

山口県当局は斯くの如き誤つた法解釈による行政指導をなし五条申請を被告人に強制した。猶介不届の被告人は四条申請を正当なりと確信して之に応ぜず、自己の信ずる申請は却下されることを察して遂に申請をしなかつたものである。第一審判決は四条であろうと五条であろうと県当局の指導の通りの申請をすればよいではないかと言わんばかりの判示であり、原判決又「被告人は本件転用に当つて法の定める適式な申請手続（同法第四条、第五条のいずれによるものであれ）を何等なした形跡はなくほしいまゝに見解の相違を主張して当然なすべき手続を怠つたもの」と判示し第一審同様の見解を示された。

勿論、被告人が敢て法第四条の申請をしておれば問題はなかつたであろう。然し県当局が誤つた見解のもとに四条申請ならば却下すると主張しているのに対して却下を覚悟で尚かつ四条申請をなすことを、県当局として期待すべきことであろうか。裁判所又その期待可能性を肯定して有罪を認定すべきものであろうかと行政当局の指示には服従すべしと言うに帰着し、国民をして違法なる行政に屈服することを要求するものである。右は違法なる行政より国民を救済すべき我司法裁判所の使命にも反し官僚独善に左担するものと言わねばならない。本件に於て当弁護人が特に遺憾に堪えないのは第一、二審共、右山口県当局の違法なる許可申請の強要が原因となつて被告人が申請をしなかつた点に触れることなく、四条であれ五条であれ何等の申請手続をなすことなく擅に見解の相違を主張して手続を怠つたものとする一方的判断である。

二、被告人が許可申請をなさずして本件土地の埋立をなしたのは緊急避難行為である。此点については控訴趣意書第三に於て詳論したところである。唯此点に関する原審の判断中、本件土地に工場を建築する計画は相当以前（昭和三三年初

頃と見られる）になされていたもので、転用の事前に許可申請手続をとり得たものと考えられるとあるは原審の根拠なき憶断である。弁第三号建物売買契約書及田辺太作の昭和三四年一二月二六日付検察官調書によれば、田辺太作が被告人より本件土地を借受け、工場を建築する話の出たのは昭和三三年の三月か四月であり、之に要する古材を物色して山口市より山口市吉敷所在の良城小学校講堂を買受けることとなつたのは同年五月一日である。之によつていよいよ本件土地の埋立を行うことになつたのであつて、原判決の推測するが如き日時の余裕はなかつたものである。

第三、

一、由来各地農地委員会程セクショナリズムに徹した機関は少ない、各官庁の建設事業に対し農地法を盾として形式的権限を主張してその事業を妨害し、或は、その委員は農民に対してボス的不法を行うものもあり、徒らに農地法の精神を超えた煩雑なる適用をなし同委員会の存在は現在国民より嫌かれている実情である。行政管理庁発表の昭和三七年度苦情相談業務報告書によれば苦情原因の七〇％は行政庁に責任があるものであり、苦情の対象となる機関は厚生、農林、建設が最も多く関係法律は農地法、生活保護法、国民年金法、労災保険法、道路法が最上位にある、このことは農地関係の第一線機関である、農地委員会の事務処理状況を如実に示すものである。現に本件前被告人のなした前記関西鉱油、中国ベンゾール用地の四条申請は未だ未解決であり、本件埋立土地六〇〇坪と共に残地九〇〇坪につき昭和三四年一〇月一日になした被告人の転用許可申請に対しては既に四年を経た今日尚何等の処理もなされず右九〇〇坪は荒れるに任せている。本件六〇〇坪については、とも角、残地九〇〇坪について何故農地委員会は許否の決定をしないのであるか。その他本年山口県に行われる国体の用地建設を繞り農地委員会の妨害的措置が瀕々として発生している。

二、近来農地の転用需要の増大に伴い転用許可制度の廃止乃至は許可基準の緩和の要請は与論となり農地法改正の実現近きにある。宅地制度審議会に於ても現行転用基準の緩和を要望しており農林省に於ても経済成長過程に於ける工場宅地用地造成の為の農地の転用を自由に解放する方針のもとに、日本住宅公団、地方公共団体、東北開発公団、住宅協会、国鉄、電々公社、道路公団、水資源公団等の行う造成に伴う転用、新住宅市街地開発法の対象となる宅地造成、建売住宅の為の転用等には許可を要しないものとする改正運用が考えられている、斯かる現状に於て前記の如き特殊事情ある本件事案を告発起訴すること自体妥当を欠くものと考える。

三、山口県当局及山口市農地委員会が被告人に対して感情的偏見に基き知事名義の告発状に故に転用日時をずらせた記載をしていること、その感情的偏見を抱くに至つた原因については控訴趣意書第三の四に詳述したところであるが尚、被告人は終戦後被告人等の反対に拘らず山口県知事が山口市湯田温泉に於て無制限なる温泉掘さく許可、温泉利用許可をなした為、同温泉の泉温著しく低下しその湧出量激減したことに対し、温泉行政の矯正の為多数湯田温泉業者と共に同知事を相手方として右多数許可処分の取消損害賠償請求の行政訴訟を提起し昭和三一年以来現在尚係争中であつて、山口県としては、右事件の帰趨に苦悩している状態である、之等の諸原因が恐らく本件告発を招いたものと考えられる。

