出頭した片野源次郎および利害関係人として調停期日に出頭した被告人山本清三郎は調停条項を受諾する意思を有しなかつた」と要約している。

しかし、こゝでも、弁護人の主張はゆがめられていることを指摘せざるを得ない。

弁護人はたしかに、一審冒頭の総括的意見においては右標目のもとに主張を展開したのであるが、一審弁論（竹沢、島田弁護人）、二審弁論（竹沢弁護人）においてはさらに「証拠調の結果は一人片野源次郎のみでなく山本善次郎を除く他の入会権者全部について調停条項受諾の意思の存在しないことが明らかになつた」旨主張しているのである。

従つて、まず、この点において原判決には判断遺脱、理由不備の違法があるものといわねばならない。

2　山本善次郎を除く他の関係部落民全部について調停条項受諾の意思の存在しなかつたことは、弁護人が従来証拠に基いて明らかにしてきたところである。

一審証人鹿志村光亮の九月十九日調停基本条項が示された前後の状況についての証言は

「問　九月二十日の期日に基本条項案が示された時にその席上に控訴人あるいは利害関係人はいたでしようか。

答　その時はいませんでした。

問　先程あなたは、こゝで調停成立が洩れると債権者から文句が出るから困る、秘密にしておかねばならないというのは、席上誰から言われたのですか。

答　それは福田弁護士から出た言葉です。

問　そうすると調停の内容は秘密にしておかなければならんということは控訴人あるいは利害関係人のいない席上で言われたわけですね。

答　そうです。」

とのべている。

調停が成立してしまうまでは債権者に条項がもれると困るから秘密にしておく、そのために部落民を除いた席で基本条項が示されているのである。

基本条項がこういう状況の下で示された以上、これを関係部落民全員に示して諒解説得の工作がされなかつたのはけだし当然である。

代理人が右九月二十日以降十月十一日迄の間部落に一度たりとも赴いていないこと、その間、十月十一日直前になつて、鹿志村派部落民に対しては鹿志村光亮が、反鹿志村派部落民に対しては山本善次郎が夫々調停参加方の勧誘をしていることが認められるが、右両名とも基本条項を熟知しているのに拘らず、部落民に対しては、調停に参加すれば山に入れるが、参加しないと入れなくなる、という簡単なしかも事実に反する説明によつて参加方しようようして歩いたこと、その結果、関係部落民は基本条項は何ら知らされず、中には調停とは話し合いを進めてみる程度としか思わぬものが多かつたこと、むしろ、関係部落民の無知に乗じて右各書面に判をとつて歩いたと思われる状況にあることが充分うかがえるのである。

そういう関係部落民に、本件調停受諾の意思が存在したと認めるのはどうしても無理である。

十月十一日当日利害関係人あるいはその代理人として出頭した山本善次郎を除く関係部落民も、それに至る経緯が右の如きものである以上、調停条項読み上げの段階に至つて部屋に呼び入れられ、突然条項を読み上げられる席に同席したからといつて、それが何を意味するか理解できないまゝ手続終了を告げられ、関係者の祝辞なるものをきかされたとしても、それによつて調停受諾の意思が存在したとは到底いえない。

従つて合致すべき意思の存在しない本件調停は不成立と認める他ないのである。

3　原判決は九月二十日以降、十月十一日に至る間について「山本善次郎は九月十九日の調停委員会で示された基本条項案を携えて部落に帰り、その後十月十一日の期日までの間に数回にわたり部落民と会合し、ことに、右期日の二、三日前に自宅に小川市蔵を除く控訴人および利害関係人多数の参集を求め、もちろん片野源次郎をもこれに加え、右案を中心に討議した」云々と認定している。

しかし、基本条項がとくに秘密にしておく必要があつて部落民のいない席で提示されていること、山本善次郎が参加申出書等に署名押印をとるのに基本条項を説明せず、むしろ逆のことを宣伝していたこと、代理人弁護士も部落を訪れていないことなど、明白な右各事実によれば十月十一日までの間に「右案を中心に討議した」事実が何ら存在しなかつたこと明らかである。

この点、第一点においてものべたが、原判決には重大な事実誤認がある。

なお、原判決の右事実誤認は十月十一日前後に部落に農村調査に赴いた早稲田大学畑穣副手（当時）らの経験によつても明らかであること、弁護人が最近これを知る機会を得たので追つて証明する。

4　原判決の右重大な事実誤認は本件調停の成否に関する誤認であるから、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ねばならない。

五、授権の欠点（原判示丙(イ)、(ロ)に関連して）

1　小繋山数十年の争に終止符をうたんとする調停において、その成立時まで条項が秘密にされて関係部落民に知らされず、当然あるべき説得諒解工作もなされなかつたこと前記の通りであるが、かかる異常な事態の反映が、通常では考えられないところの、五名の訴訟代理人に対する特別授権の欠缺であるとみる他ない。

原判決は「訴訟終了後の段階で既往の代理行為につきその権限の存否が問題となつた場合にまで書面のみによる証明方法を要求する実質上の理由が乏しい」といゝ、あたかも弁護人が書面上の特別授権の不存在のみをとらえて主張しているかの如くいう。

しかしこれは誤解も甚しい。

弁護人は右の実情と経緯すなわち実質的な理由の反映が書面上の特別授権の欠缺という瑕疵となつて現れたものであり、だからこそ書面上の授権欠缺は単なる形式ではなく、実体の反映としてみるべき決定的な瑕疵であると主張してきたのである。

そのことは一審以来詳細に主張立証しつくしたと信ずるから改めてこゝで書く必要はないと思うが、原判決はかゝる弁護人の主張を全く顚倒して、まず主張自体を形式化し、これを形式的な法律論で排斥したものであつて不当である。

2　同様のことは片野源次郎に対する参加代理権授与の欠点についてもいえる。

原判決には重大な事実誤認があり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反すること明らかであるから、原判決の破棄を求める。

六、片野源次郎に対する裁定書不送達（原判示丙(ト)に関連して）

おつて補充書において理由を補充する。

七、以上に関連する原判決の判例違反

弁護人は、以上の論旨に関連して、原判決の民法、民事訴訟法等についての法令の解釈適用の誤を簡単に指摘してきたが、判示は同時に判例にも違反する。その詳細は補充書でのべる。

原判決は速かに破棄されねばならない。

第六点　犯意についての重大な事実誤認と憲法第二五条違反、被告人らには犯意は存在しない。原判決が犯意少くとも未必的犯意を認定したことには重大な事実誤認があり、右誤認は判決の結果に影響を及ぼすこと明らかであるから、原判決はこれを破棄しなければ著しく正義に反する。

また、小繋山は部落民が生きるためには不可欠である。その小繋山への立入り、入会行為を処罰する原判決は憲法第二五条に違反する。その理由の詳細は補充書をもつてのべる。

第七点　入会権についての重大な事実誤認と法令の解釈適用の誤り

原判決はその判示第四取権調査、第三いわゆる小繋御山の所有および使用収益関係について、の項で、

1　部落民は永年にわたる事実的慣行に基き、右山林原野につき御山守立花喜藤太の統制に服しながらも、いわゆる共有の性質を有しない入会権を有していた。

2　部落民の有していた入会権は山林原野からたとえば建築用材や薪炭材などを好むとき好む量を所有者の承諾なしに無条件で伐採できるような無制限な権利ではなく、所有者の統制に服し、これに対価的なものを給付し、その承諾をえる等の要件を伴うところのその行使を制限されている権利である。

旨判示するが、右はいずれも重大な事実誤認をおかしたものであり、かつ、入会権に関する法令の解釈適用を誤つたものである。その概要はすでに第一点でのべたが、詳細は前訴判決が小繋部落民を拘束しない理由とともに、さらに補充書を提出する予定である。

第八点　事実誤認

被告人らに対する原判決認定事実のうち、窃盗、封印破棄に係る事実については、これまでのべてきた諸点とは異つた

検討を要すること当然である。

たゞ、しかし、本件で問題となつている窃盗、封印破棄の対象となつた物件は小繋部落民が入会権を有する小繋山から、同部落民であり入会権者である被告人らが伐採した薪材等であり、これに対し、所有権を主張する鹿志村が仮処分命令を得てその執行をしたものであること概ね争いない。

被告人山本ヨシノについては、右仮処分執行当時、小繋山に薪取りに赴いていて執行現場に立会わず、帰宅後、執行薪材に立てられた木板をみたけれども、公示札の認識なかつたこと、入会権存在の確信の強さからいつても容易に認められるところである。

原判決がいうところの、被告人が帰宅して「なんだ、こんなまねをして」といつたとしても、右の認識不存在の事実を否定する理由とはならない。

次に、被告人小川市蔵に対する封印破棄、窃盗の原判示認定事実については、同被告人は山本清三郎方前の楢薪を自動車に積載する作業に手送り、積込み等何らの協力もなしていないのであり、同被告人の健康もこれを許さなかつた事情にあつたこと等がこれを裏づけているのである。

原判決は証拠の評価を誤り、事実を誤認した違法があつて右誤認は原判決に影響を及ぼし、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

昭和三八年(あ)第一五二二号

被告人　山本清三郎
同　山本ヨシノ
同　小川市蔵
同　立花金作
同　山本満雄
同　山本定蔵
同　斎藤実利
同　藤本正

被告人の上告趣意

一、仙台高裁判決文は一口にいつて

不法な山林地主に加担して、それを擁護している米日反動と、その走狗として、大がかりの不当弾圧を強行した警察、検察当局に迎合し、父祖伝来の入会慣行をまもり、社会正義と真実のために、公正な裁判を要求して、正義の勝利に確信ある者を罪人にしたてる作文にすぎません。

どんな困苦や迫害にも断じて、ひるむことなく、社会正義と真実と良心にもとる証言を一切措信せず、権力にへつらい利己心のためには良心をかなぐり捨てる者、正義の部落民をあざむき、くいものにし、利権のとりこになつたものの証言を措信しているにいたつては、法の威心を裁判所自から放棄したものと同然であるとしか考えられません。

小繋部民の離散を防ぎ、今日にいたる部落をさゝえ、小繋山とともにある小繋部落の厳然たる事実と存在を認めず小繋

部落の発展を阻害し、平和を擾し生活、文化の向上をおさえ、すべての民主的権利を侵害し、生存権すらおびやかしている者の不法を認めず、この言語に絶する不法のかぎりをつくした者を正義とし、あらゆる困難にたえて、たゆまぬ労働によつて入会慣行と部落の営農をまもつてきたものに懲役刑で報い、社会のダニと判定し、部落民に法の遵守を説諭している。部落民、われ〳〵は公正な法の適用をのぞむために、半世紀におよぶ法廷闘争をつゞけているのです。

仙台高裁判決は、この小繋山をまもりぬくために血で血を洗う、汗のにじみでる労苦と多大な犠牲をおしまず、たゝかつてきた五十年の歴史のすべてを、単なる形式論理で反古にする非道に心から義憤をおぼえます。判決文に一貫して流れている思想は、形式論理の操作であり、偏見のない厳密な科学性と徹底した農民解放の精神、生た法の尊厳、公正な法の適用を自から放棄した反農民的なものです。これなるが故に誰しも否定することのできない、訴訟手続上の不備瑕疵、誤認等の冷厳な事実すら形式的なものとし、その背後にあるものを捨象して不法に加担して明らかに余断をもち、その厳然たる誤りを正当化するあまりに、裁判官独立の原則に背むき、真実歪曲に知恵をしぼり、鹿志村警察、検察当局の弁護につとめている結果になつています。

二、高裁判決の入会権（こつなぎ）誤認について

高裁判決は、小繋山に関する入会慣行を職権調査し「右山林原野から、たとえば建築用材や薪炭材などを好むとき、好む量を所有者の承諾なしに無条件で伐採することのできるような無制限な権利であるのでなく、所有者の統制に服し、これに対価的なものを給付し、その承諾をえる等の要件を伴うところの、その行使を制限されている権利である」と断定している。しかし、小繋部落には古来、旧南部藩当時より明治、大正、昭和を通じて、入会慣行が存在している。この慣行の具体的内容は、(イ)山菜、果実、木の実などの野生物の採取、(ロ)秣、厩肥、堆肥などに供する野草、葛類の採取、(ハ)山桑、落葉の採取、(ニ)薪、手柴、農用材、建築、補修用材の採取、(ホ)開墾、馬の放牧等であり、この事実を何人も心にやましきもののない人は否定することはできません。権力と公私にわたる迫害に屈服する弱い者は、表面ではその支配と統制に服しているかのようにみせかけて、いかなる公私の圧迫、不当な弾圧にくつするることなく公然と入会慣行をまもつているものの力にあづかり、それを楯として権利行使をしているものが一部存在するが、今日なお小繋山をめぐる入会慣行は依然として継続しています。小繋山の入会慣行は部落民の生命であり、部落に居住するものは小繋山の入会によつてこそ、営農と生活が維持できたし、今日の部落が存在しているのであります。部落における法的秩序を一切否定する。その断定により、自から冠婚葬祭を一にし地域的共同体をなしている笹目子、朴舘部落民の権利を略奪することに手をかしている。家屋の建設には全部落民が援助する慣行がある。そのために全部落民は当然のこととして手伝つた、しかし特定の人のみ森林法違反という理不尽を強容している。しかし小繋部落の共同体秩序は封建遺制をとどめた古いものでなく闘いのなかで、基本的権利の確認、すなわち人間の尊厳、権利の確認、相互援助によつて、もつとも民主的な新しい秩序を創造しています。小繋部落民は、大正四年以来、五度におよぶ、大がかりな刑事不当弾圧、殺人、傷害、暴行、人権蹂躙、ありとあらゆる私刑にも決して屈することなく入会慣行をまもり、営農と生活を維持してきた苦闘五十年の歴史のなかに、小繋山をめぐる入会慣行の強さと、その性格をなによりも明白に証明しています。小繋部落民は民法で規定する「共有の性質を有する入会権」を維持することによつて、あらゆる困苦をのりこえて部落の発展をはかつてきたものです。「入会権の性格」、「入会紛争のてんまつ」に対する仙台高裁の見解は小繋部落民の歴史をまげ支配者の歴史による見解にすぎません。詳細は補充調書で明白にいたします。

三、高裁判決「争点について」

高裁判決を読んで「誰のための裁判官であるのか？」と、あまりにも理路整然と事実に反する証言や検察官の論旨に一致しているところに、判決文を読んだ全部落民が憤激いたしています。何故なら真が逆になり、逆が真になつているから

です。

昭和二十八年の調停は形式的にも実質的にも、無効のものであります。調停後、被告人を先頭に入会山を死守してきた部落民の労苦をいとわぬ、小繋部落の平和と生活向上のための私心のない献身なくして、今日の部落をまもることができなかつた事実を誰しも否定することはできません。

調停は部落民を紛争のるつぼにおとしいれ、鹿志村と小繋山をめぐる利権屋は、部落民が永年、かぎりしれない搾取と貧困にたえて、まもり育ててきた、小繋山全山を一挙掌中におさめるために、官憲の力をかりて部落民を獄中におとし入れ、威圧したが、被告人たちは調停の本質を明らかにし、調停から派生した一切の紛争解決の道を開き、部落建設の先頭にたち、営農をまもり、部落の平和と団結をはかつて今日にいたつている。今日にいたつて、全部落民は被告人たちをはじめとする部落民の主張が真実であり正義にかなつていたことを体得している。そして、そのあばかれた欺瞞に憤激をしています。百五拾ヘクタールの山林は丸裸になり、未だ登記はされていません。しかし、全部落民の意思によつて、開拓され、共同作業によつて一歩〳〵部落の建設と発展が前進しています。しかし、父祖伝来、一糸、乱れず、権利と生活のために入会慣行を維持して闘つてきたものは、いちはやく調停の欺瞞を知り、全部落民の生活と権利のために、体をはつて小繋山の入会慣行を維持してきたのです。高裁判決が認定するように十月十一日以前に調停条項は一切公開されず（被告人をはじめとする親子三代いかなる弾圧にも動揺しなかつた者）にいたことが真実であります。

昭和二六年、盛岡地裁判決の理不尽を知つた部落民われ〳〵は、入会権確認、妨害排除請求訴訟での勝利に不動の確信をもち、断じて五百町歩以下の調停条件には応ずることなく、本訴で争うという原則が真実です。この基本原則に背反する一切の授権行為、代理、委理行為は法律効果を発せず、この基本原則をないがしろにして、尊重することなく、小繋部落民の永年におよぶ権利主張を否認し、それを単に利権闘争と解し、軽ろんじるとき、調停に入会権者が脱落し、代理権

の欠陥、訴訟手続の瑕疵、送達の不備が生れる根拠があります。かような基本原則を欠く、部落民の真意を反映しない調停を強行する結果は当然に父祖伝来一貫して動揺なく入会権をまもり、闘つてきたものを排除し、調停の進渉を不問にふし、それにともなう奸策を隠密に進め、道理に即しい茶番劇を演じたのが十月十一日の調停期日であり、後日山本清三郎宛送達された調停調書に記載された調停条項をみて、驚愕しその事態の緊急性を知り行動したことはけだし当然であります。明治以来、ゆるぎない確信をもつて、入会慣行をまもりつゞけてきたもののみが調停の条項を十月十一日調停期日のみならず、調停調書が送達されて、明確に知るにいたるという真実が、何よりも調停の本質を明白にしています。

部落には入会権が存在しないと法廷で証言させられ、入会慣行の行使を妨害してきて鹿志村にうらぎられ、反旗をひるがえしたものが調停の指導権をとり、永年の入会慣行を封殺して、一挙に小繋山を合法的に領得しようとするものを主体とし、入会林野解放ののろしがもえあがることをおそれ、この機会を期に、その火を小さな時消そうとした山林地主、林野行政の見地から、すすめられた事実からみて、真の小繋部落民の生活と権利を基調としたものでないことは、調停の根本に貫徹された思想であり、法哲学基礎であります。この思想が部落の営農と権利をまもり、より部落の繁栄をのぞむ被告人たち主張を押しつぶすことに、どのような術策が構じられたか明白です。

高裁の裁決とは反対に、調停は無効のものであります。この事実は各被告人がくわしく補充調書で立証いたします。

四、犯意について

仙台高裁判決は、警官のべ三百名、機動隊を派遣して、部落民の寝込みを襲い農繁期で、もつとも重要な収穫期に長期間拘留し、生産用具すら押収し、非道の限りをつくし、各被告人を脅迫し、術策をこらして、かれらの筋書に供述を附合させることに終始し、特に一家三名逮捕し、もつとも弱いとみられる山本定蔵被告の供述調書を百%利用している。又、耳の遠い立花金作被告の供述調書、法律用語にうとい故立花甚四郎被告の供述を楯に、鬼の首でもとつたごときに犯意が

あると立証の根拠としている。検察、警察当局に有利といえる供述に依拠して、小繋部落の構成、存立以来、山とともに生き、働き永年の慣行で小つなぎ部落に生存する、血の叫びに耳をかさないのみならず、部落民の入会権に関する不動の信念を措信しがたいと断定するにいたつては理不尽といわざるをえません。

小繋部落が小繋山なくして存立しないという客観的な事実と、いかに入会権が日常不断の生活の糧になつているかを、あえて無視するところから、かゝる判断が生れたものとしか解されません。

各被告人は、小繋山をめぐる入会権が父祖伝来のものであり、想像しがたい困苦と試練をえて、まもりつづけたものであり、小繋山が小つなぎ部落の共有の性質を有する入会権であるという不動の確信があります。この確信は父祖伝来の生た血が通つています。筆舌では表現しがたい試練のなかで、山をまもる闘いのなかで養はれたものです、警察、検察当局はその確信を崩すためにこそ、岩手県民を驚愕させる不当な大がかりの階級的な弾圧が必要であつたのです。また法の名において、言語に絶する人権じゆうりんが必要であり、それが世論から批判され逆に部落民の闘いを支持する世論が年ますごとに大きくなつた所以があります。

しかるに、仙台高裁はまたして、この検察当局の不法を是とし、われ〳〵被告人の正当な権利行使を非とする、そのためにこそ、無から有を規定する論理で、入会慣行の確信を「犯意」ありとし、有罪を言い渡すことの理を断じて認めることはできません。

正義をまもり、その主張がすべて犯罪として報いられ他界した祖父たちの労苦に泥をぬることはできません。

真実は必ず勝利すると確信しています。

五、被告人山本清三郎、小川市蔵、立花金作に対する封印破棄、窃盗、森林法違反と認定する事実、被告人山本ヨシノに対する封印破棄、窃盗、森林法違反、暴力行為、山本定蔵、斎藤

実、藤本正利に対する森林法違反とする事実は無根であり、犯罪構成要件は成立しない、仙台高裁の判決には不服であるので、各被告人から補充調書で、その趣旨を詳細に上申いたしています。

六、以上の理由で、仙台高裁判決に不服なので上告いたします。

上告趣旨は各被告人によつて補充調書を提出し、仙台高裁判決の事実誤認と憲法違反の事実を明らかにします。

以　上

昭和三八年(あ)第一五二二号

被告人　山本清三郎
外七名

検察官の答弁（昭和四〇年六月一日付）

第一、弁護人らの上告趣意第二点ないし第四点について

所論は、これを要約すれば次のとおりである。

控訴審が一審の無罪判決を破棄する場合は、刑訴法四〇〇条本文により、必ず事件を原審裁判所に差し戻すか、又はこれを原裁判所と同等の他の裁判所に移送し、改めて犯罪事実の認定、刑の量定、法令の適用等を行なうことにより、憲法上保障されている被告人の上訴権の行使を可能ならしめなければならない。しかるに原判決は一審の無罪判決を破棄して自判によつて有罪判決を言渡した結果、事実の取調をしたかどうかにかかわらず、憲法三二条、同三七条一項、同七六条一項、同八一条、刑訴法三五一条一項、同四〇〇条の保障する被告人の上訴権を奪い、かつ、憲法三一条、同三七条二項の保障する被告人の権利を害し、直接審理主義、口頭弁論主義の原則に背反している。さらに一審の無罪判決を破棄自判して有罪とされた被告人は、一審有罪の被告人に比し、憲法の保障する右の諸権利を害され著しい不平等な差別を受けることとなる。原判決はこの点において憲法一四条一項、同三一条に違反する。また原審が被告人の出頭を命じて弁解を聴く等の保障のない手続のもとで無罪判決を破棄自判して有罪としたのは、無暴な良心に反する仕打であり憲法七六条三項に違反する。というに帰する。

ところで、所論中、原判決が憲法の保障する被告人の上訴権を奪つたとする点は、帰するところ、刑事裁判における現行審級制度を非難するに過ぎないものであるが、審級制度を如何にすべきかについては、憲法は八一条以外何ら規定する

ところがないから、この点以外の審級制度については立法をもつて適宜にこれを定め得るものである。従つて事実審査を二審限りとしても憲法に違反するものでなく、また、刑訴法が憲法違反の外は判例違反を理由とする場合に限り上告の申立ができるものとし（刑訴四〇五条）、事実誤認、量刑不当、法令違反等（刑訴四一一条）を理由とする上告申立を許していないため、一審無罪を破棄自判によつて有罪とした二審判決に対し上訴によつて事実誤認等を争う途が閉されているとしても憲法に違反するものでないことはいうまでもない。このことは夙に最高裁判所の判例の明示するところである（昭和二二年(れ)第四三号同二三年三月一〇日大法廷判決刑集二巻三号一七五頁、同二五年新(れ)第四八一号同二五年七月二五日第三小法廷判決刑集四巻八号一五一九頁、同三三年(あ)第二〇八二号同三五年一二月八日第一小法廷判決刑集一四巻一三号一八一八頁）。また刑訴四〇〇条但書の規定は、控訴審がみずから事実の取調をするにおいては、一審の無罪判決を破棄し自判によつて有罪となしうる趣旨をも含むものであつて、この場合に被告人の有する憲法三一条、三七条の保障する権利を害せず、直接審理主義、口頭弁論主義の原則を害するものでないことは、これまた最高裁判所の判例（昭和二七年(あ)第四二二三号同三一年七月一八日大法廷判決刑集一〇巻七号一一七三頁、同三一年(あ)第四〇二〇号同三二年三月一五日第二小法廷判決刑集一一巻三号一〇八五頁、同三一年(あ)第四二三九号同三三年五月一日第一小法廷判決刑集一二巻七号一二四三頁、同三三年(あ)第一八九三号同三四年三月一九日第一小法廷判決刑集一三巻三号三六一頁、前掲同三五年一二月八日第一小法廷判決、同三四年(あ)第四七〇号同三六年一月一三日第二小法廷判決刑集一五巻一号一一三頁）に徴しても明らかなところである。

記録を精査するに、原判示第三の(一)ないし(三)の立木伐採および運搬の森林法違反の外形的事実については、一審判決が適法な証拠によりこれを認定し各被告人とも関係部分につき終始認めて争わないところである。そしてその所為が森林法一九七条または同法二〇一条にあたるかどうかは被告人らが、本件森林の産物たる立木を伐採する権原を有していたか否

かにかかつており、原審においてもこの点に重点をおき審理を重ねている。その状況をみると、原審は実質的に審理を行なつた前後七回にわたる公判期日において、弁護人をはじめ被告人ら出頭の上（被告人山本清三郎および同立花金作は常時出頭、被告人小川市蔵および同山本定蔵は各六回、被告人斎藤実は一回それぞれ出頭している）開廷し、検察官控訴につき弁護人らの答弁を聴き、かつ検察官又は弁護人の申請に基き、本件森林法違反の成否に重要な関係のある事実取調を行なつている。すなわち弁護人および期日（公判期日および公判期日外の証人調べ）に出席した被告人ら立会の上、袴田重司ほか証人一六名（うち証人鹿志村光亮は二回）の尋問と、弁護人および山本定蔵ら被告人五名立会のもとに本件山林原野とその附近等三か所の現場の検証を行ない、かつ三二通の関係書面を取調べ、さらに弁護人による被告人山本清三郎、同小川市蔵の本人質問と弁護人らの弁論および斎藤実を除く全被告人の最終陳述をさせていることが記録上明らかである。そして原判決は右事実取調の結果と訴訟記録および第一審で取調べた証拠とにより、一審判決が被告人らの立木伐採の行為は入会権の行使として当然容認される行為であり、したがつてその運搬行為も違法でないとして被告人らの罪責を否定したのは事実誤認によるものであると判断して、同判決中被告人山本ヨシノを除く各被告人の森林法違反にかかる無罪部分を破棄し、改めて一審で取調べた証拠および原審で取調べた証人袴田重司、同吉田文一郎、同吉田久、同福田耕太郎の各証言等により、一審判決認定の立木伐採およびその運搬と同じ事実を森林法に違反する有罪事実として認定したものであつて、原判決が刑訴四〇〇条に違反するものでないことはいうまでもない。

また所論中、憲法一四条に違反して差別的取扱をなし、憲法七六条三項に反して良心に従わない裁判をしたとする点につき考えるに、憲法一四条は「人格の価値がすべての人間について平等であり、従つて人種、宗教、男女の性、職業、社会的身分等の差異にもとずいて、あるいは特権を有し、あるいは特別に不利益な待遇を与えられてはならぬという大原則

を示したものに外ならない」のであつて、「法が国民の基本的平等の原則の範囲内において、各人の年令、自然的素質、職業、人と人との特別の関係等の各事情を考慮して、道徳、正義、合目的性等の要請より適当な具体的規定をすることを妨げるものではない」（昭和二五年(あ)第二九二号同年一一月一一日大法廷判決刑集四巻一〇号二〇三七頁参照）のであるから、現行刑訴法上、一審有罪の被告人と一審無罪で二審有罪とされた被告人との間に上訴理由につき差異を生じているとしても憲法一四条に違反するとはいえないし（前掲昭和三五年一二月八日第一小法廷判決参照）、さらに憲法七六条三項にいう裁判官が良心に従うとは、「裁判官が有形、無形の外部の圧迫ないし誘惑に屈しないで、自己の内心の良識と道徳感に従う意味である」（昭和二二年(れ)第三三七号同年一一月一七日大法廷判決刑集二巻一二号一五六五頁、同二八年(あ)第一七一三号同三二年三月一三日大法廷判決刑集一一巻三号九九七頁、前掲同三五年一二月八日第一小法廷判決参照）ところ、原判決が右のごとき良心に反してなされたものと認むべき資料は記録上何ら存在しない。

よつて弁護人らの上告趣意第二点ないし第四点はいずれも理由がない。

第二、弁護人らの上告趣意第一点および第五点ないし第七点並びに被告人らの上告趣意第一点ないし第四点について

所論は憲法違反、判例違反等に言及する部分もあるが、その実質は単なる事実誤認の主張であつて、上告適法の理由にあたらないし、また原判決には刑訴四一一条に該当する事由も存しない。

その論旨は多岐にわたつているが、おおむね次のとおりである。

いわゆる小繋山に属する本件山林原野は名義上鹿志村亀吉所有となつているが、真実は旧小繋村村民総体並びに旧雇目子および旧朴舘飛地部落民総体の共有（総有）に属する入会山林原野であり、部落民は右入会によつて営農と生活を維持してきたものであるところ、本件山林原野が、右のごとき入会山である以上、一部部落民を当事者とする第一次訴訟（いわゆる前訴）の敗訴判決の既判力は右入会権に何らの消長をきたすものではなく、また第二次訴訟（いわゆる後訴）にお

ける昭和二八年一〇月一一日成立の調停は無効のものであり、右入会権は依然有効に存続し、従つて被告人らは右の前訴確定判決および後訴の調停に何ら羈束されないから、入会権の行使として行なつた被告人らの本件伐木および運搬等の各所為は森林法違反の罪にあたらないし、また被告人らにはその犯意もない。しかるに原判決が本件山林原野を鹿志村亀吉の所有と認め、しかも被告人ら小繋部落民のもつ本件山林原野に対する入会権は共有の性質を有しない入会権であつて、それは永年の慣行により所有者の統制に服しこれに対価的なものを給付し、その承諾をえる等の要件を伴うところの、その行使を制限された権利であるとし、さらに前記調停を有効と認め、右調停により本件山林原野中部落側への贈与分以外のものは全部鹿志村の所有に属することの確認を受けた結果被告人らは何らの権利をも主張しえなくなつたとして、右贈与分以外の山林における被告人らの伐木および運搬の各所為を有罪と断じたのは明らかに事実を誤認したものである。

というにある。

一、しかし、本件は入会権の存否をめぐる紛争が民事判決ないし職権調停により、入会権の消滅ないし放棄が確認された以後において、これを無視し、入会権行使に名を藉り、鹿志村亀吉所有の山林において立木を伐採しあるいは伐採立木を情を知つて運搬した事犯である。すなわち原判決認定のように本件山林原野の入会権をめぐる紛争の第一次訴訟は部落民立花源八ほか一一名を原告、初代鹿志村亀吉および鹿志村派の部落民一二名を被告として大正六年一〇月一三日盛岡地方裁判所（大正六年(ワ)第四一一号入会権確認並び妨害排除請求事件）に提起され、その一審判決は昭和七年二月二九日入会権を主張する原告ら部落民側の敗訴（部落民は明治四〇年中初代鹿志村亀吉が本件山林原野を買受けた当時同人の造林事業に雇傭されて賃銀をえる方が得策であるとしてその保有する入会権を放棄したとの理由により請求棄却）、その二審判決は昭和一一年八月三一日同様控訴人ら部落民側の敗訴（宮城控訴院昭和七年(ネ)第一三五号、同様の理由により控訴棄却）その上告審判決は昭和一四年一月二四日同様上告人ら部落民側敗訴（大審院昭和一一年(オ)第二一一六