以上の次第であるから最終審である貴審に於かれて山口県農政の正しき批判を賜り原判決破毀の上原審に差戻されんことを願う次第である。

別紙添付控訴趣意書

原判決には法令の解釈を誤つた違法がある。

第一、被告人は農地法第四条の申請をなすべき義務はない。

原審証人伊藤実の証言(二〇四)、本間正左衛門の検察官調書(二五九)、被告人と伊藤実との土地交換契約書(一七一)によれば本件土地はもと伊藤実の所有であつたが、昭和三三年始頃被告人はこれと山口市大字吉敷字南大橋二三番地の一外一筆の農地とを交換する予約をなし、同年五月一五日農地法第三条によりその許可を山口県知事に申請し、同年七月三日その許可を得た上同月一〇日右交換契約書を作成し、同年九月一〇日本件農地の所有権取得登記をなしたもので、被告人がその一部である約七〇〇坪を埋立てたのは同年六月中であつた。農地の所有権移転は県知事の許可なくしてはその効力を生じないのであるから、右埋立当時は被告人は本件農地の所有権を取得していなかつたのであるが、原審は農地法第四条の解釈を誤り同条は農地に権限を有すると否とを問わず之を転用しようとする一切の者に適用があり、被告人は転用許可申請をなすべき義務ありとして有罪を宣告したものである。

一、然し乍ら農地法は農地に対する所有権その他の権利を有する者の権利の設定、移転、農地の変更を規制し農地利用を調整し以つて耕作者の地位の安定、農業生産力の増進と言う行政目的を達しようとするものであつて、それは農地の権利者の行為の規制、調整に限定されるものである。

原判決の見解に従えば何等の権限なく不法に農地を侵奪毀損する者をも含め農地変更を企図する一切のものを対象とすることとなるが、無権利者の農地侵奪毀損行為に対する処置は一般刑事法の領域に属し、前記の如き特定の行政目的の為に制定された農地法を以つて処理すべき問題ではない。原審の見解は農地法制定の趣旨と目的を逸脱するものである。我国農地行政に関する立法の沿革に徴するに大正一三年制定の小作調停法、大正一五年制定の自作農創設維持補助規則、昭和一三年の農地調整法、臨時農地管理令、終戦後の自作農創設特別措置法等に於ける農地の移動変更の統制規定は、総て農地に権限を有する者の行為を調整することを目的とするものであつて、農地に対する不法侵害、無権利者の不法行為をその対象とするものではない、現行農地法に於ても同様であつて同法に依つて一切の農地変更を取締ると

言うのは特別行政法の使命を超えるものであつて、原審の見解並に行政解釈(昭和二七年一〇月二〇日農林次官通達第五一二九号)は法体系全般を顧みず農地統制編重の誤つた見解である。

若し右の如き見解を正当とするならば、農地につき何等権限のない者がその埋立を企図する場合も例へば不動産侵奪者も之が許可申請をなすべき義務あることとなるが、斯かる者に申請を義務づけ、且之に許否の決定をなすべしとすること自体誠に無意味なことであり、法が斯かる申請を予期しているとは到底考えられない、凡そ行政法規はその法規以外に於ては権利行使として或は放任行為として許された行為に対する取締乃至は調整を目的とするのが原則である。その法規前既に違法なる行為は之を違法とする法規により処理され、財産犯は刑法によつて処断されるのである、前記行政解釈の如きは農林官僚独自の見解に過ぎない。

二、仮に百歩を譲り右主張が容れられないとしても、農地につき何等の権限なきものが農地を転用しようとする場合、その許可申請をなすべき場合としては農地法第五条の場合のみである。若し被告人に対し許可なく転用したものとして責任を問うとすれば転用時の所有者伊藤実と共に第五条違反となすべきであろう。即伊藤は所有者として、被告人は譲受転用者として共同申請しなかつたと言うのであれば格別、無権利者である被告人一人第四条違反なりとすることは第五条の存在と矛盾する。本件に対する山口県当局、山口市農業委員会の見解は同法第五条違反と言うのであるが、それは所有者被告人、譲受転用者田辺太作の五条違反とするのであつて全く見当違の見解である。原判決が転用当時の所有者は伊藤実であると認定し乍ら、四条申請をなすべき義務者の範囲を不当に拡張解釈をし被告人を同条違反として処罰すべきものとしたのは、四条違反と五条違反の分界を紛肴混乱させるものであつて明かに法解釈を誤つたものである。

三、又農地法第四条の許可申請をなすべきものは単に所有権を取得したものでは足らずその取得登記を経たものでなければならない。国の一般行政に於て各種の申請許可の手続は尨大な行政事務を形成し、近代諸国家に於てはその処理方式