号、同様の理由により上告棄却）となり、該判決は確定している（そして被告人山本清三郎および同山本定蔵は右訴訟の口頭弁論終結前の当事者の承継人、被告人小川市蔵および同立花金作は口頭弁論終結後の当事者の承継人であり、被告人山本満雄は右被告人山本定蔵の家族である）。しかるに紛争は終熄せず、第二次訴訟が提起された。第二次訴訟は被告人小川市蔵および同立花金作ほか九名を原告、二代目鹿志村亀吉および鹿志村派の立花鉄郎ほか一名を被告として、昭和二一年三月一日盛岡地方裁判所（昭和二一年(ワ)第一三号入会権確認妨害排除事件）に提起され、さらに部落民立花義雄ほか七名を原告、二代目鹿志村亀吉および鹿志村善次郎を被告として、同裁判所（昭和二一年(ワ)第四〇号入会権確認並妨害排除事件）に提起され、前者については昭和二六年七月三一日、後者については同年九月二五日、それぞれ原告ら部落民側の敗訴判決（鹿志村において入会権の付着しない完全な所有権を時効により取得しその結果原告らの入会権は消滅に帰したとの理由によりそれぞれ請求を棄却）が言渡されたが、右両事件につき控訴の申立を受けた仙台高等裁判所は昭和二八年五月二〇日職権を以つて両事件を民事調停に付し、当事者以外の被告人山本清三郎および同山本定蔵を含む関係部落民を利害関係人として参加させた上、調停を試みた結果、昭和二八年一〇月一一日控訴人、鹿志村以外の被控訴人および参加人の関係部落民の全員は、将来本件山林原野につき何らの権利を主張せずそれが鹿志村の所有であることを確認し、鹿志村側から控訴人全員に金二〇〇万円を、関係部落民全員に山林原野一五〇町歩を贈与することを主たる条項とする調停が成立し右条項に基く二〇〇万円の贈与金は鹿志村より、控訴人側に支払われ贈与土地の選定も調停委員の裁定により確定した。これに対し控訴人である被告人立花金作ほか六名は、昭和二八年一二月一四日調停の無効を主張して仙台高等裁判所に口頭弁論期日指定の申立をしたが、同裁判所は昭和三〇年七月二八日各訴訟は昭和二八年一〇月一一日同裁判所がした調停により終了した旨の判決を言渡し、右判決は昭和三〇年八月一五日をもつて確定している。

以上のとおり被告人らの属する反鹿志村派部落民は前訴では、一、二、三審とも入会権を否定されて敗訴し、後訴の第一審でも同様に敗訴となり、後訴の第二審で成立した調停によつて本件山林原野中、部落側への贈与分以外のものにつき入会権その他何らの権利をも主張せず、それが鹿志村の所有であることの確認を受けているのである。従つて被告人らは同山林原野の立木を伐採する何らの権原を有しないものといわなければならない。被告人らは右訴訟の経緯を十分に知りながら右調停成立後俄かに結束し集団的に鹿志村所有の本件山林原野に立入り立木の伐採運搬を強行したのであつて、被告人らの所為が盗伐ないし賍物運搬の森林法違反の罪にあたることは極めて明白である。

原判決が被告人らに本件山林の立木を伐採する権原のないことを認定し、また右訴訟の経緯に照らし被告人らにおいて本件犯行当時入会権を保有していたことを確信していたものとは常識上考えることができず、「右の被告人全員が再三に及ぶ裁判や調停の権威をいつさい否定し、ゆるぎない信念をもつて右の主張を固執しているものと考えることは、法治国民の通有する法意識がこれを許さない」と判示し、被告人らが犯意をもつて本件犯行を敢えてしたものであると認定したことは蓋し当然であつて、原判決には事実誤認は認められない。

民事裁判が確定し、ないしは調停が成立して権利関係が確定し部落民において入会権を主張し得ないとされた以上、これを不服とする部落民としては許容される手続に従つてその変更を求めるは格別、みだりに裁判調停によつて確定された法律秩序を一方的に否定し実力をもつて自己の利益を実現しようとするが如きことは、法秩序を破壊するも甚だしく、許さるべきでないことは勿論である。

二、弁護人らは原判決が本件山林原野の所有権は先代鹿志村亀吉が売買により取得したものであつて、大字小繋部落民は永年の慣行により鹿志村の代にいたるまで共有の性質を有しない入会権を保有していたと認定したのは事実を誤認したものであると主張する。

しかし、原審の挙示する証拠によれば、㈠本件山林原野はもと南部藩の所領であつたが、大字小繋部落民は、永年にわたる事実的慣行に基き、御山守立花喜藤太の統制に服しながらも、本件山林原野につき、共有の性質を有しない入会権を享有し、これを行使していたこと、㈡明治の初期、土地官民有査定処分が実施された際、担当当局が本件山林原野を民有地に編入し、立花喜藤太の所有とするのを相当と認めて同人に地券を交付し土地台帳にもその旨の登載をしたこと、㈢その後右立花喜藤太から数名の手を経て明治四〇年一月頃初代鹿志村亀吉が売買によりその所有権を取得し同年二月一二日同人所有名義に登記し、二代目鹿志村亀吉において大正一〇年六月三日家督相続によりその所有権を取得し昭和一六年二月七日その旨の登記をしたこと、㈣右所有権の移転にかかわらず、大字小繋部落民は従前どおりの共有の性質を有しない入会権を保有していたこと等原判決認定事実は優にこれを認めることができその間には何らの誤りも認められないので、所論の理由のないことはいうまでもない。

三、次に本件調停を無効とする主張につき検討する。

㈠、弁護人らは入会権者の滝川金三および藤田儀介の両名がともに本件調停に参加したように調停調書に記載されているが、実際は右両名は参加していない。本件調停条項の内容が総有に属する入会権の廃止を含むものであり、その放棄が有効であるためには、入会権者全員が参加してその旨の意思表示をしなければならないところ、入会権者である右両名の参加脱漏はそれのみで本件入会権の廃止を妨げるものであり、従つて調停はその効力を発生する余地がないと主張する。

ところで、本件調停調書の記載によれば、民事調停法第一一条、民事調停規則第八条の規定に基き、滝川、藤田の両名が被控訴代理人の参加申出により控訴代理人の同意のもとに、調停委員会の許可を受けて利害関係人として調停に参加し、かつ、同じく参加した利害関係人立花善一が調停委員会の許可を受けて右両名の代理人を兼ねて期日に出

頭したこと、並びに調停主任判事が調停委員らとともに、立花善一を含む当事者利害関係人らに対し調停を試み当事者および利害関係人全員の同意のもとに調停が成立したことが認められる。この手続上の事実については、調停手続にも準用されるとみられる民訴法第一四七条の規定によりこれと相反する事実を主張することは許されない筋合であり、従つて立花善一が利害関係人滝川金三および藤田儀介の代理人として調停期日に出頭し調停条項に同意したものとみざるを得ない。しかしながら原判示のとおり立花善一は調停期日終了前に滝川金三および藤田儀介から調停に関し代理権を授与されていないことは明らかであるから、同人が両名の代理人として調停に関与したのは無権代理行為と認めるほかはない。しかるところ原判示のとおり右両名は調停期日終了後、仙台高等裁判所民事部宛に立花善一を代理人と定め同人に調停参加の申出および調停に関する一切の件を委任する旨の連名の委任状並びに参加の許可および立花善一を代理人として出頭させることの許可を求める趣旨の「調停手続に参加申出並に代理人許可願」と題する書面各一通を提出しており、しかも右両名とも調停参加の効力を認めることを期待して右書面二通を作成して同裁判所に提出したものであることは原判決挙示の証拠により明らかであるから、その作成提出は、立花善一が調停期日に右両名の代理人として出頭してなしたいつさいの行為を追認する意味をもつものと認められる。従つて右追認行為により立花善一のなした右行為は民訴法第五四条の規定に準じ行為時に遡つて代理行為としての効力をもつこととなるのであつて、弁護人らの所論が理由のないことはいうまでもない。

㈡、弁護人らは堀口与七は慣習に従い、部落民の行なう「おみきあげ」なる行事に参加し参会者部落民の承諾を得て入会権を原始的に取得したものであり、また若子内与三郎は雀目子に定住する世帯主であつて、ともに入会権者であるところ、調停に参加していないので、両名の参加を脱漏した本件調停によつては未だ入会権は消滅していないと主張する。

原判決は(1)右堀口与七はもともと部落外のもので、小繋の住民土川マッエの娘ナカの養子先である江尻町田口家にはいつてナカと内縁の夫婦となり、昭和二七年二月頃からナカの実家である右土川マッエ方に間借りし日傭などとして暮し調停当時も同様の生活をしており、まだ部落内に生活の本拠をかまえたものでなく、住民たるにふさわしい資格を備えるに至つていない旨、(2)また若子内与三郎は調停当時世帯主であるが若子内一家の者は小鳥谷村字若子内部落から字笹目子に移住して以来、その住居の南方にある源七山に入つてこれを利用し、その一部を開墾し農耕に従事したりなどして生計を立てていたもので、地形、住居との距離等からみても本件山林原野につき入会権を有していたものとは認め難い旨、(3)なお所謂「おみきあげ」なる行事はこれに参加することによつて本件山林原野に入り会う資格を得るという性質のものではない旨それぞれ証拠に基き説示しているのであつて、その挙示する証拠により右の判示は優にこれを肯認し得るのであるから、弁護人らの前記非難は理由がない。

(三) 弁護人らは

(1) 山本善次郎を除くその余の関係部落民が調停に参加を申し出たのは、調停に参加すれば山が使えるけれども参加しないと山へ入れなくなるとの意思に基くものであり、もし調停当時調停条項中に参加することによつて永年有していた入会権を放棄する旨の条項が含まれていることを知つていたならば右の如き調停条項を受諾しなかつたことは勿論参加の申出すらしなかつた筈であつたが、鹿志村光亮および山本善次郎が関係部落民の無知に乗じ調停に参加すれば山に入れるが、参加しないと入れなくなるという簡単なしかも事実に反する説明によつて参加を奨めた結果関係部落民は入会権の放棄を夢想だにせず参加するに至つたのであるから、山本善次郎を除くその余の関係部落民にはもとより入会権の放棄を伴う調停を受諾する意思はなく、仮りに受諾意思があつたとしても錯誤に出たものでしかもその表意には何らの過失もないから右調停は法律行為の要素に錯誤があり無効のものである。

(2) 調停条項では控訴人鹿志村以外の被控訴人および参加人等の関係部落民全員が、本件山林原野（贈与分を除く）につき入会権その他何等の権利も主張せず被控訴人鹿志村亀吉、同鹿志村善次郎の各所有を確認する代償として被控訴人亀吉、同善次郎は右関係部落民全員に対し山林原野一五〇町歩を贈与し、かつ、控訴人に対し現金二〇〇万円を贈与することになつているが、山本善次郎を除く関係部落民は、山本善次郎が調停当時すでに訴訟に関して一、〇〇〇万円に近い借財をし、受贈山林原野をことごとく贈与もしくは売買名義で、他に処分してしまつたことを知らずにいたもので、もしこのことを知つていたならば右の如き調停条項には応じなかつたはずであり、また右の事実を知らなかつたことにつき過失の責もない事情にあるから調停は要素に錯誤があり無効のものである。

これを有効とした原判決には事実誤認、法令の解釈適用の誤り、判断の遺脱、理由不備の違法があると主張する。

ところで本件調停成立の経過をみると、昭和二八年七月一四日盛岡地方裁判所において当事者、その代理人等の出席のもとに第一回の期日が開かれ、調停委員らは先ず当事者双方から事情を聴取し、それに次いで調停委員佐藤邦雄は同月下旬頃当事者双方から資料の提供を受けて検討した上、同年八月六、七日両日調停委員吉田文一郎とともに同裁判所に当事者、その代理人の参集を求めて会合を開き双方から事情を聴取し、その席上控訴人側から毛上とも山林原野五〇〇町歩の提供を受けたい旨、被控訴人側から毛上とも山林原野六〇町歩を贈与する旨の各案の提示を受けた。その後佐藤、吉田両調停委員は双方の関係者とともに本件山林原野の全域を実地調査し、次いで佐藤調停委員は小繋に出向き関係部落民四、五〇名を集めて事態解決のため説得を試みた上、佐藤、吉田両調停委員は同月二九、三〇日の両日にわたり同裁判所で当事者その代理人および関係部落民十数名と会合協議し、控訴人側から毛上とも山林原野二〇〇町歩および現金二五〇万円の提供を受けたい旨、被控訴人側より毛上とも山林原野九〇

町歩および現金一〇〇万円を贈与する旨のそれぞれ第一回案よりかなり歩み寄りを示す内容の各案が呈示され、双方ともその主張に柔軟性のあることが看取されたので、さらに双方に再考を求めるとともに、被控訴人側の要望に基き控訴人側の了解のもとに関係の部落世帯主全員を利害関係人として調停に参加させる方針をとることとなつた。かくて、調停主任判事谷本仙一郎および調停委員佐藤、吉田外二名は同年九月一八日参集し、双方の案を検討したうえ、小繋、田子両部落の世帯主を利害関係人として調停に参加させること、被控訴人鹿志村亀吉は小繋、田子両部落民に対し金二〇〇万円または右金額に相当する立木を提供しかつ本件係争山林のうち実測面積一五〇町歩を両部落民に無償解放すること、右解放地以外の本件係争山林原野につき両部落民は入会権を有しないことを確認することを骨子とする基本条項案を策定し、翌一九日同裁判所で当事者その代理人、片野源次郎、立花善一らを含む関係者ら出席の上開かれた調停期日で双方に右案を示して考慮を求め、翌二〇日に続行した期日に双方から右案を原則的に受諾する旨の回答を得たが、控訴人側の要望により続行することとなり、双方に対し利害関係人の参加、出頭代理等に関する書類を手落ちなく準備することの指示および次回期日を同年一〇月一一日とする旨の期日指定がなされた。ところで控訴人および控訴人側部落民は調停手続開始以来控訴人の代表委員にも選ばれて事実上訴訟において主導的役割を果してきた山本善次郎を中心によりより集合して対策を協議して来たが、山本善次郎は九月一九日調停委員会の前記基本条項案の呈示を受けるやこれを持ち帰り、その後一〇月一一日の期日までの間に数回にわたり部落民と会合し特に右期日の二、三日前に自宅に被告人小川市蔵を除く控訴人および利害関係人多数の参集を求め、右案を中心に討議したが、これまでの訴訟がすべて部落民側の敗訴となつており、さらに訴訟を継続することは困難な事情にありまた被控訴人側にこれ以上の譲歩を期待し難いことなどから不満ながら右案を呑むほかないということになつた。次回期日一〇月一一日の当日には同裁判所に双方の関係者多数が参集し調停委員ら

は双方の代理人の意見を徴した上最終の調停条項案を作成し、調停調書に記載されている当事者、その代理人、利害関係人、利害関係人兼利害関係人代理人全員出席のもとに調停委員会が開かれ、席上調停主任判事が右確定案の各条項を朗読し、かつ、その趣旨説明を行ない出席者全員に対し異議の有無を問い、片野源次郎より良い地域の山林を贈与されたい旨の希望的申出とこれに対する佐藤調停委員の応答がなされたほかは、何らの異議はなく、全員間に全条項につき合意が成立し調停の成立をみるに至つたのである。

以上の事実は、原判決の挙示する証拠により優に認められるところであつて、その成立の全経過に徴するときは、当事者双方および参加人全員はいずれも調停条項を十分理解した上これに同意したものと認めるほかはなく、調停受諾の意思がなかつたとか、調停条項の意味を理解しなかつたなどとは到底考えられず、合意は適法に成立したものとみざるを得ない。

次に控訴人の一人である山本善次郎が贈与分山林の立木を売却または贈与して他から訴訟に要する費用を調達したことを理由に、調停条項受諾の意思表示に錯誤があり調停は無効であるとする所論について考えてみるに、法律行為の要素に錯誤があるとされる場合は、意思表示の内容をなす主要部分に意思と表示の一致を欠くことを必要とし、従つて意思と表示との間に一致を欠かない以上たとえ意思決定をするに至つた事情に関し認識と対象との間にくいちがいがあつても法律行為の要素に錯誤があるとはいえない（昭和一五年(オ)第八九九号同一六年六月七日大審院第四民事部判決民集二〇巻一三号八〇九頁）。本件調停において鹿志村側から部落民側に贈与された山林一五〇町歩は担保その他何ら負担のない無疵のもので、調停成立により部落民らはその目的物につき完全な所有権を取得する筋合である上に、山本善次郎が如何にして訴訟費用を調達し、またいかように控訴人間ないし部落民間で該費用を負担すべきか、あるいはまた贈与山林の立木を売却して費用に充当すべきかというような問題は贈与を受けた

山本善次郎ら控訴人を含む部落民相互間のいわば内部の問題にすぎないのであつて、調停受諾の意思表示の内容をなすものでないことは明らかであるから所論のような事情があつたとしても法律行為の要素に錯誤があるものとはいえない。原判決は(1)控訴人側当事者は訴訟費用資金の捻出および支出を担当した山本善次郎が相当多額の資金を調達してこれを訴訟費用として支出したことを調停当時知つていたこと(2)控訴人のほとんど全員および他の一部部落民は山本善次郎に対し将来立木伐採権の認められる場合を予想して右立木を処分することによつて費用を捻出し支出する権限を委任し同人においてそのとおり実行することを了解していたこと(3)山本善次郎は資金調達のため、高橋吟太郎ほか二名との間に本件山林原野における立木伐採権が確認されることを停止条件として立木の贈与契約または売買契約を締結することによつて右三名から多額の融資を受けたものであり、かつ、契約の相手方においては控訴人側の勝訴を見越して右の融資を行なつたものであること(4)調停によつて部落側の取得した山林原野およびその立木は性質上関係部落民の共有に帰するのであるから、共有者の一人であり、しかも一部関係部落民のみの委任を受けたに過ぎない山本善次郎が部落民全員の共有する立木を処分する権限を有しないことは勿論であり、全員の同意を得られない限り、贈与者もしくは売主側の債務は履行不能に陥るべきものであり、従つて右契約は関係部落民が調停によつて取得した山林原野に対する権利を害することにはならないこと、以上の判断を示した上、「仮りに調停成立当時関係部落民中に右契約のことを知らずにいた者があつたとしてもその者の調停受諾の意思表示をもつて要素に錯誤があつたものということはできない」と判示しているのであつて、原判決の右の事実認定、法令の解釈適用等には何ら誤りは認められない。

(四) 従つて本件調停をもつて法律行為の要素に錯誤のある無効のものとする所論は全く理由がない。

弁護人らは昭和二六年(ネ)第一九五号事件および昭和二七年(ネ)第三〇号事件の調停期日に控訴人全員の代理人として

出頭し、代理行為をした吉田久、福田耕太郎、永井一三、吉田賢雄および橘川光子の控訴人側五弁護士については、必要な特別授権がなされていないので本件調停は無効であると主張する。

昭和二六年(ネ)第一九五号事件記録を検するに、控訴人立花兼松外一二名連名の二通の委任状（同事件控訴人全員の吉田久、福田耕太郎、永井一三および吉田賢雄の四弁護士に対する昭和二六年八月二日付委任状一通および同控訴人全員の弁護士橘川光子に対する同年一一月五日付委任状一通）の記載には、右五弁護士に調停についての代理権限を授与する旨の記載を欠いていることは所論指摘のとおりである。しかして民事調停に準用される民訴八〇条一項および第八一条二項の規定によれば、調停については特別の委任を必要とし、かつ、その権限は書面をもつて証することを要するとされている。しかし代理権限の証明に関する右の規定は、将来に向つて代理行為をする場合の規定であつて、既になされた代理行為についてその権限の有無を判断するに際しては、必ずしも委任状の有無にとらわれる必要はなく委任状以外の他の証拠資料により授権の存在を確認し得る場合には代理権限あるものとされることは最高裁判所の判例（昭和三四年(オ)第六四九号、同三六年一月二六日最高裁第一小法廷判決、最高裁民集一五巻一号一七五頁、なお同旨の下級審裁判例として昭和三〇年(ワ)第七一四七号、同三一年四月二四日東京地裁判決、下裁民集七巻四号一〇一七頁がある）の示すところである。しかして原判決の挙示する各証拠によれば本件の調停が昭和二八年一〇月一一日成立し、その後昭和二六年(ネ)第一九五号事件の控訴人立花兼松外六名による口頭弁論期日指定の申立に基づき仙台高裁が昭和三〇年七月二八日言い渡した「本件各訴訟は昭和二八年一〇月一一日当裁判所のなした調停により終了した」旨の判決が確定し（確定は昭和三〇年八月一五日）、事件が完結するまでの間に、右五弁護士の代理権限の存否につき異議の申立その他の方法により争われた事実は何ら存在せず、しかも控訴本人山本善次郎、同米田徳利、被控訴代理人鹿志村光亮、調停委員佐藤邦雄らの証言によれば右控訴人全員は吉田久ら五弁護士に対し右事件の調停に

関し当事者として行なうべき一切の事項を委任し、同弁護士らはその授権に基づき、かつ調停期日毎に右控訴人らの意を体して調停に関する諸般の行為をしたものであることが明らかである。原判決は右の点を説示し委任状に特別授権の記載を欠いてはいるが委任状以外の証拠により特別授権の存在した事実を認定しているのであつて、その間には何らの誤りも認められない。

(五) 弁護人らは上告趣意書において片野源次郎に対する参加代理権授与につき欠缺があるのに同人に参加代理権があるとした原判決には事実誤認があると主張しているが、その理由は何ら述べていない。

原判決は昭和二八年五月民事調停に付せられて以来、控訴人その他の部落民はよりより会合して調停につき対策を協議し控訴人中より山本善次郎、控訴人以外の部落民中より片野源次郎、山火又三、山本定蔵の四名を代表者に選び同人らが代表委員であることを承認する旨の承認書なる書面まで作成してこれを確認した上、右代表委員において主として代理人との交渉にあたつていたこと、仙台高裁民事部宛に提出されている片野源次郎および山火又三ほか一〇名名義の「調停手続に参加申出並に代理人許可願」と題する書面に右の者らが調停手続に利害関係人として参加することおよび参加人の一人である片野源次郎が全員の代理人として出頭することの許可を求むる旨の記載があり、同裁判所はこれを受理し同書面に調停主任判事一名および調停委員四名が許可印を押捺していること、右許可願の各署名捺印はいずれも真正に成立したものであること等の事実を認め、これらの事実から原判決は右書面に名義人として表示されている片野源次郎および山火又三ほか一〇名が、いずれも調停に利害関係人として参加する意思を有し、そのうち山火又三ほか一〇名は、片野源次郎に対し参加の申出をすることその他参加人としてなすべき行為一切を委任したものであり、従つて右片野源次郎は山火又三ほか一〇名の代理権限をもつたものと認めるを相当とする旨判示しているのである。しかして原判決が右説示にあたり援用している各証拠によれば原判示のとおり山火又三ほか一〇名が

調停参加につき片野源次郎に代理権限を授与し、片野源次郎は自ら参加人として参加するとともに右授権に基づき山火又三ほか一〇名の代理人として本調停に参加したものであることは明らかであるから参加代理権限につき何ら欠缺は存しない。片野源次郎を代理人として調停に参加したものとして右書面に表示されている小川石太郎の署名捺印は同人の子立花由太郎が石太郎のため代署して押印したものであるところ、石太郎は昭和二六年(ネ)第一九五号事件の控訴本人である小川市蔵の実父であつて調停当時世帯主市蔵の世帯員であり、右市蔵が当事者として調停に関与している以上その世帯員の石太郎が利害関係人として参加する必要はなかつたとする原判旨もまた妥当であり、何ら非難すべきものはない。

(六) 以上のとおり本件調停を無効とする主張がいずれも理由のないことは明らかであり、本調停には所論のような瑕疵はないのでその条項の定めるところに従い効力を発生したものと認めざるを得ない。従つて被告人らをはじめ関係部落民は、贈与分以外の鹿志村亀吉および鹿志村善次郎の所有に属することの確認を受けた本件山林原野については入会権その他なんらの権原を有せず、立木伐採の許されないことはいうまでもないから、原判決には所論のような事実誤認等の誤りは全くない。

第三、弁護人らの上告趣意第五点について

所論は一審判決および原判決が、それぞれ有罪を認定した被告人山本ヨシノの封印破棄、被告人山本清三郎、同小川市蔵および同立花金作の各窃盗並びに被告人山本満雄の窃盗および暴力行為等処罰に関する法律違反の点につき単に事実誤認を主張するに過ぎないのであつて、上告適法の理由にあたらない。また記録を精査するに原判決挙示の証拠により右の事実は優にこれを認めうるところであつて、所論は全く理由がない。

以上、各上告趣意はいずれも理由がないので本件上告は棄却されるべきである。

以　上

昭和四〇年(し)第七四号

決　定

申立人　佐藤こと　井藤重春

右の者に対する刑執行猶予言渡取消請求事件について、昭和四〇年九月七日に東京高等裁判所のした即時抗告決定に対し、同人から特別抗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

原決定を取り消す。

本件執行猶予取消請求を棄却する。

理　由

申立人本人の抗告趣意について。

刑法二六条三号によつて執行猶予の言渡を取り消しても、憲法三九条に違反するものでないことは、当裁判所昭和三三年二月一〇日大法廷決定（刑集一二巻二号一三五頁）の趣旨に照らして明らかである。所論は採ることができない。

弁護人中村銀作の上申書について。

弁護人中村銀作は、本件につき、上申書と題する書面を提出している。ところで、刑訴規則二七四条によれば、刑訴法四三三条の抗告の申立書には、抗告の趣旨を簡潔に記載しなければならないと定められており、この規定は、抗告の趣旨はすべて申立書自体に記載すべきもので、申立書以外の書面によることは許されないという意味であると解するのが相当である。したがつて、右上申書は不適法なものであるから、判断を加えない。

昭和四一年一月二八日決定　昭和四〇年(し)第七四号

職権をもつて調査するに、原決定の確定した事実によれば、申立人は、昭和三八年二月二五日に、東京地方裁判所において、恐喝罪により懲役八月の言渡を受け、右判決は、申立人の控訴・上告を経て昭和三九年二月一八日に確定し、他方、申立人は、昭和三七年一一月二四日に、東京地方裁判所において、別件恐喝罪等により懲役八月二年間執行猶予の判決言渡を受け、右事件は、申立人および検察官の控訴により東京高等裁判所に移審し、昭和三九年二月一八日に、同裁判所において、各控訴棄却の判決言渡があり、右判決は、同年三月四日に確定したものであるが、東京高等検察庁検察官は、右後者の判決確定前である同年二月二二日に、右前者の判決確定の事実を覚知したのにかかわらず、上告手続をとることなく、そのまま確定させたというのである。

ところで、刑法二六条三号は、検察官が、上訴の方法により違法に言い渡された執行猶予の判決を是正するみちがとざされた場合に、その執行猶予の言渡の取消をすることができるという趣旨であることは、当裁判所昭和三三年二月一〇日大法廷決定（刑集一二巻二号一三五頁）の明示するところである。したがつて、本件のように、検察官が、執行猶予の判決に対してした控訴につき、控訴棄却の判決を受けた後、その確定前に、被告人が執行猶予の欠格者であることを覚知したときは、このような違法な判決がそのまま確定することは著しく正義に反するものであるから、すべからくその有する上訴権を行使して、裁判所に刑訴法四一一条の職権発動を求め、その判決の確定を阻止すべきものであり、検察官が、被告人は執行猶予の欠格者であることを覚知しながら、上告の申立をすることなく、執行猶予の判決を確定させたときは、検察官はその取消請求権を失い、裁判所も、その請求を許容して執行猶予の言渡を取り消すことはできないものといわなければならない。

そうすると、これと相反する判断をした原決定には、決定に影響を及ぼすべき法令の違反があり、これを取り消さなければ著しく正義に反するものと認められるので、ここにこれを取り消し、本件取消請求はこれを棄却すべきものと認める。

よつて、刑訴法四三四条、四二六条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四一年一月二八日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　田　中　二　郎

裁判官　五　鬼　上　堅　磐

裁判官　横　田　正　俊

裁判官　柏　原　語　六

裁判官　下　村　三　郎

昭和四〇年(し)第七四号

特別抗告申立書

住居　東京都小平市学園東町五六番地の一二　藤井依江方

申立人　藤井重春

右の者に対する東京高等裁判所昭和三九年(く)第一五八号刑の執行猶予言渡取消請求棄却決定に対する即時抗告事件について東京高等裁判所第六刑事部が昭和四〇年九月七日にした決定は左記理由により不服につき特別抗告を申し立てる。

(該決定書送達は昭和四〇年九月十二日)

抗告の趣旨

一、憲法違反、原告決定は憲法第三九条の一事不再理の趣旨に反する違反がある。

蓋し本件は東京地方裁判所八王子支部の決定の如く執行猶予が既に確定せるものなるをもつてなり。

昭和四〇年九月十七日

右抗告人　藤井重春

最高裁判所

御中

昭和四一年(し)第二号

決定

申立人　杉森善八

右の者に対する刑の執行猶予言渡取消請求事件について、昭和四〇年一二月三〇日東京高等裁判所のした即時抗告棄却の決定に対し、弁護人吉田米蔵から特別抗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

本件抗告を棄却する。

理由

本件抗告の趣意は、別紙特別抗告申立書記載のとおりである。

所論は、本件取消請求の対象である執行猶予の言渡が昭和四一年一月五日の経過によつて効力を失ない、対象を欠くことになるから、第一、二審決定を取消し、本件取消請求を棄却すべきであるというのであつて、第二審決定に刑訴法四〇五条所定の事由があることを理由とするものではないから、同四三三条の抗告の適法な理由とならない。なお、所論は、特別抗告の理由は、原審あての即時抗告申立書記載のとおりであるから、これを援用するというが、刑訴規則二七四条によれば、刑訴法四三三条の抗告の申立書には、抗告の趣意を簡潔に記載しなければならないと定められており、他の文書の記載を援用することは許されないものであるから、この点については判断を加えない。

よつて、同四三四条、四二六条一項により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四一年二月二日

最高裁判所第一小法廷

昭和四一年二月二日決定　昭和四一年(し)第二号

一

昭和四一年二月二日決定　昭和四一年(し)第二号

裁判長裁判官　松田二郎
裁判官　入江俊郎
裁判官　長部謹吾
裁判官　岩田誠

昭和四一年(し)第二号

特別抗告申立書

申立人　杉森善八

弁護人吉田米蔵の特別抗告申立

第一、原審の決定の表示（主文）

本件即時抗告の申立を棄却する。

第二、特別抗告の趣旨

一、原決定を取消す。

一、島田簡易裁判所が同庁昭和四〇年(ろ)第五号事件につき、昭和四〇年一二月二二日被請求人に対してなした刑の執行猶予の言渡を取消す」旨の決定を取消す。

一、検察官の本件請求を却下する。

旨の御裁判を求める。

第三、本件の経過

一、特別抗告申立人は昭和三七年一二月二二日静岡地方裁判所において暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件につき「懲役八月、執行猶予三年間、その間保護観察に付す」旨の裁判言渡を受け、該判決は昭和三八年一月五日（六日では

ない）。控訴期間満了して確定した。

二、その后、原決定記載の如く特別抗告申立人に素行不良があるとして島田区検察庁検察官は昭和四〇年一二月一四日に刑の執行猶予取消請求をなし、島田簡易裁判所は同庁昭和四〇年(ろ)第五号事件として検察官の主張を容れて同年同月二

五日に「静岡地方裁判所が昭和三七年一二月二二日被請求人（特別抗告人）に対してなした刑の執行猶予の言渡を取消す。」旨決定した。

三、そこで、弁護人は同月二九日に東京高等裁判所あてに即時抗告を申立てて「原決定を取消す。本件請求を却下する」旨求めたが、東京高等裁判所第五刑事部は同庁同年(く)第一五四号事件として同月三〇日に本件即時抗告を棄却する旨決定し、同月三一日特別抗告申立人に、昭和四一年一月一日弁護人にそれぞれ送達された。