のマスプロ化の傾向著しく、それは劃一的大数処理の法則のもとに許可行政官庁の負担と責任の軽減が計られ、申請者の努力と負担の下に劃一処理の可能なる如き資料の整備が要求される、例へば申請者の身分、権利、その他事実関係の立証は現存する証明制度を利用することを要求する。殊に権利関係の登記登録等の有権的資料は最も尊重され、むしろその有無により権利の存否を判断しうるものとし、以つて行政事務の簡易化を計つているのであつて、行政庁が権利義務の実質的調査をなす時代ではないのである。農地法の施行に於ても昭和二九年一〇月二三日付農地局長通達第五七七二号（農地法関係事務処理要領その㈠の一部改正について）によれば、所有権を移転する場合には（第三条関係）許可申請書に申請にかゝる土地の登記簿謄本を添付すべきことと定め、昭和三四年一一月一三日農地局長通達第五五〇七号（農地法関係事務処理要領の改正）によれば、法第四条の申請手続には申請土地の登記簿抄本を添付せしめることと定めている。従つて右謄本抄本の添付されない申請は審査を受けることは出来ない。

以上の次第であるから右申請許可の関係に於ては、昭和三三年七月一〇日交換による所有権取得登記のなされる迄被告人は本件農地の四条申請義務者ではなかつたもので、原判決は此点に重大な法解釈の誤がある。

第二、仮に以上の所論が容れられないとしても被告人に対し本件申請を期待することは不可能である。

証第二号中昭和三一年七月一四日付被告人より山口県知事宛申請書、安永秀雄の検察官調書（一六一）、被告人の昭和三四年一〇月二八日付検察官調書（一〇四）、証人吉松浩（五一）、被告人（二三二）の各原審に於ける供述等によれば被告人は昭和三一年頃本件外の被告人所有農地を埋立て関西鉱油、中国ベルゾール各会社の工場用地に転用し、之につき法第四条の申請をしたが県当局は第五条申請をなすべきものとし、両者その主張を譲らず現在までその許否未決と云う案件が存し、本件農地の転用についても同様の場合であつて四条申請をなすべきものと確信する。被告人は、県当局が到底之を許可しないことを知り遂に事前の許可申請をせずその後の五条申請の勧奨に応じなかつたものである。その結果山口県

知事は五条違反として告発したが、検察庁及び原審は四条適用を正当として起訴し判決となつたのである。本件につき被告人が四条申請をなしても許可にならなかつたであろうことは現に証人吉松浩が本件については仮に四条申請をなしたとしても許可にはならなかつたであろうと証言していることによつて明白である。県当局が斯くの如く自己の誤つた申請手続を固執し被告人の正当な申請を却下すること明白な場合、尚且被告人に対し却下を覚悟の上四条申請をなすべきこと、或は県当局の明かな誤である見解に屈服して五条申請をなすべきことを期待できるであろうか。被告人が何等の申請手続をしなかつたことはむしろ県当局の片意地な法律解釈の押付けに基因するものである。之を刑事責任として論ずれば被告人の申請は期待不可能として無許可転用はその責任性を阻却する。

原判決によれば吉松証言中「被告人より申請があつても許可されなかつたであろう」とある部分は措信せずと判示しているが、同証言中此部分のみを分別して措信せずとする根拠は何処に存するのか。安永秀雄の検察官調書（一六一）、山口市農業委員会議事録抄本（一五七）、被告人の原審に於ける供述（二三二）に徴するも山口市農業委員会及山口県当局も本件は四条申請ではなく五条申請をなすべきものであり、若し五条申請に訂正しなければ四条申請は却下する方針を確定していたこと明白である。吉松証人は「仮令四条で申請書を出されてもと言う部分を省き「申請は許可されなかつたであろう」との部分のみ措信せずとしたのも誠に牽強附会の理由づけであつて不可解である。惟うに原判決の趣旨は五条申請をすれば許可されるではないかと謂うにあると解される。然りとすれば仮令五条申請が誤りであり、四条申請が正しいとしても県当局が五条によるべしと言うのであれば之に従つて申請すべきであると謂うに帰着し、国民をして行政庁の違法な行政指導に屈服すべきことを要求するもので、行政の違法より国民を救済すべき裁判所の使命に反するものである。その趣旨は緊急避難に於ける急迫性の判断としてなされたものではあるが、官僚独善に左視する偏見は他の論点に於ても判示の基調をなし

ていると認められ到底承服し難い。

第三、被告人の本件所為は緊急避難行為である。

一、本件農地は第三種農地であつて転用申請は当然許可されるべきものである。許可を受けずして転用したことは違法であるとしても、農地法の保護法益侵害としては単に形式的名目的なものに止まるに反し、若し許可申請をなし知事の許可を待つとすれば四条申請を以つては許可を得られる見込なくよつて被告人の受ける損害は甚大である。