第四、特別抗告の理由

特別抗告の理由は、原審あての昭和四〇年一二月二九日附即時抗告申立書記載の通りであるから援用するが、その他に左の通りである。

一、刑の言渡の裁判の主たる効力は刑の執行力を発生することであるが、この裁判も、執行猶予が併せて言渡されれば、その期間内は執行猶予取消決定（これが確定するを要するか否か後述）のない限り執行力が排除され、期間が経過すれば刑の言渡自体その効力を失うのである。いわば、期間内は、刑の執行力は取消決定を解除条件とするのである。

そして、期間内に取消されれば、当初の刑の言渡が復活し執行力が生ずるのである。

二、そこで、期間内に取消されるとはいかなる意味かを検討するに、期間内に取消事由が発生しただけでは足らず、また、取消決定がなされただけでも足らず、その取消決定が期間内に確定しなければならない、との趣意である（小野清一郎ポケット註釈全書刑法。その他学説多数。判例時報四二一号御参照）。従つて、期間内に取消決定がなされても確定しなければ刑の言渡は効力を失うこととなる。

もつとも、御庁昭和四〇年九月八日決定（御庁昭和四〇年(し)第二一号事件）によれば、期間内に確定しなくとも取消決定に対する即時抗告棄却決定が期間内に告知されれば執行猶予取消の効果が発生し執行しうるというが、

(1) 裁判の確定による効力と執行力とは必らずしも同一ではない。裁判の確定により、併合罪規定、累犯規定その他の諸効果が生ずるが、執行力はこれら諸効果の一にすぎない。従つて、執行力の有無により確定の要否を定めようとするのは前後矛盾する背理である。右決定は、即時抗告には執行停止の効力があるが特別抗告には執行停止の効力がないことを理由として、取消決定が確定しなくとも検察官は執行指揮しうるとし、さらに刑法第二七条の解釈上も取消決定の確定を要しないとするが、右の如く執行力があることを理由として第二七条の解釈を決めようとするのは前後が逆である。第二七条のいかんにかかわらず、執行力をいつから附与するかは立法政策の問題である。

(2) 右決定中、小数意見たる奥野裁判官の説に示される如く、特別抗告申立により即時抗告棄却決定の確定力は遮断されれ従つてまた、執行猶予取消決定の確定力も遮断されるのであるから、特別抗告の結果によつては執行猶予取消決定が取消されることもある。そのような不安定な状態で第二七条を左右すべきではない。

右決定中、多数意見の如く、確定前に執行しうるとすれば後日、特別抗告の結果、即時抗告棄却決定や執行猶予取消決定が取消されたとき、すでになされた執行の違法をいかに処置するのか、また、一旦刑の執行力を発生（多数意見では、執行力は確定的に発生）させながらいかなる理由で消滅させるのかの合理的解決がない。

(3) また、奥野裁判官も説示される如く、執行猶予取消決定それ自体にはなんらの執行力はなく、従つて、その即時抗告棄却決定があつても執行力が発生する理はない。

刑訴法第四二五条は即時抗告に執行停止の効力を認めているが、原決定たる執行猶予取消決定に執行力がない以上、原決定の執行力を停止しているのではない。前述した如く執行猶予の言渡は刑の執行に対し解除条件というべきであつて、ある特定の条件の充足（即ち、執行猶予取消決定の確定）により執行力が発生するのであるが、この解除条件の充足ということ自体が第四二五条で停止されているのである。即時抗告が棄却されたのみでは、解除条件の確

定未確定は決められないのである。

従つて、右決定多数意見の如く、特別抗告には第四二五条の準用がないことを理由として、執行猶予取消の効果が発生したということはできない。

三、以上は即時抗告が棄却されれば直ちに執行しうるか否かの問題であるが、本件の場合はこれと若干異なり、執行猶予を取消しうるのか否か、つまり、刑法第二七条によつて刑の言渡自体が失効するがためには期間内に執行猶予取消決定が確定しなければよいのか否か、の問題である。

この問題についても、執行の問題とほぼ同様にして、期間内に執行猶予取消決定が確定しなければ刑の言渡はその効力を失うものと解すべきである。

そして、特別抗告中に期間が満了すれば、刑の言渡が失効した以上、執行猶予取消決定の当否を審理する必要はなくなるのであるから、裁判形式としては第一審（執行猶予取消決定）第二審（即時抗告棄却決定）をいずれも取消して、検察官の請求を棄却するべきである。

本件において、執行猶予期間は昭和四一年一月五日までである（前科調書に、昭和三八年一月六日確定との記載があるが昭和三七年一二月二二日に判決言渡があり、翌二三日から法定控訴期間一四日を計算すれば一月五日であり、昭和三八年一月五日午后一二時に前刑が確定したのであり、前科調書の記載は誤りである）。従つて、執行猶予期間は、昭和三八年一月六日午前零時から昭和四一年一月五日午后一二時までである。

多方、即時抗告棄却決定は昭和四〇年一二月三一日特別抗告人に送達されたから、特別抗告期間は昭和四一年一月五日午后一二時までである。

かかる場合には、特別抗告の審理のため裁判期日は一月六日以降となり、執行猶予期間を経過するから、当然に刑の

言渡はその効力を失うにいたる。この場合、執行猶予取消決定の当否を審理する必要もなく、また、審理しても無意味となるから、他の点につき審理するまでもなく、当然に検察官の請求は棄却すべきであり、その前提として、前示の如く、第一、二審決定を取消すべきである。

以上

よつて、本件特別抗告に及んだのである。

昭和三六年(あ)第二七六四号

決　定

本　籍　山口県防府市大字宮市二〇七番地
住　居　山口県火災共同組合専務理事
　　山口市大字上宇野令六六〇番地の七
　　（元山口県農業部農務課長）
　　山　根　勉
　　大正二年一〇月一五日生

本　籍　山口県吉敷郡小郡町大字下郷二四〇八番地
住　居　山口市大字朝田一八三二番地
　　会社員（元山口県農業部農務課農産第二係員）
　　齊　藤　昌　武
　　大正一二年四月二七日生

本籍および住居　山口県阿武郡旭村大字佐々並一八九六番地
　　山口県経済農業協同組合連合会常務理事
　　山　中　千　代　太
　　明治三九年一二月一〇日生

右被告人山根勉、同齊藤昌武に対する虚偽有印公文書作成、同行使、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律違

昭和四一年二月三日決定　　昭和三六年(あ)第二七六四号

反、被告人山中千代太に対する補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律違反各被告事件について、昭和三六年一〇月二七日広島高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人山根勉、同斉藤昌武の弁護人小河虎彦の上告趣意第一点は事実誤認の主張であり、同第二、三点はいずれも単なる法令違反の主張であつて、いずれも適法な上告理由に当らない。

被告人山中千代太の弁護人原田好郎の上告趣意第一点について。

原判決は、要するに、山口県においては昭和三〇年度には整備農薬管理事業を実施する意思なく、又実際これを実施していなかつたのにかかわらず、被告人山中（同県における整備農薬の管理団体である同県経済農業協同組合連合会――以下経済連と略称――常務理事）は、相被告人山根（右農薬に関する事務を主管する同県農業部農業課長）及び同斉藤（右事務に従事する同県技術吏員）と、国の定める病害虫防除整備事業を実施するものとして農林省当局に不実の申告をし、以つて整備農薬管理費に対する国庫補助金を偽りの手段により山口県に対し交付を受けることを、昭和三〇年六月頃共謀した旨を認定したものであるところ、所論は、この点につき、国庫補助金の交付受領は国と県との間に行われるものであつて、経済連は局外の第三者でありこれに参画する立場にないし、又被告人山中は整備農薬管理制度には重大な欠陥があるため農薬を購入整備しても在庫を生じた場合その損失は莫大であるところから、これが実施に反対していたものである点からしても、被告人山中を共謀共同正犯に問擬した原判決は違法不当であり且つ判例に違反したものであるというにある。しかし、所論判例違反の主張は、原審の認定に副わない事実関係を前提とするものであり、その余の論旨は事実誤認又は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。

同第二点乃至第七点は、いずれも事実誤認、単なる法令違反の主張であり（なお、第三点については後記弁護人沢田建男の上告趣意第二点に対する説示参照）、同第八点は量刑不当の主張であつて、いずれも上告適法の理由に当らない。

被告人山中千代太の弁護人沢田建男の上告趣意第一点は判例違反をいうが、所論控訴趣意補充書は期間経過後に提出されたものであるから、その判断遺脱を前提とする判例違反の主張は前提を欠き、適法な上告理由に当らない。

同第二点は違憲をいうが、原判決の認定によれば、前記の如く、山口県においては昭和三〇年度に整備農薬管理事業を実施する意思もなく、又実際これを実施していなかつたにもかかわらず、被告人山中はこれを実施するものとして農林省に不実の申告をして国庫補助金を偽りの手段により山口県に交付を受けることを相被告人山根及び同斉藤と共謀したものであるから、その共謀は刑法二四六条の詐欺の共謀に外ならず、何ら刑罰法規に触れるものではないということはできない。かかる共謀に基づき同県の右農薬に関する事務を掌る相被告人両名において、右補助金交付申請手続を原判示の如く実際に行つたものであつて、その実行行為の時には既に補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（以下適正化法と略称する）が実施されていた関係上、検察官はこれを適正化法二九条一項違反として起訴し、第一、二審裁判所も同条項違反として処断したものであることは、本件記録に徴して明らかである。即ち、本件は被告人三名が偽りの手段により国庫補助金の交付を受けようという詐欺の共謀をなし、その共謀に基づきそのうちの二名がその後右目的達成のため必要な行為を実行し所期の目的を達したものであるが、犯人側の為した行為自体は同一であり、相手方のこれに対応する態度の如何を構成要件の中に包含する罪と、これを構成要件としない罪とがある場合、検察官は立証の有無難易等の点を考慮し或は訴因を前者とし或はこれを後者の罪として起訴することあるべく、本件については後者の起訴をしたまでであり、かくて第一、二審裁判所も当該訴因について審判したものであるにすぎない。右の如く、被告人山中が相被告人両名と共謀した日時が適正化法施行前

であつたとしても、その共謀自体詐欺罪の共謀であり刑罰法規に触れるものである以上、その後適正化法が施行されるに至つた関係上、検察官において右共謀に基づく所期の目的達成のためなされた行為を適正化法二九条一項違反として起訴したためその訴因について審判が行われ、かくて原判決が被告人山中の所為についても実行行為者である相被告人らと同様適正化法の右条項の範囲において刑責を認めたからといつて、所論の如く刑罰法令不遡及の原則、罪刑法定主義に違反し、不告不理の原則を犯すものということはできない。原判決のこの点に関する判示は、その措辞やや不明確のきらいがあるが、その趣旨とするところは右と同旨であると認められる。従つて、右違憲の主張は、被告人山中の本件共謀の日時が適正化法施行前であつたからその所為は何ら刑罰法規に触れる行為ではないということを前提とするものであるところ、その前提の失当であることは既に述べたとおりであり、その余の論旨は事実誤認、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。

同第三点乃至第五点について。

第一審判決は、判示第一の事実の摘示において、被告人山中は相被告人山根、同齊藤と共に判示農業薬剤管理費に対する国庫補助金を偽りの手段により山口県に交付を受けようと共謀し、判示第二の通り不正な手段により判示の如き農薬管理費補助金を同県出納部会計課に送付せしめてこれが交付を受けた事実を認定し、同第二の事実の摘示において、相被告人山根同齊藤において判示内容虚偽の整備農薬管理費補助金交付申請書を作成し、判示の如くこれを農林省に提出行使して担当官に偽りの申告をしたことを認定しているけれども、同判決は本件公訴事実中被告人山中に対しては右第二の虚偽有印公文書作成、同行使の点につき無罪としたこと、並にその無罪理由を説明した部分において、被告人山中に対しては虚偽有印公文書作成同行使の点については共謀の事実は認め難く、単に不正の手段により本件補助金の交付を受けた点についての認識及び共謀があつたに止まるものであると認定判示しているのであるから、原審が、被告人山中に対して、不正な手段により国

の補助金を前記経済連に取得する前提としてこれを山口県に交付を受けしむることにつき相被告人山根、同齊藤と共謀したものである旨の第一審判決を是認して事実誤認はないとした判断は、正当である。

されば、上告趣意第四点の判例違反の主張については、原判決は所論の点につき相当因果関係のあることを判断しており、その判断は相当であるから、原判決には所論判断の遺脱はなく、右判例違反の主張は前提を欠き、同第五点の判例違反の主張については、所論引用の判例は連続犯の一部に確定判決のあつた後に他の一部につき更に起訴のあつた事案に属するところ、本件虚偽有印公文書作成同行使と適正化法二九条一項違反とは科刑上の一罪といわれる牽連犯に該当し、被告人は第一審判決において、その一部につき無罪とされたが他の部分につき有罪とされ、右判決に控訴を提起しているのであるから公訴不可分の原則により所論の如く無罪部分のみが確定し既判力の生ずるものではなく、右判例は本件と事案を異にし適切ならず、その余は事実誤認、単なる法令違反の主張にすぎないから、論旨はすべて上告適法の理由に当らない。

よつて、刑訴法四一四条、三八六条一項三号により、被告人山中千代太の弁護人沢田建男の上告趣意第二点について裁判官岩田誠の補足意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

被告人山中千代太の弁護人沢田建男の上告趣意第二点についての岩田裁判官の補足意見

私は多数意見と結論を同じくするけれども、次のとおり補足意見を述べる。

被告人山中が相被告人山根及び同齊藤と、昭和三〇年六月頃共謀したところは、正に刑法二四六条の詐欺罪の共謀に外ならないことは多数意見の判示するとおりである。そして、右共謀の行われた時には未だ補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（以下適正化法と略称）が施行されていなかつたのである。詐欺罪においては、相手方に対し虚偽の事実を申し向けてこれを欺罔し、すなわち、相手方を錯誤に陥らしめ、よつて相手方より財物を自己又は第三者に交付せしめこれを領得することによつて罪が成立するのに対し、右適正化法二九条一項の罪は、いやしくも、偽りその他不正の手段により相

手方（国又は地方公共団体）より補助金等又は間接補助金等の交付若しくは融通を受けることにより成立し、相手方が錯誤に陥ると否と、又その補助金等を犯人が領得する意思あると否とを問わない点において、詐欺罪とは罪質、構成要件を異にする別罪である。適正化法施行後においては、国又は地方公共団体等を欺罔し、よつて補助金等を自己に領得しようとする詐欺の犯意を有する者は、同時に、適正化法二九条一項の罪の犯意ありといい得るであろうけれども、適正化法施行前においては、同法二九条一項の罪なるものは存在しないのであるから、右の如き補助金等騙取の詐欺罪の犯意ある者も、未だ適正化法二九条一項の罪の犯意ありということはできない。従つて、被告人山中、同山根、同齊藤が昭和三〇年六月頃共謀した時においては、詐欺罪の共謀のみであつて、適正化法二九条一項の罪の共謀は存しなかつたものといわなければならない。しかし原判決の是認する第一審判決の確定したところによれば、被告人山根及び同齊藤は、相ともに、適正化法施行後（同法施行は昭和三〇年九月二六日）である同年九月二七日付の補助金交付申請書をその頃農林省に送付して偽りの申請をしたというのである。してみれば右申請の時においては、適正化法は既に施行されており被告人山根、同齊藤の意図するところは正に適正化法二九条一項の罪の構成要件に当る事実であるから、右両被告人は右申請をなす時においては、適正化法二九条一項の罪の犯意を以つて右申請をしたものというべく、右両被告人に同法の罪の罪責あること論をまたない。一方被告人山中においては、右適正化法施行前に被告人山根、同齊藤と前記詐欺罪の共謀をしたのみで、その後は、実行者である右山根、齊藤の行為を利用するに過ぎず特段の作為はないのであるが、適正化法が施行されるにおいては、前記詐欺罪の共謀は、その犯意の内容として適正化法二九条一項の罪の構成要件に当る事実を包含するのであるから、被告人山中の意図するところは適正化法施行と同時に同法二九条一項の罪の構成要件に当る事実の認識があるものとの法的評価を受け従来の詐欺の共謀中には適正化法二九条一項の罪の共謀をも含むに至つたものとされなければならない。そして、従来罪とならない行為であつても、これを罪とし処罰する刑罰法令が施行されれば、何人もその行為を為さざるべき義務を負うことは当然であり、この義務は社会通念の命ずるところでもある。してみれば被告人山中は、適正化法施行後は、実行行為者である被告人山根、同齊藤に対し偽りの申請をなすことを防止すべき義務があり、又防止する可能性もあつたと解せられるのに同被告人は何らこれを防止する措置に出でず従前通り被告人山根、同齊藤らの行為を利用したものであるから、同被告人も亦適正化法施行後において、同法二九条一項の罪の犯意をもつて、実行行為者被告人山根、同齊藤の行為を利用したものとして適正化法二九条一項の罪の罪責を負うべきものといわなければならない。すなわち被告人山中に対しては、適正化法施行後において実行行為者の行為を防止することなく所期の補助金を受けようとする意図の下に実行行為者の行為遂行を容認した点において罪責を問うものであつて、同法施行前の行為につき罪責を問うものではないから、憲法三一条違反の所論はその前提を欠き採るを得ない。

昭和四一年二月三日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　長部謹吾
裁判官　入江俊郎
裁判官　松田二郎
裁判官　岩田誠

昭和三六年(あ)第二七六四号

虚偽有印公文書作成、同行使、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律違反

被告人　山根勉

同　斎藤昌弐

弁護人小河虎彦の上告趣意

第一点　原判決は刑訴第四一一条三項記載の判決に影響を及ぼすべき重大なる事実の誤認がある、即ち控訴審に提出した控訴趣旨一の記載の理由。

第二点　原判決は刑訴第四〇六条に該当する違反がある、即ち本訴に関し補助金等に関する予算執行の適正化に関する法律を適用したのは違法である。

第三点　期待可能性に関する第一審に於ける弁護人の違法阻却の控弁に対し第一審裁判所が判決理由に明示せさりし違法を原審裁判所は「その判断の方法は常に必ずしもかかる主張事実を特別に掲げてこれに対して正面から直接に判示するの要なくその主張と反対の事実を認定することにより実質上間接に右主張否定の判断を示す方法をとることも妨げるものでない」と判示しておるがこれは刑訴第三三五条②項の規定を無視したもので刑訴第四〇六条に違反及び違法の判決である。

以上

昭和三六年(あ)第二七六四号

補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律違反

被告人　山中千代太

弁護人原田好郎の上告趣意

第一点　原判決は罪とならざる行為を処罰した違法不当の判決である。

原判決は山中被告を共謀共同正犯として処断して居るが実行者に非ざる者を共同正犯と認めることについては学界に反対の強いことは周知の通りである、判例は所謂共謀共同正犯を認めると云ふ態度を確立して動かないこと久しいのである、から今更此処で之を論難しようとも思はぬが判例も学界の批判に応へて漸次其範囲を縮限仕様とする傾向に在ることも亦周知の通りである、仮令共謀が有つても幇助であることもあり、教唆に止まることもある、共謀の内容如何に依り共同正犯の成立する場合もあると云ふだけのことであり、共同正犯となるには共謀の内容に教唆や幇助と区別す可き何ものかが無ければならない。

原判決で山中被告人が共同正犯に問擬された事は所謂共謀共同正犯説の無批判な濫用の典型的事例である。

端的に結論を云へば本件は仮令共謀共同正犯の理論を容認する立場に立つても到底共同正犯となり得ない場合であり、刑法第六〇条を適用したのは不当である。

共謀とは何か、之れがしばしば単純な意思の連絡又は一方の行為の認識と混同され、原判決亦此誤解の上に立つて居る。

原判決が不法だと云ふ補助金の交付、受領は一に国と県との間に専行されるもので経済連の関する所では無い、其交付受領が如何様にして行はれようとも経済連は全く局外の第三者である、山中被告が之に参画したり嘴を容れたりする立場でも無く其必要も無い事火を睹るよりも明かである。

「被告人山中は三十年度に違法的方法で管理事業を行ふ以前に経済連の役職員の報告説明により前年度に行つた方法が違法であり従て之により山口県が国から交付を受けた補助金は所謂不正の手段による申請によるもの即ち実際は規格通りの事業を行はないのに之を行つたものとして虚偽の申告をした事に依り補助金の交付を受けたものである事を十分承知しながら三十年度も前年度同様の方法を執り違法的な農薬管理を行う事を県との間に取極め経済連の受ける補助金の内半額即ち県費の分に当るものを寄付金として県へ返還する事を約して居るのであるから右山中被告が三十年六月頃山根、斎藤両被告等と三十年度の農薬管理事業実施方法について前記の如き諒解を求めた趣旨の内には当然同事業実施に伴ふ国の補助金の交付を受ける事換言せば前記の如き不正手段により国の補助金を経済連に取得する前提として之を山口県に交付を受けしめる事をも包含して居るもの即ち此事につき県側の係員山根、斎藤両被告人と共謀したものと解するを相当とする」と判示（原判決十丁）し以て山中被告を共謀共同正犯に問擬したが右は御庁三十三年五月二十八日言渡の大法廷判決にも違背し共謀の意義を曲解したる違法不当の判決と謂はざるを得ない、且つ判決が「不正手段により国の補助金を経済連に取得する前提として之を山口県へ交付を受けしめる事をも包含して居る即ち此事につき県側係員たる山根、斎藤両被告人と共謀したものと解するを相当とする」と云ふて居る（原判決十丁表裏）点の如きは全く原判決裁判官の恣意に基く憶測推断に止まり之を前提として山中被告を共謀共同正犯に問擬するに至つては殆ど評す可き言葉を知らない。

原判決の表現に依れば「整備農薬管理制度には重大なる欠陥がある為農薬を購入整備しても在庫を生じた場合其損害が莫大であるので当時赤字に悩んで居た経済連としては到底之を実施し得ない状況であつた（中略）其少し前輿望を担つて経済連建直しの重責を受けて常務理事に新任して居た被告人山中千代太は特に之が実施に反対した」（原判決六丁表、七丁裏、八丁表）

県の云ふ様な公式の整備農薬事業を実施するには六千四百四拾万円と云ふ巨費を投入し（経済連に斯様な金は無い）八

百屯もの農薬を常備せねばならぬ、是程大きな犠牲があるであろうか、反対給付を受けないで交付するのが補助金である原審弁護人が補助金の本質に反すると主張したのは此為である（適正化法二条）原判決は此主張ですら正しく理解しては居ない。

一般農薬（経済連が普通に業として行ふ農薬）で充分農家の需要を充たし病害虫の異常発生にも対処し得るのだから別途購入する八百屯の農薬は其全部が売れ残り持越となり大損害を招く事の明かな本件に於て不正偽りの手段を用いて金利を償ふにも足りない僅かばかりの補助金を貰はん事を共謀したなど云ふ原判決は損をする為め不正偽りを企てたと云ふに等しく通常人の想像を絶する、原判決が県から貰い受けた補助金の半額を県へ返納したと云ふて居るのも誤りである、経済連は県から受取る前に先づ県へ寄付名義で納入し、県は之を雑収入に組入れた後国の交付金と併せて経済連へ支出したものである事取調済の証拠上明白。

第二点　本件補助金は県が国から交付を受け一旦県有の他の金と一体化した後更めて県が経済連に交付したものである、此県と経済連との交付受領とは何の関はりも無い、之を刑法犯にたとへて見れば県当局が窃盗犯人なら山中被告の立場は賍物罪の犯人の立場に近似して居る、県当局が仮令補助金を不正に入手したとしても山中被告は一旦県の所有に帰し県有の他の金員と一体化した後に於ける金の処理に関与したのであるから窃盗犯人に対して其賍物の処分を引受けた様なものである。

適正化法に事後従犯を処罰する規定は無い。

山中被告が事前に於て既に事後の処理を引受けて居たと仮定すれば或は精神的意味で県当局の違反行為を幇助したものと見る余地は或は絶無ではないかも知れないが其れにしても山中被告の行為はあまりに積極性を欠ぐもので共同正犯や教唆である筈は絶対に無い。

事後の処分を引受けると云ふ意味で或は県当局の実行の決意を強化したと見る事が不能ではないと云ふ程度のものである、之を幇助と見ること自体既に相当酷に過ぐる共同正犯に問擬した原判決は明かに誤りである。

第三点　原判決が共謀したと称する三十年六月には適正化法は存在して居ない。

適正化法の実施されたのは「三十年九月二十六日」以後である、法律の無い時に県当局と山中被告との間に如何なる話合いが為され様とも適正化法上の問題では有り得ない筈であるる、而かも原判決の云ふ三十年六月中唯一回県庁内で話合つた以外には全然誰れとも会つた事も無ければ素とより談合した事もない、此時の話合いでは山中被告は六千四百四拾万円の巨資を投じて八百屯の農薬を購入備蓄する事の絶対に不可能である旨を告げただけの事で、県が如何様な手続で国から補助金を貰うかについては全然触れては居ない、触れる必要が無かつたのである。

県は其前二十九年十二月十四日既に公文を以て整備農薬についての具体的事実並に之に伴ふ補助金交付の申入れを行い国は三十年四月二十三日県に対し弐百弐拾八万五千円の補助金を交付する旨を内示して居る、即ち山中被告が山根勉と県庁内で面接した時から二ヶ月も前に判明して居たのだから原判決の云ふ様な共謀など行はれる筈が無い。（原審取調済の書証、井上、木下両農林技官の証言だけでも判る）

第四点　県の執つた処置も国の指示に従つたものである。

所謂整備農薬制度なるものが極めて欠陥の多い悪制度である事は実施僅か二年限りで廃止した事からでも判る。

農林当局も之に気付き三十年六月各都道府県知事に公文を以て病害虫の発生状況により整備農薬の保管を継続する必要無しと認められた場合整備農薬を解除し通常取引に振替へる等適切な運営に留意され度しとの通達を出して居る。（県農務課三十年度病害虫一件綴中に現存し証拠調が為されて居り且証人農林技官の証言で明白）

三十年六月県庁内に於ける相被告山根勉、山中被告の対談当時此事実は山根に判つて居た事勿論であり、原判決の両者

会談内容に関する認定の不当は此点からでも認め得られる。

第五点　山中被告の行為には実質的違法性が無い。

行為が違法と為るには形式的違法だけでは足りず、実質的にも違法で無ければならない、後者を欠ぐ山中被告の行為は犯罪たり得ないものである。

原判決（六丁表）は「整備農薬管理制度には重大なる欠陥があり之を実施した場合の損害が大きく当時赤字に苦んで居た経済連としては到底之を実施し得ない状況に在つた」事実を肯認して居り本件につき山中被告に刑責が有ると否とを問はず其救済手段として考案されたのが本件なのである、本件は原判決の表現によれば形式上は脱法的に為されたものであるかも知れぬが実質上は此欠陥を救ふ為になされたもので違法性は無い。

日本の官庁に於て形式を整へる為め所謂「嘘の効用」を活用する例は枚挙に暇まが無い、其顕著な例は文書の日付を遡記して作成する事である、其れは虚偽であり刑法一五六条の構成要件を形式上は充たして居るけれども実害の無いものとして不問に付せられて居る、実質的違法性の無い為である、多少の実害はあつても一厘事件の如く零細な反法行為に過ぎないものは放任される、国内旅行では一等の汽車賃を貰い乍ら二等に乗り、国外出張では全然事実と違ふ経路による旅費を請求したりするが実質上寡少に過ぎる額の不足を補い合理的な額に達せしめると云ふ様な事も随所に行はれて之を責める者は無い。

本件はまさにそう云ふ性質の事件で実質上は何等農薬管理制度の実質を阻害するものではない。

成程経済連は特に八百屯六千四百四拾万円の農薬を購入備蓄する事はしなかつたが一般農薬を以て整備農薬と看做し、病害虫の異常発生の場合は責任を以て善処する、と云ふ諒解の下に行為し（原判決六丁）何の支障も無く三十年度の病害虫対策を完ふしたのであつて勿論実質上何等の不都合も支障も無かつた本件は恰も前記日付の遡及や会計上の操作に類

し形式上は之を脱法的と云ふ批判があるかも知れぬが実質上は毫も合目的を害するものでは無く違法性の無いものと云ふ可き事件である。

第六点　山中被告には所謂期待可能性が無い。

適正化法の制定されたのは「主として其交付の対象である地方公共団体には補助金は唯貰ふもので貰い得と考へる弊風のある事は否定し難い処であつて其支出の適正化が図られねばならぬ理由が有るとして制定されたのが此法律である、(立案者法務省付検事安原美穂氏の論説法曹時報七巻一〇号、三〇年版)本法施行後も此様な意識は一般に根強く残つて居た、そう云ふ背景の上に本件は起つたのである、県当局の方から働き掛けられて発生したのである、行政官庁の要路の者から持掛けられた場合之を断り難い立場に在る事は特に我国に於ける実状である、経済連特に山中被告としては引受け度く無かつたのだがそうせざるを得ない立場に追い詰められたのである、即ち実質論としてそうしない事を期待する事の不可能、少くとも極めて無理な事情に在つた事は否定出来ないと考へるのが正しいと思ふ、山中被告としては県下に於て最高の権威を持つ県庁の役人がする事だから形式的には違法の行為であつても実質上差支の無いものと考へたであろう事は之を推認するに難くないと思ふ、即ち其れが犯罪になるなどとは毛頭考へて居なかつた所であろう、県当局は「其様な事は然る可く取計へば良い」(原判決八丁)と云つたのだから其れが犯罪に為るとは思はなかつたのは当然である、法規の内には脱法行為自体を罰する規定を置いて居るものもあるけれども、そうした特別規定の無い限り犯罪として罰せられないのが本筋である、原判決は本件を脱法行為と認めた、依て仮に山中被告が脱法行為と知りつゝ行為したとしても、そう云ふ認識の下に行為したと云ふ事は不徳義とは思つたが犯罪にはならぬと確信して行為した事に外ならない、判例のように解すれば結局法律を知らさるに止まる事になる訳である、之に反し刑法第三八条三項の解釈に関連しては学界に違法性の意識を欠ぐ者に故意があるとは云へぬとする有力な説が有るので本件の様な場合は違法性の意識を欠ぐから故意が無いと云ふのが正しい事になる、と信ずるものであるが今卒かに最高裁が固持して譲らない「故意の成立には事実の認識だけで足りる」と云ふ立場の放棄を要請するものでは無い、其判例の立場を一応既定の事実として容認した上で期待可能性がないと云ふ事を主張する。

前叙の如く補助金については適正化法を必要とする程一般の意識が低い上に県当局が前記の様に言明したので其指導下に在る一民間団体の役員としては違反にはならないと思ふのは極めて自然の事に属し山中被告人に本件行為に出ない事を期待し得ないものと考へる、指導的立場に在る県当局の方から「当方は此様にして形式を整へ処理するから其れで補助金は貰へるのだと云ふ意味の事を云つて人民に其様にさせた場合仮令其れが罪になるべき行為であつても人民の方では当局が諒解した以上差支ないと思い込むのは当り前であろう、それを法理上罪は罪として処断すると云ふのでは所謂「民を網するもの」と謂ふの外はない、斯う云ふ場合にこそ司法裁判所は期待可能性の理論を活用して大所高所から責任阻却の御判決を賜はらん事を。

第七点　経済連の受領した補助金は県が二十九年七月制定の県規則第四拾六号「山口県農業薬剤管理費補助金交付要綱」に基き県が交付したものであり且申請書なども総て県の指示に依つたもの、経済連に積極性は毫末も無い、且経済連に之を貰い受けんとする様な意図は当初から少しも無かつたのである、此補助金受領の前提として「国と県」との交付受領行為を共謀したなど云ふ原判決は失当である。