二、昭和三四年一〇月二七日農林次官通牒第三三五三号（農地転用許可基準の制定について）は農地転用許可基準を策定し、各地方庁にその処理方針を示達しているが、之によれば農地を区分して第一種農地、第二種農地、第三種農地とし、第一種は純農耕地として育成すべきもの、第三種は土地区劃整理事業施行地区内にあるもの、市街地の中に介在する農地、その他之に類するものであつて市街化すべき農地であり、第二種農地は第一種、第三種の中間的農地を言うものとし、第三種農地は原則として転用すべきものと定めた。勿論許可を要する以上は第三種農地についても第一種、第二種に共通の一般的基準として計画面積、位置、用排水、被害防除、離農措置等が考慮さるべきものと定められてはいるが、第三種農地に指定せられた土地は、全体として宅地化されるべき土地であるから、第一種農地、第二種農地に隣接する部分の外は、前記の如き一般的基準は極めて形式的に審査されるに止まり、近傍農地に対する影響は殆んど考慮の必要はなく附近農地に関係のない用排水、被害防除設備の如きは工場地帯の保安衛生の観点から別途の法規によつて規制されるのであつて、農地法乃至農地委員会の関与すべきことではない。即第三種農地については実質的には離作措置近接農地耕作者の承諾の有無のみによつて転用許可がなされると言つて過言ではない。本件農地は隣接農地と共に第三種農地であり、本件農地の宅地化は附近地価昂騰を助けるものとして喜ばれているのである。吉松証言によつても第三種農地で転用不許可となつた例はないのである。殊に区画整理事業施行区域内の第三種農地である場合は土地区劃整

理法第一条に謂うが如く、健全なる市街地造成を目的とする地域に属し、既に農地としての運命を外されているものであつて、農地法第一条に謂う「耕作者の地位の安定、農業生産力の増進」を計るべき土地ではない。即実質的には右農地法の使命に奉仕する農地行政官庁、農業委員会の所管すべき土地ではないのである。従つて申請許可なくして之を転用したとしても農地行政官庁の面目論は暫く措き、農地法の保護法益侵害の程度は極めて軽微である。

三、之に反し四条申請をなしても許可されないとすれば被告人の蒙る損害は僅少ではない。有限会社二光塗装工場はもと山口市駅前附近に存し四十数坪の狭隘なる土地に存した小工場であるが、修理自動車が之に蝟集する為附近道路の交通を妨害し、又塗装に用うるシンナーの噴霧が天井の低い建物内に充満し工員の健康を害する為、警察署及労働基準局より一再ならずその改善、或は移転を求められていたが、昭和三三年始頃は最早その日延しも困難となり早急移転しなければ工場閉鎖も止むなき事態に至つたので、二光塗装の相談役として之が育成発展に努力していた被告人は之を本件農地に移転することを計画したものである。そして被告人はその用材を以つて本件土地に工場を建築する等一応被告人の資金によつて建築完了まで漕つけたのであるが、右競落講堂の除却期限は同年五月二五日であつた上入梅期前であつたからその解体建築を急ぐ外、本件土地埋立に要する栗石、砂を増水前の河床より採取する必要があり、その時期を誤れば異常な損害を蒙る状況であつた。右の如き事情から四条申請により許可の得られないことを見越し許可なく転用したものである。

四、被告人個人の右の如き財産的損失と農地法の保護法益はその軽重比較に適しない異質のものではあるが、その軽重比較の参考として又は損害の急迫性に関し特に考慮さるべきは、第二に記載の如き県当局及農業委員会の農地法の解釈適用上の誤であり、その誤を被告人に強制したことが本件農地法の保護法益侵害の結果を招いたことである。而もその法解釈の誤たるや、農地所有権移転は県知事の許可により始めて効力を生ずると言う、農地行政関与者として極めて初歩

的知識を欠いていたと言う重大なる過失であることである。山口市吉敷出張所員である安永秀雄は検察官に対して、本件土地は昭和三三年六月頃と現在とは現地の状況に変りなく、自分は現地の状況はよく知つていると供述し、昭和三三年六月頃には本件土地の埋立は七〇〇坪につき完了していたことを供述している。然るに山口県知事の告発状（一五）に於ては本件土地の転用時期を昭和三三年七月から八月迄の間であると記載し、伊藤被告人間の農地交換許可以後に転用されたものとして告発している、県農業委員会何れも六月中に七〇〇坪の埋立の行われたことは知つていたのに拘らず故意に、転用時期をずらせて告発し前記交換の効力発生時期を知らなかつた誤を隠蔽しようとしたものの如く解される。県係官、農業委員会委員全員が前記初歩的知識を知らなかつたと云うことは珍しい事例であるが之亦被告人に対する感情的憎悪により被告人を憎むに急なる為右の誤りに陥つたものとすら推測されるのである。被告人は狷介不屈とは言え不正と違法には節を枉げない。

被告人は昭和二四年頃自己所有農地中山口市大歳地区の農地三反五畝歩につき県当局が之を仮装農地として買収計画に組入れ公示したのに異議を申立て山口市農業委員会及県当局と約一年間抗争した結果山口県農業委員会をして被告人の主張を承認させ右計画より外させたことがあり、続いて被告人方に隣する竜福寺の寺領である畑約三反歩（当時の現況は竹藪）を山口市農業委員会が入植地と指定したのに対し被告人に於て同寺の為異議を申立て之亦県農業委員会の審査の結果撤回させる等の事蹟があり、県当局農業委員会とは常に相反撥していたもので県及農業委員会は被告人に対し感情的反感を有していた。本件記録及証拠物の随所にその一端が窺われるのである。

原審が既に本件に於ては四条申請を正当とし乍ら、仮令県当局の指示が法解釈の誤であろうとも素直にその誤に従うべきであつたとの趣旨の認定をしたことは司法裁判所の判決として誠に遺憾である。違法に届すれば危難は去ると言う場合は緊急避難行為は許されないものであろうか、法は国民に対し違法に服従する如き卑屈を要求するものではない。

原審は被告人が徒らに県当局に反抗して自ら刑責を招いたものであるとの見解の下にその責任追及にのみに急であつて、県当局の感情的処理と重大なる過失に基く誤つた行政解釈の押付行為の責任には面を背けている、前記第一、第二の主張が仮に容れられないとしても被告人の所為は緊急避難行為として其の刑事責任を免脱せしむべきであろう。

行政庁の違法の態度を是正し国民の人権を擁護することこそ司法裁判所の使命と信ずるので本件については速かに無罪の言渡あらんことを望むものである。

以　上

昭和三八年(あ)第二〇一九号

決　定

本　籍　名古屋市中村区中村町三丁目二九番地
住　居　京都市下京区東七条東町二九番地
無　職　瀬川好弘　大正一二年三月一日生

右物価統制令違反被告事件について昭和三八年七月一日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人表権七の上告趣意第一点について。

所論のうち違憲をいう点は、要するに、物価統制令はその一条に規定するごとく、「終戦後の事態に対処し物価の安定を確保し以て社会経済秩序を維持し、国民生活の安定を図ることを目的とした」限時法的性格を具有した法規であり、経済状態が常態に復し国民生活が安定したときは早晩廃止さるべき運命にあるものであるところ、被告人の本件犯行時である昭和三六年頃の経済状態は安定し、同令所定の目的はすでに解消したものであることは公知の事実であるから、裁判所は、もはや同令の効力を認むべき合理的理由なしとして、これが適用を排除すべきであり、少くとも終戦後の緊急事態の解消した今

昭和三九年九月八日決定　昭和三八年(あ)第二〇一九号

日においてもなおその存続の必要があるとすれば今日の事態に合つた条件と法定刑をもつてすべきであるのに、被告人の本件所為に同令をそのまま適用処断した原判決は憲法一三条の解釈を誤つたものであるというにある。しかし、同令は、昭和二七年法律八八号により法律として効力を有するものとされ、その施行期限を予め定められた限時法ではないから、廃止されない限り当然その効力を失うものでないこと原判示のとおりであるから、所論違憲の主張はその前提において失当であり、その余の論旨は単なる法令違反の主張であつて、結局所論は適法な上告理由に当らない。

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適法な上告理由に当らない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三九年九月八日

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

弁護人表権七の上告趣意

第一点　原判決は被告人の控訴を棄却し其の理由に於て物価統制令第一条が終戦後の事態に処し悪性インフレを抑制し物価を安定し社会の経済秩序の推持及国民生活の安定をはかるを目的とすることを明示している以上漸定的立法であつて本件犯行時の昭和三十六年頃には日本経済には終戦後の悪性インフレの如き事態は全くなかつたのに右第一条の成文を存置したまゝで第二条以下の条文を適用したのは憲法第十三条に違反するとの趣旨の控訴趣意第一点に対し物価統制令第一条が限時法的性格を具有した法規であり終戦後の異常な社会状態が終熄して経済状態が常態に復したときは早晩廃止を免れない運命の法規として立法されたものであることは所論の通りだと認め乍ら、本令は昭和二十七年法律第八十八号によりなお現下の経済状勢より存続せしめる必要があるものとして法律としての効力を有するものとされている事及同令は施行期限を明確にした限時法であるから廃止されない限り当然其の効力を失はないものとした事及本件ダフ屋の如き特急券、寝台券の不当高価取引や暴利行為は社会経済を紊乱する者があるときは同令を適用しても憲法第十三条違反とならない旨説示した事は明白に憲法第十三条を誤まり解釈した違法があり、又判決に理由を附しない違法を犯したものである。

被告人　瀬川好弘

分説すると。

一、昭和二十七年法律第八十八号を以つて物価統制令が当時の経済状勢より尚存続の必要ありとして法律の効力を与えられたのは、生産財の価格は昭和二十一年八月の指数を百として昭和二十四年二月の価格指数は五百三となり消費財価格指数は昭和二十年九月を指数百として昭和二十年四月には指数八百二十に達したのを頂点として以後続落に転した（東洋経済社編日本経済読本昭和二十五年五月発行の第百四十二頁）之れまでが所謂最も激烈なる終戦後の悪性インフレの