原判決が山中被告を共謀共同正犯に問擬した根拠は三十年六月中の県庁内に於ける相被告との対談であるが其対談の内容についての認定に著しき無理の存する事は第一点に説明した。

重ねて玆に強調し度いのは原判決は何等証拠に基かずして「其対談の内には当然不正手段により県が国から補助金の交付を受ける事をも包含する」と云ふて居る点である、共謀は共謀共同正犯に於ける罪となる可き事実に外ならないのだか

ら之を認めるには厳格なる証明が必要である。（三三、五、二八日大法廷判決）

所謂対談の内容は(イ)県の云ふ様な農薬整備は出来ない、実行不可能である、(ロ)害病虫の異常発生には責任を以て対処し防除の万全を期する、と云ふのが骨子であつた、此中に当然不正手段により県が国から補助金の交付を受ける事をも包含すると云ふのは原判決の恣意に基く謬断である、山中被告の関与したのは唯県と経済連との関係のみであつて国と県との関係には寸毫の係はりもない。

如何に山中被告の不利益に見るも僅かに県の不正手段を認識して居たと云ふに止まり其れ以上の何ものでも無い。

山中被告が強く反対の意向を持して居た事は原判決の肯認する所であり之を処罰せんとするのは恰も強姦の被害者をわいせつ罪の共犯に擬するが如きものである。

第八点　乍蛇足刑の量定について

本件は仮に有罪とするも体刑に処すべき事件ではない、罰金刑を選択し其執行を猶予さるゝを相当と考へる。

以　上

昭和三六年(あ)第二七六四号

補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律違反

被　告　人　山　中　千　代　太

弁護人沢田建男の上告趣意

第一点　本件記録及証拠によれば、山中被告は昭和三〇年六月頃山口県庁に於いて山根斎藤両被告に対し農業管理業務を山口県農業薬剤管理規則通りに実施することは山口県経済連の他の業務に支障を招くので前年通りの簡略実施が認められなければ業務実施者とならないと申出て、右両被告から簡略実施の承認を受け、そのことを部下職員に告げて県の係官の指示に従つて農業管理事業を運営する様に命じたのみで、その後この業務には一切関与しておらないことが認められます。

昭和三〇年六月には、補助金等適正化法が制定されておらず又同法が実施されることも全く思いもよらない時であり、この当時の行為について、後日制定実施された法律で山中被告が処罰されるということは、罪刑法定主義法律不遡及の原則からして納得が出来ないことなので、私達弁護人は第一、二審を通じて山中被告の無罪を叫び続けてまいりました。

不幸第一審で一部有罪の判決を受け、控訴の申立をして控訴趣意書を、次いで昭和三五年九月六日附で控訴趣意書の補充書を各提出し、公判期日に控訴趣意書とその補充書を陳述すると共に詳細な附加陳述をいたしました。（控訴趣意書の補充書は本件記録中に編綴されておるのでこれを援用します）

控訴判決を見ますと、意外にも私が提出陳述した前記控訴趣意の補充書記載の控訴趣意が判決文に取上げられて居らず、従つてその判断も示されていません。

弁護人が提出した控訴趣意については、それが控訴補充書に記載されていても控訴裁判所が取上げて判断しなければならないものであり、現に原田弁護人の提出した同種の書類が取上げられております。

原審が私の提出した控訴趣意の補充書記載の控訴趣旨を取上げず、その判断もしないまゝ控訴棄却の判決を言渡したこ

とは、

判断の遺脱又は審判の請求を受けた事件について判決をしなかつた為に、破毀された判例に則つて、破毀されるべきものであると思います。（昭和二五年(れ)第五四八号昭和二六、一、一七日大法廷）

尤も判例の事件は

多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り心神喪失の状態において犯罪を犯す危険のある素質を有することを自覚する者は、右原因となる飲酒の抑止制限する等の義務あるのに、かかる事実について審判せず、又殺人の公訴事実中には、不注意の為泥酔して人を死に致した過失致死の事実も包含するに、右素質ある者がした病的酩酊中の殺人行為を心神喪失中の行為として無罪を言渡した判決を判断遺脱で破毀した。

ものでありますが、その要旨は、結局判断の遺脱等の違法のある判決は破毀されるということに尽きます。本件でも私が適法に申立てた控訴の趣意を、原審が取上げずその判断もしておらないことは右破毀判例と同旨の事案として、当然破毀されるべきものと確信いたしております。

尤も、原田弁護人から私の主張しておる控訴趣旨と同旨の申立があり、これに対しては控訴裁判所の判断を示してその主張を排斥しておりますが、これによつて私の控訴趣意が取上げられたと解する訳に参りません。

私が控訴趣意の補充書記載の控訴趣旨を陳述した際に、附加説明を加えておるので書面の記載とその説明を併せて御検討を頂けば判決に影響のある主張であります。（次項の主張を参照相成度）

第二点　原審は、補助金等の適正化法の実施以前の昭和三〇年六月頃の山中の行為に対して有罪認定をした根拠として

凡そ不正行為をなすことを共謀した共犯者のある者がその共謀通りのことを行いこれが刑罰法令にふれる以上たとい謀議の際には該刑罰法規の実施以前であつても他の共同謀議をなしたる者は実行者と同様の共同の責任あるものと解する

を相当とする。

と、認定しておりますが、斯様な判断は憲法第三一条に反すので破毀を免れないと思います。

日本国民は、行為時自由な行為である場合に、後日法規が制定されてもその法規によって右自由な行為について処罰されない自由と権利があります。憲法第三一条はその保障の規定で、これによって刑罰法令不遡及の原則、罪刑法定主義等が宣明されて、広く国民の自由と権利が保障されておるのであります。

右憲法第三一条を本件に適用して見ますと、昭和三〇年六月頃の山中被告の行為時には補助金適正化法の面からいえば自由な行為として認められるべき行為であり、同法第二九条によつて追及の出来る行為ではありません。

仮に、原審の指適する様な詐欺的要素を含む行為であるとしても、それは本件の訴因外の問題でありますので、原審が訴因外のことを本件に適用して判断しようとしておることは不告不理の原則を犯すもので、厳に慎しむべき態度だと思います。

それで、法規施行前の山中の行為と幾分関係があるとしても、法規制定後他の者が法規違反の事実を知り乍ら敢えて実行した場合には、山中被告としては法規違反の認識（違法の認識）もなく又違法行為にも関与して居らず、又第三点以下で述べておる通り違反行為の共犯でもないので、右憲法第三一条の保障により刑罰を科せらることのない立場にある者であります。

それにも拘らず、原審が第一審の有罪を支持したことは憲法第三一条に違背する判断であつて、破毀されるべきものであります。

第三点　本件は、山根、斎藤両被告が山中被告と関係なくやつたものであり、山中被告は共犯の責任を負う謂がありません。

原審が共犯説を支持して、私達の右主張を排斥しましたがその理由を

(1) 元来不法手段により補助金の交付を申請するということ自体法律施行の有無に拘らず詐欺的要素を含む自然犯的不法行為でありしかも右謀議後、県経済連の職員において被告人等の意を体しこれが実現の方向に諸種の事務的行動を続けており、その結果山根斎藤両被告の虚偽申請となつたもので謀議に基く犯罪の実行行為は総て前記法律の実施後になされたものであるから共謀者に山中被告は直接実行の衝に当らなくともこれが実行者たる他の二名の被告人と同様の責任あるべきものである。

(2) 山中被告が昭和三〇年六月頃山根斎藤等両被告等と昭和三〇年度の農業管理事業実施方法について前記の如き了解を求めた趣旨のうちには当然同事業の実施に伴う国の補助金の交付を受けること、換言せば前記の如き不法手段により国の補助金を経済連に取得する前提としてこれを山口県に交付受けしめることも包含しているもの、即ち、このことについき県側の係員たる山根斎藤両被告人と共謀したものと解するを相当とする。と認定しております。

原審の右認定に従いますと、山根斎藤両被告が偽り不正の手段として農林省に補助金を申請したことも山中被告に共犯の責任があるということになりますが、これは原審が第一審判決によつて確定した事実を看過して、重大な事実誤認を犯しているものであります。

山中被告に対す起訴事実は山根斎藤両被告と共謀して、偽の公文書を作成し、これを農林省に提出して補助金の交付を受けたということでありましたが、第一審は

検察官は被告人山中も被告人山根、同斎藤と各虚偽有印公文書の作成虚偽公文書行使についても共謀の上被告人山根、同斎藤において判示認定した虚偽有印公文書行使の罪を犯したと主張するけれども、本件全証拠精査し

ても押収昭和三〇年九月二七日（同月一七日立案）付整備農薬管理費補助金交付申請書案（証第一号の一）及昭和三一年一月一八日（同月一一日立案）付整備農薬管理費補助金交付申請案（証第一号の二）は山口県に於いてのみ作成したものであつて、同県経済農業協同組合連合会の被告人山中はこれに関与しておらず、農林省に提出された昭和三〇年九月二七日及昭和三一年一月一八日付山口県知事小沢太郎発農林大臣河野一郎宛整備農薬管理費補助金申請書の作成行使について、被告人山中が関与したことが認められない（中略）共謀を認めるに足る証拠がない。と判示し、山中被告には偽りの文書作成と提出に付共犯の責任がなく、無罪であるとの判決を言渡し、この判決が確定しております、判決確定の効力として上級審と雖も再審か非常上告の場合を除いて、この確定判決に反する事実認定をすることが出来ないのであります。

それにも拘らず、原審が無罪の確定しておる偽りの補助金交付申請書を作つて農林省に出したことについて、山中被告が共犯であり、その結果県に交付された本件の補助金についても共犯であると認定したことは第一審の判決確定の効力に気付かなかつたものと思はれます。この判決の已判力に反する事実認定は、重大な事実誤認ということになり、同時に斯様な誤認は下級審の権威を害し裁判秩序を乱るので、これを破毀しなければ著しく正義に反しますので、この点からして原判決の破毀を求めます。

第四点　山中被告の所為と山口県が国から偽りその他不正の手段によつて補助金を受けたことには、相当な因果関係がないという私の主張に対して、

整備農薬事業を実施すれば、国より補助金の交付を受得ることは当然であり、右事業を脱法的に行うことないしは実施を仮装することを協定し、これに基いて前記の如き違法的な事業を行いこれを根拠として（被告人山根は斎藤において）不正補助金の交付の申請をしたのであるから、山中被告の行為と右補助金交付との間には因果関係の存することは

明らかであるので同弁護人の控訴趣意に理由がない。

と認定して、控訴趣旨を排斥しましたが、原審の右認定は私の控訴趣意に答えておりません。即ち私としても山中被告の行為と右補助金の交付との間には多少の因果関係のあることを認めるが、唯刑罰を科するに足る相当因果関係がないと争うておるもので、原審が単に因果関係があると認定して私の控訴趣旨を排斥したことは、判断の遺脱であり、前掲の判例の趣旨に違反するので、その破毀を免れないと思います。

尚本件に相当因果関係のないことについて補促説明をいたします。

補助金等適正化法によれば、補助金の交付を受けんとする者は政令の定めるところにより必要事項を記載した申請書を作成して、各省各庁の長に対して提出し、（法第五条）その申請を受けた各省各庁に於いて右申請を審査して交付を決定し、（法第六条）その決定を申請者に通知される（法第八条）ことになつており、その申請にあたり、偽り其の他不正の手段（本件では虚偽有印公文書の作成とその提出）に因つて補助金の交付を受けた場合には、同法第二九条の違反として処罰されることになつたものであります。

山中被告としては、全く右申請手段に関与して居らず、特に偽りの申請書作成と提出については山根、斎藤両被告の所為であつて、山中被告が共犯でないという第一審判決が確定しております。

この第一審の確定判決の効力として、昭和三〇年六月頃の山中被告の行為と偽りの方法による申請行為との間には相当因果関係のないことが証明されておる訳であります。

本件の補助金は山中被告と関係なく、山根、斎藤両被告が偽りの公文書を作成して農林省に提出したことが因となり、交付という果となつたものであり、この因と果の間には相当因果関係は認められますが、山中の行為と偽りの公文書の作成提出との間に相当因果関係がないということが判決によつて確定しておる以上、山中の行為と補助金の交付との間には

相当因果関係を認める余地がないのであります。

然るに、第一審が山中の行為と補助金の交付との間には相当因果関係ありとし、第二審が之を支持して、私の控訴趣意を排斥したことは重大な事実誤認であり、このまま山中被告の有罪とすることは著しく正義に反しますので原判決の破毀を求めます。

第五点　山中被告に対する補助金等適正化法違反被告事件は、無罪の確定判決を経た事件なので、破毀の上免訴の言渡しをすべきものであります。

補助金等適正化法第二九条によれば

㈠　偽りその他不正の手段により

㈡　補助金等の交付を受けた場合に、違反が成立すると定められております。

それで偽りその他不正の手段により申請しても補助金の交付を受けなかつたとき、又は補助金の交付を受けても偽りその他不正の手段によらなかつたときには同条の違反とならないことは言を俟たないところであります。

而して補助金を受ける手段は、

補助金の交付を申請しようとする者は、政令で定めるところにより、補助事業の目的及内容、補助事業に要する経費その他必要な書面を記載した申請書に各省各庁の長が定める書類を添え、各省各庁の長に対しその定める時期までに提出しなければならない。（法第五条）

各省各庁の長は補助金交付申請があつたときは当該申請に係る書類の審査及必要に応じて行う現地調査等により当該事情にかゝる補助金の交付が法令及び予算で定めるところに違反しないかどうか補助事業目的内容が適正であるかどうか

金額の算定に誤りがあるかどうか等を調査し、補助金を交付すべきものと認めたときは、すみやかに補助金交付決定をしなければならない。（法第六条）

と定められております。

本件の補助金交付は、山根、斎藤両被告が、昭和三〇年九月二七日付及昭和三一年一月一八日附各整備農薬管理費補助金交付申請書案（証第一号の一、二）に基いて各右同日附右案と同一内容の整備農薬管理費補助金申請書を作成して農林大臣に提出し、農林省が右申請書の書類審査をして、交付決定をしたものでありますが、右山根、斎藤両被告が補助金交付申請のために作成して提出した知事名義の右申請書二通が偽りの内容の記載した文書であつた為、検察官に於いて、「偽りその他不正の手段」で補助金の交付を受けたもので、山中被告もその共犯であるとの認定の下に刑法第一五七条、第一五八条、第一五五条の一及法第二九条違反事件として起訴されたものであります。

右虚偽有印公文書の作成とその行使は、刑法第一五六条、第一五五条第一項に該当し、同時に補助金等適正化法第二九条違反（偽りその他不正の手段）に該当しますのでこれは刑法第五四条により一罪として処断されるべき案件であります。（第一審が併合罪として取扱つたことは擬律錯誤であります）

ところが、山中被告は虚偽有印公文書作成及虚偽公文書行使罪について前記の通り無罪の判決を受け該判決が確定しておるので、刑法第五四条の一罪を構成すべき事実の一部につき確定判決があつたことになり、この確定判決の効力は当然に山中被告の控訴中の事件に及びますので原判決を破毀して刑事訴訟法第三六三条第一号により免訴の言渡しをなすべきものであります。

右に関する判例

昭和二三年(れ)二号昭和二四年二月八日第二号小法廷自判

尤も右判例は連続一罪を構成すべき犯罪の一部につき有罪の確定判決のありたる場合の非常上告による破毀判例であるが刑法第五四条一罪の場合も同一に解せられるのであります。

以上の点からして原審判決には法令の適用を誤つた違法と判例違反があり、これを破毀しなければ著しく正義に反するのでその破毀を求めます。

以上

昭和四〇年(し)第一〇二号

決　　定

申　立　人　　氏名不詳　一九六五年七月九日から七月一六日まで名古屋拘置所一階三五房三七九号の男

被告人谷口邦男に対する公職選挙法違反被告事件につき、昭和四〇年一二月一日名古屋高等裁判所のした、裁判官忌避申立却下決定に対する即時抗告棄却決定に対し、申立人から特別抗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