事態なのであつて、昭和二十四年下半期から昭和二十五年上半期にかけて物価は寧ろ一時的に下降を呈し安定の第一歩に入りかけていた、処が昭和二十五年中に突如朝鮮動乱が勃発してから再び急速に物価が上りかけた、即ち経済企画庁編経済白書昭和三十六年度版第五百九十七頁の統計によると卸売物価指数は昭和九―十年の平均を一として生産財については昭和二十五年二二二・一、昭和二十六年三四一・六、昭和二十七年三五〇・六、昭和二十八年三五五・三、昭和二十九年三四二・七、昭和三十六年五月三七二・五、であり消費財については、昭和二十五年二六七・四、昭和二十七年三二八・三、昭和三十六年五月三四一・七となつており、昭和二十六年及同三十七年にかけて如何に急速に上昇したか一目瞭然である、而も月別には昭和二十七年下期に入つてから寧ろ下がりかけており、昭和二十五年下期から昭和二十六年末位までの間に著しい昂騰を示したので、之れは当時日本経済の復興は稍々緒についたばかりて底は浅く、朝鮮動乱と云ふ事態だけで下りかけていた物価が年間に一倍半に反騰を来す位軟弱であつた事を暴露したものであつて、此の暴露中の昭和二十六年末頃から物価統制令を法律に変へる事が国会に提案され翌昭和廿七年三月に通過したのが同年法律第八十八号でありますから当時猶終戦後の経済的疲弊状態が存続しているものとして勅令の物価統制令第一条が旧のまゝ推持された国会に於ける状勢判断は必すしも間違いではないし、この事は国民に対しても説明出来るものである。

而し昭和廿七年の物価指数と昭和三十六年のそれとは九年の間隔をおいて殆んど五%位の上昇しかなく、而も一方鉱工業生産指数のみを見ても東洋経済新報社編日本経済年報一九五九年第一集第二三一頁通産省調べ鉱工業生産指数中産業総合（鉱工業及製造工業の総合）昭和三十年を指数百として昭和二十五年五〇・五、昭和二十七年七三・〇、昭和三十四年一四八・八、昭和三十六年は約一六〇・位と思はれ昭和二十五年より約三倍、昭和二十七年より二倍半に昂上している一事を見ても其の経済復興振りは世界の注目の的となり物価は著しく安定して戦前を揺かに凌く鞏固さを示し終戦後の悪性インフレの状態などどの経済指標から見ても明白に解消されているのに之れでも物価統制令第一条の限時法

的性格を是認し乍ら尚且同条所定の目的が解消していないと、どうして云い張るのか早晩廃止されねばならない条文が早晩を揺かに過ぎ朝になり正午に近づいたような昭和三十六年頃の経済状態を指して終戦後の事態が解消していないとどうして云ふのか、而も原判決が経済統計一つも指適しないで、何一つ証拠も示さないで昭和廿七年に国会が未だ維持したからとの理由だけで右統計の一端を捕へただけでも明白なる経済復興の公知の事態を無視して何等の理由も示さずして物価統制令第一条の目的が達せられていないと云ふのか、此の点明かに理由を附せずして判決した違法あるものである。

裁判所は国会に対して物価統制令第一条の改廃を請求出来ないからと云つて国会が政府が改廃を懈怠して何十年でも放つておいても、そんな時代に会はなくなつた成文の条文を何故いつまでも効力ありとして諸々として適用せねばならんが遠慮なく違憲として之れが適用を排除すべきものである、少くとも国民に遵守を約した憲法第十三条のある限り物価統制令第一条の成文は昭和三十六年に於て尚効力ありとすることは証拠も合理的理由もなくして国民の納得出来ないものであるから当然裁判所は之れが適用を拒否すべきものである、政府が改廃しないからいつまでも無理と思はれても適用する外ないとする如き原判決の説示は理由を附せざる判決として違法を免れない。

二、物価統制令第一条が公共的の福祉実現の目的のものであると云ふ事は論理上前項論旨の答となるものではない事は明白である、今後平時に於ても尚存続する必要があるとすれば物価統制令の罰則の法定刑を終戦後の緊急事態下に於て国会に承認された法定刑よりも緊急事態解消後は法定刑をずつと下げてでも国会の承認を得てしない限り、旧の通り適用ありとするは憲法第十三条違反たるを免れない。

三、本件ダフ屋の行為は国民の喜ぶ行為ではない、然し終戦後の緊急事態の解消した今日はその今日の事態に合つた、条件と法定刑の下に於ては存続を許される余地はあるだろう、然し現物価統制令の成文のまゝで適用してもよいと云ふ理

由にはならない事も明白であるから其の間の説示をしないで、只憲法第十三条に違反しないと結論だけ示したに過ぎない原判決は理由を附しない判決理由たるの違反たるを免れない。

又、甚だしく闇の高値を出しても特急券や寝台券を買はねばならんと云ふ人は国鉄を利用する多数乗客の多数に比し極く僅かである、同じ贅沢と云へども、どうしても特急や寝台で行かねばならないと云はねばならない場合もそんなに多くはない、遅く来ても特急や寝台に而もどんなに高く出してもそれを入手せねばならないと云ふ事は真に僅少の人であり、場合である、どうして、之れを求める事が国民生活が安定しない程、物価の安定を確保出来ない程の影響力を持つか、純理論的に僅かでも影響しないとは云い切れないと云ひ得るに過きないものを以つてどうして物価統制令第一条と第三十四条の法定刑が意味する様な国民生活全般に直接重大な影響を与える程の行為だと云い得るかを思へば、物価統制令の適用を排除しても、別に軽い法定刑を持つた別の法律を作らねばならない、必要もなしとしないと云ふ事を説明し得るに過ぎないのではないか。

以上を以つてすれば右物価統制令を本件に適用することは憲法第十三条違反となる事は明白であるに不拘之れを廃除した原判決は破毀を免れないものである。

第二点　原判決が其の理由に於て

被告人瀬川の控訴趣意第四点、第五点を排斥した点は正に判決に理由を附せざる違法がある。

控訴趣意第四点に於て被告人が入会金として取つたのは、組合員の資格を獲得する為めに納入したものであつて月々の組合費の分担の意味で出したものではないし、入会金は利用者の利用度を三段位に格別して一会員千五百円、四千円及六千円としたので組合費の如く利用枚数により一枚から三十枚まで、十段階に区別して毎月権利が消滅して行くものと違つて、入会金は一度納入した以上会員として組合に出入りする限り無制限の年月に亘り消滅する権利金ではない、従つて組

合費は一ヶ月の最後の切符代金精算の日を以つて購入枚数の程度に従い支払ふ金額を購入枚数の正当価格外の不当高価として、その購入枚数に対する不当高価として計算される事は道理であつても入会金までを不当高価に算入すべきものでない事は道理上明白であるから之れを算入して可なるも何んとも答へていない入会金まで不当高価に算入されているものがあると控訴趣意に於て論じてあるのに、その算入されたものがあるともないとも答へず、而も第一審判決の不当高価を其のまゝ認容している原判決は理不尽も甚だしいものであり何故に入会金が当然に具体的な月の購入切符の不当高価として算入されるべきかの理由も全然附していない違法を犯しているものであつて破毀を免れないものである、又原判決は組合業務に仮装して真実は切符の正当価格に組合費名下に徴集したのは不当高価になると断じているのは独断も甚だしい、第一審の判決添付犯罪一覧表記載を見て明白なる如く岡崎株式会社は十七枚の切符を買つて其の正当価格合計壱万弐千七百六拾円となり之れに対し、不当高価の弐、五〇〇円は弐割にしか該当せず一枚当り百五拾円にならない、之れが第一審判決の有罪事実第一の(一)(二)の如き正当価格の倍額即ち十割も高く、而も一枚当り八百円位の暴利を取つていたのに比し、一枚当、百五拾円の高価に著しき改善が為されており、此の一枚百五拾円か弐百円未満の高価は組合費か組合の事務員を共同機関として利用し其の最低給料費及事務費を分担した結果であつて最低給料を揺かに上廻はる営業利益又は投機売買の利益になるようなものは全然取つていないのでありまして、各組合員が自分で京都駅までタクシーに乗つて時間をかけて自ら買いに行くより揺かに安くなつているので全く組合員の共同購入費の分担と云ふ実質を表はしており、之れ正に組合制度として効果が歴然としており被告人等個人の商業的利益を目的として売買した旧来のダフ屋の不当高価販売と全然趣きを異にする実質上の違いが劃然としているのに何の説明もなしに只、組合業務を仮装してと判決した原判決は全く理由を附せざる違法を犯しており、僅かでも正価を超過していると云ふだけで、暴利の実質は全然ない事は犯罪一覧表の数字そのものが示しているのに之れを暴利とか或は不当の高価とした事は物価統制令を誤ま

り適用した違法があり正に破毀を免れないものである。

六

以上

昭和三八年(あ)第二二〇四号

決定

本籍　朝鮮忠清南道扶余郡林川面郡司里

住居　神奈川県川崎市上小田中一二〇六番地

廃品回収業

坂村または石原達夫こと

裵達一生

昭和七年一月五日生

右たばこ専売法違反被告事件について昭和三八年七月一五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決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人岡部勇二の上告趣意第一点は、違憲(三一条、二九条一項違反)をいうが、その実質は、単なる法令違反の主張であつて(公社または指定小売人でない者が、反復継続してする意図のもとに、製造たばこを他に販売する行為は、たばこ専売法二九条二項に違反するものであることは、当裁判所の判例とするところであつて、――昭和三三年(あ)第一二六五号同三五年六月二三日第一小法廷判決、刑集一四巻八号一〇八〇頁、昭和三七年(あ)第四一〇号同三七年九月一三日第一小法廷判決、刑集一六巻九号一三二七頁参照――右判例は、いまなお、これを変更するの要をみない。)、上告適法の理由に当らな

昭和三九年九月九日決定　昭和三八年(あ)第二二〇四号

一

い。

同第二点は、単なる法令違反を前提として違憲（二九条一項違反）を主張するものである。しかし、公社が製造し、指定小売人から売渡された製造たばこであつても、没収することができるのであることは当裁判所の判例の示すところである（昭和二九年(あ)第二六五七号同三一年一二月二八日第二小法廷判決、刑集一〇巻一二号一八一一頁、昭和三七年(あ)第四一〇号同三七年九月一三日第一小法廷判決、刑集一六巻九号一三二七頁参照）から、所論はその前提を欠き、上告適法の理由に当らない。

同第三点は、量刑不当の主張であり、上告適法の理由に当らない。また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三九年九月九日

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

弁護人岡部勇二の上告趣意

第一点　原審は、第一審と同様に、本件被告事件につき、たばこ専売法の解釈を誤つて適用し、本件被告事件が本来無罪であるのに拘らず有罪を言渡したもので、原判決は憲法三一条の規定する罪刑法定主義の原則に違反すると共に、ひいては憲法二九条一項の規定する財産権不可侵の原則にも違反するものである。

本件被告事件の公訴事実は、いわゆる「バチンコの景品たばこの再売却」といわれるもので、本来、刑事訴訟法三三九条一項二号の「起訴状に記載された事実が真実であつても、何らの罪となるべき事実を包含しないとき」に該当する法律上明白に罪とならないものであるのに拘らず、従来最高裁判所及び下級裁判所はすべてこれを罪となるものとして処罰して来たものでありますが、弁護人は本件公訴事実は、たばこ専売法（以下単に法という。）二九条二項及び七一条五号の規定する罪（公社ではこれを無指定販売罪と呼んでいる。）の特別構成要件に該当しないものであり、且つ、違法性のないものであつて、刑事訴訟法三三六条の「被告事件が罪とならないとき」に該当し、無罪となるべきものであるから、原判決は憲法の定める罪刑法定主義の原則及び財産権不可侵の原則に違反するものとして破棄されなければならないことを主張します。

弁護人は以下において、

第一、本件公訴事実は違法性がないこと

第二、本件公訴事実はたばこ専売法の定める特別構成要件に該当しないこと

昭和三八年(あ)第二二〇四号

被告人　坂村又は石原達夫こと　裏　達　生

の二つに分けて、その理由を明らかにします。

第一、原審は、本件公訴事実が何らの違法な事実をも包含していないのに拘らず、これを違法な行為として処罰した。

違法性の実質は、国家的法秩序の精神、目的に反することであり、その具体的な軌範的要求に背くことである。

本件公訴事実は、右の国家的法秩序に背反するものでない。

一、従来、裁判所は、たばこ専売法違反事件を処罰するに当り、しばしば「たばこ専売法制定の趣旨目的からして、本件のような公訴事実を処罰しなければならない。」と説明しているが、その実、右専売法制定の趣旨目的について理解していないのみならず、専売そのものについても、認識がないものと認められる。それで先ず、専売及び専売法制定の趣旨目的について、主張します。

二、わが国には、専売法という名称を附した法律は、たばこ専売法、塩専売法、樟脳専売法（昨年四月に廃止された）及びアルコール専売法の四件があるが、これらの専売法を制定した趣旨目的は同一ではない。

なお、アルコール専売法は、昭和一二年にいわゆる財政専売ではなく、燃料国策の目的でアルコール製造企業の独占を目的として制定されたものである。

また、右のほかあへん専売がある。あへん法二条は「あへんの輸入、輸出、けし耕作者及び甲種研究栽培者からの一手買取並びに麻薬製造業者及び麻薬研究施設者への売渡の権能は、国に専属する。」と規定し、たばこ専売法二条と同一のあへん専売権を設定しているが、右専売権はいわゆる財政専売でなく、国民保健のための専売いわゆる保健専売であるので、一般にいわゆる専売権という意識が少なく、その所管は厚生大臣に属している。

本来専売制度は課税制度の変形したものであつて、ただ徴収の手段において、課税が国権により強制的に一定率の金額を賦課徴収するものであるに反し、専売が専売貨物を手段として売買という契約自由の原則に基づく経済的形式

により消費税相当額を徴収するという点に差異がある。

従つて、専売貨物は、国民生活に欠くことのできないもの及び代用品のないものほど適当であり、米、麦、酒が専売貨物とならないのは独占技術の問題である。

なお現在、製造たばこについてのみ、地方税法によつて、道府県たばこ消費税及び市町村たばこ消費税が賦課されていることを注意しなければならない。

また、現在では、たばこ専売の実施は、国から独立した公法人である日本専売公社が担当しているのであるから、たばこ専売を改正ないし廃止して、酒、砂糖のように間接国税として徴収することも税法上さして困難でないのである。

三、たばこ専売は、財政専売といわれ、財政収入を目的としたもので、たばこの収納、製造及び販売の全段階を政府が独占するいわゆる完全専売である。

塩専売は、明治三八年の旧法制定当時は財政収入を目的としたものであつたが、大正七年その政策を変更して、収益主義を放棄して、公益主義を主目的とし、終戦前後には自家製塩を認め、現在はいわゆる保護専売といわれ、塩の需給調節、塩業の保護、塩価の低減を目的としている。

樟脳専売は、初めから公益専売の色彩が強く、保護専売を主目的としていたが、昨年の通常国会において樟脳専売法廃止法が成立し、昭和三七年法律第一九号をもつて終に廃止されることになつた。

そこで、これらの三専売の法律的、経済的及び社会的意義を理解することが先ず必要である。

四、さて次に、専売法制定の趣旨目的について、学者の述べているところを引用して、弁護人の主張が独自の見解でないことを明らかにします。