本件抗告を棄却する。

理　　由

特別抗告の申立をするには、申立書を原裁判所に差し出さなければならないことは、刑訴法四三四条、四二三条に明定するところであり、また被告人がする抗告の申立書には、被告人が署名押印しなければならないことも、刑訴規則六〇条に規定するところであつて、ここにいう署名が自己の氏名を自書することを意味することはいうまでもないところである。ところが、本件について差し出された抗告申立書には「氏名不詳一九六五年七月九日から七月一六日まで名古屋拘置所一階三五房三七九号の男」という記載があるだけであつて、被告人の署名は存在しない。

被告人の氏名について、黙秘権がないことは、当裁判所大法廷の判例（昭和二七年(あ)第八三八号同三二年二月二〇日判決、集一一巻二号八〇二頁）とするところであり、法が抗告の申立を前記のように要式行為としている理由は、手続を厳格丁重にして過誤のないようにしようとするためであり、被告人が訴訟の主体として誠実に訴訟上の権利を行使しなければならないことも同規則一条二項の明定するところであつて、氏名を記載することができない合理的な理由がないのに、これらの規定に違反して、申立人の署名のない申立書によつてなされた本件抗告は、無効なものと解するのが相当である（昭和三

決定

申立人　森脇将光

右の者に対する詐欺、私文書偽造、同行使、恐喝未遂、法人税法違反、出資の受入、預り金及び金利等の取締等に関する法律違反被告事件にかかる保釈許可決定に対する抗告事件につき昭和四〇年一二月二七日東京高等裁判所がなした抗告棄却決定に対し、弁護人伊坂重昭、同尾後貫荘太郎、同松崎憲司、同富樫久吉、同高木茂、同岩田広一から、特別抗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

本件抗告を棄却する。

理由

本件特別抗告の趣意は別紙のとおりである。

所論は違憲をいう点もあるが、実質は単なる訴訟法違反の主張を出でないものであつて、特別抗告適法の理由とならない。

よつて、刑訴法四三四条、四二六条一項に従い裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和四一年二月一四日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩田誠

裁判官　入江俊郎

昭和四一年二月一四日決定　昭和四一年(し)第五号

昭和四一年二月一四日決定　昭和四一年(し)第五号

裁判長　裁判官　部　謹　吾

裁判官　松　田　二　郎

昭和四一年(し)第五号

特別抗告の申立

被告人　森　脇　将　光

東京地方裁判所刑事第二五部は、昭和四〇年一二月一六日、詐欺等被告事件によつて同年五月一〇日以来東京拘置所に拘禁されている右の者に保釈を許す旨の決定をしたが、その保証金額の定めが過大であるところから弁護人等は該決定に承服することができず、これに対して抗告の申立をした。ところが、東京高等裁判所第七刑事部は、同年一二月二七日右の抗告を理由なきものとして棄却する旨の決定をし、その決定書の謄本は翌二八日に送達された。しかし、弁護人等は、この決定にも承服することができないので、刑訴法第四三三条第一項の規定に則り、茲に特別抗告の申立をする。

昭和四一年一月四日

主任弁護人　伊　坂　重　昭

弁護人　尾　後　貫　荘　太　郎

弁護人　松　崎　憲　司

弁護人　富　樫　久　吉

弁護人　高　木　茂

弁護人　岩　田　広　一

最高裁判所　御中

申立の理由

惟うに、保釈を許す場合に定むべき保証金額なるものは、被告人の出頭を保証するに足りる相当な金額でなければならない（刑訴法第九三条第二項）が、しかし、それをもつて足るのである。換言すれば、右保証金額は被告人の逃亡の蓋然性の大小乃至は強弱の程度を適確に把握し判定した上、その程度に相応したものであるべき筋合である。金額が高ければ高いほど保証力が強いと考えて、徒らに、これを高くすることは、実は、保証金額の本質を弁えざる誤を犯したことになるし、その金額が「相当な」域を逸脱していれば、まさに、違法といわなくてはならないものとなるのである。アメリカにおいて「過大な保証金額」（excessive bail）を定めることは許されないとされている所以を肝に銘ずべきである。

原決定は弁護人等の前示抗告を棄却する理由として「本件犯罪の罪質、内容、金額及び被告人の性格、社会的地位等を考慮して、原裁判所が保釈保証金を三億円と定めたことは、強ち所論の如く過大にて不当乃至違法の金額とも認められない」と説示した。しかし、原決定が「考慮」したとされる「犯罪の罪質、内容、金額及び被告人の性格、社会的地位等」は、ただ「本件抗告事件記録に添綴されている」だけの昭和四〇年一二月一六日附保釈許可決定謄本の外二通の書類の各記載を資料としたに過ぎないのであつて、本案事件の記録には一べつさえ払つた跡の見るべきものはないのである。そんなことで、どうして被告人の性格とか社会的地位とかいうがごときものまで洞見することができようか。それだのに、これができたというような口吻をもらした原決定は、むしろ神技によることを強調した嫌らいのあるように思われ、却つて人間による裁判において要請される合理性の欠如を暴露したものというべきである。更に、原決定は保証金額（本件における三億円）を定めるに当り、犯罪の罪質等を「考慮」したとするが、刑訴法第九三条第二項に掲げる犯罪の性質その他の諸事項は、保証金そのものを定めるについて考慮するのではなく、その金額の相当性、すなわち被告人の出頭に対する保証力としての相当性、更に換言すれば被告人の逃亡の蓋然性の程度を把握判定するについて「考慮」するのである。原決定の犯した、この誤

は原決定だけではない。近時、わが国の下級裁判所は、おしなべて同じような誤を犯す傾向にあるように見受けられるのである。厳に戒しめなければならないところであるというべきである。本件の相被告人吹原弘宣の保釈保証金額が三千万円というがごとき巨額を定めたのも、同じ誤の上に立つたからに外ならない。

被告人森脇将光の保釈保証金額は、右の三千万円の十倍に当る三億円である。裁判所は、どうして、こんな天文学的数額を算出したのであろう。この数額を聞いて、驚かない者があろうか。世上一般は、むしろ、裁判所の非常識さにあきれ、笑つているのである。右の数額を伝えた新聞紙は、これをもつて、「史上空前の保証金額」と評し、被告人森脇将光は事実上納付不可能であろうと推察しているのである。

世は挙げて、まさに、不況の浪にさらわれている。被告人森脇将光と雖も、決して例外ではない。あまつさえ、彼はその関係財産の全部を東京国税局及び東京都によつて差押えられ、更に、拘禁によつて彼の事業は全面的に停止してしまつたのである。彼の家族は日々の生活にさえ事欠く苦境に陥り、今や、まつたく経済的回復を計る目途を失つているのである。こんな窮境におかれている被告人森脇将光に、どうして三億円という巨額の保証金を納付できようぞ。彼も亦、一介の市井人でしかない。この巨額の納付を命ずるのは、彼を目して奇蹟を行い得る超人と見るの愚挙でしかない。被告人森脇将光は昭和四〇年五月一〇日突如逮捕され、爾来東京拘置所に拘禁されているのである。しかも、齢は本月一七日に六六に達する老境に在るに加え、持病の「ソコヒ」に悩まされているのである。心身共に、長きに亘る拘禁によつて疲労困憊の極みにおかれているのは、いうまでもない。三億円を納付することができなければ、拘禁を更につづけなければならない。拘禁が更に長くなれば、被告人は心身の疲労困憊のあげく供述を変えると思つてでもいるのであろうか。すなわち、長期に亘る拘禁によつて、被告人をして不任意の供述をさせようと期待しているのであろうか。若し、そうだとするならば、それは、まさに人権無視であり、憲法違反の暴挙である。今、被告人森脇将光にとつて三億円という巨額の納付はまつたく不可能なのであ

るから、現状の推移するのを放任すれば、事態は当然そうならざるを得ないのであり、裁判所がみずから憲法違反の事態の発生を容認することになるのである。

裁判所は、右のごとき憲法違反の事態の発生を容認したとする非難を避けようとするならば、被告人の不当に長くなった勾留による拘禁を解くため、刑訴法第九一条の規定に従い職権で決定をもつて勾留を取り消さなければなるまい。すでに保釈許可決定をしながら、保証金納付不能の故に不当に長くなった勾留を、こんどは職権をもつて取り消すの挙に出でなければならないというがごときことは、裁判所の不見識さ、非常識さを天下にさらけ出すことになるであろう。

何としても、三億円という保証金額は、被告人森脇将光にとつては納付不能である。納付不能な保証金額を定めた保釈許可決定は、実質的には保釈不許可決定である。保釈許可決定の名の下に保釈不許可決定をするのは、論理上矛盾であり、従つて法律上許されざる筋合である。すなわち、東京地方裁判所刑事第二五部のした昭和四〇年一二月一六日の決定は、違法である。

東京地方裁判所刑事第二五部は何故かかる違法な決定をしたのであろうか。東京高等裁判所第七刑事部は、何故、この違法な決定を維持して弁護人等の抗告を棄却したのであろうか。この両裁判所は刑訴法第九三条第二項の規定の意味を正しく理解せずに、この規定を適用したからに外ならないのである。してみれば、東京高等裁判所第七刑事部のした原決定は、刑訴法第四一一条の規定する「判決に影響を及ぼすべき法令の違反がある」場合（同条第一号）に該当し、著しく正義に反すると認めなければならないものであるから、同法条の準用によつて原決定を破棄した上、相当の裁判をなされんことを希う次第である。

なお刑訴法第四三三条の規定による特別抗告について同法第四一一条の規定の準用があることは、すでに昭和二六年四月一三日第二小法廷決定（判例集第五号九〇二頁）の明示するところである。

以　上

昭和四〇年(あ)第一七六八号

決　定

本　籍　愛知県岡崎市能見町二六〇番地
住　居　東京都豊島区池袋五丁目三二六番地　氷川荘内
自動車整備工兼自動車運転手
鈴木勇男こと
昭和八年一〇月二日生

右の者に対する業務上過失致死被告事件について、昭和四〇年五月三一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

弁護人山本隆幸、同野口恵三の上告趣意第一点は、憲法三七条二項違反を主張するが、捜査機関が任意処分として検証（実況見分）を行うに当り、被疑者、目撃者その他の者（以下関係人という）を立会わせ、これらの立会人をして実況見分の目的物その他必要な状態を任意に指示、説明させるのは、実況見分の一つの手段であつて、関係人を取調べてその供述を求めるのとはその性質を異にし、また、右指示説明を実況見分調書に記載するのは、結局これに基づいてなした実況見分の結果を記載する手段にすぎないと解すべきである（昭和三六年(あ)第一四九号同年五月二六日第二小法廷判決、刑集一五巻五

昭和四一年二月一七日決定　昭和四〇年(あ)第一七六八号　二

号八九三頁参照)。ところで、本件において、原判決が所論実況見分調書を証拠として引用したのは、同調書に記載された捜査機関の実況見分の結果を証拠資料としたものであることは、原判文上明らかであるから、原判決が同調書に記載された関係人の供述自体を右供述内容に副う事実認定資料としていることを前提とする所論違憲の主張は、その前提を欠き、適法の上告理由に当らない。

同第二、第三点は、事実誤認、単なる法令違反の主張であり、同第四点は憲法一三条違反をいうが、その実質は量刑不当の主張であつて、いずれも適法の上告理由に当らない。

よつて、刑訴法四一四条、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。

昭和四一年二月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　松田二郎

裁判官　入江俊郎

裁判官　長部謹吾

裁判官　岩田誠

昭和四〇年(あ)第一七六八号

業務上過失致死

弁護人山本隆幸、同野口恵三の上告趣意(昭和四〇年一〇月一一日付)

被告人　鈴木勇男

第一点　原判決は左記理由により憲法第三七条二項の違反があり破棄されるべきである。

一、原判決は、原審弁護人が控訴趣意第一において第一審判決は罪となるべき事実を認定するに際しその証拠の標目にて司法警察員作成の昭和三八年二日一一日付実況見分調書中の立会人である被告人及び八木忠勝の指示説明部分迄証拠として引用している点に関し、右記載部分については右各立会人にこれを読み聞かせたことも又、右各立会人の署名押印もない点から右供述部分は証拠能力を欠き、刑事訴訟法第三七九条にいう訴訟手続に法令の違反がある旨主張したのに対し、

「捜査機関が任意処分として検証(実況見分)を行うに当り、被疑者被害者その他の者を立会わせ、これに実況見分の目的物その他必要な状態を任意に指示説明させるのは実況見分の一つの手段であつて、被疑者、被害者、その他の者を取り調べてその供述を求めるのとはその性質を異にし、従つてこれを実況見分調書に記載するのは結局実況見分の結果を記載するにほかならず、右指示説明の供述自体を証拠とするためにこれを録取するのではないから、立会人である被疑者、被害者、その他の者の指示説明(供述)を記載して実況見分調書を作成するについて、これ等の者を取り調べて供述録取書を作成する場合のように録取した供述内容を読み聞かせて誤りがないかどうかを問い誤のないことを申し立てたときはこれに署名押印することを求めることは必要ではなく、かゝる実況見分調書は同法第三二一条三項所定の検証の結果を記載した書面としてその作成者が公判期日において証人として尋問を受けその真正に作成されたものである

ことを供述したときは、同法第三二二条第一項、第三二一条第一項の規定にかゝわらず、これを証拠とすることができる、そして原判決は所論の実況見分調書を単に「司法警察員作成の同年（昭和三八年）二月一一日付実況見分調書（図面二枚添付）」として証拠に引用しているに止まり同調書中立会人たる被告人及び八田忠則（これは明らかに八木忠勝の誤りである）の指示説明（供述）の記載部分を特に摘出して採証しているのではないから右両名の供述記載部分はこれをその各供述自体を証拠とするために引用したのではなく、捜査機関のなした実況見分の結果と一体をなすものとして証拠に供したものと見るべきところ、同実況見分調書の作成者田尻五郎は原審公判期日に証人として尋問を受け同調書が真正に作成されたものであることを供述しているから同調書の証拠能力には欠けるところがない」、旨判示している。

二、(一)　ところで刑事訴訟法第三二一条三項に言う検証の結果を記載した書面に司法警察員作成のいわゆる実況見分調書が含まれるか否かはともかくとして（本件では判例に従い含まれるものと解して論を進める）こゝにいう検証とは検証者が物の存在及び状態を五官の作用で実験、認識することを言い、そして右検証者が実験、認識した結果を記載した部分については同法第三二一条三項の適用により一般の伝聞証拠とは異り同条一項の規定にかゝわらず証拠能力が認められるのは当然であるが、それ以外の立会人の指示説明（供述）を記載した部分迄原審認定の如く直ちにこの特別規定の対象にしてよいかははなはだ疑問である。

蓋し、検証調書（実況見分調書）は前述の如く本来検証者（実況見分者）が外界の事象を実験、認識した結果を記載した書面をいうのであつて、検証者（見分者）以外の者を立会わせ現場の指示説明をさせた場合、その指示説明の内容が同一の調書中に記載されていてもそれは検証者（見分者）の認識とは理論上別個のものであるから、証拠法上も別個に考慮されなければならないからである。

(二)　仮りに原判決が判示する如く立会人の指示、説明が実況見分の一つの手段として必要であるとしても、そのことから直ちにそれが実況見分の結果と同一視して良いとの結論を導き出すことにはならないのである。例えば「被疑者がその運転する自動車を被害者に衝突させたのはこの地点である」という現場指示はこれを被疑者がその運転する自動車を被害者に衝突させたという事実の証拠とはせず単に衝突地点の指示の意味しかもたせないとしても、やはり知覚、記憶、表現、叙述という供述証拠の性質を有する点で本質的には一般の供述証拠との区別を見出しがたく、調書の記載の正確性の保障の必要性においても他の場合との差異を主張する理由は全くないのである。ちなみに本件においては正に右衝突地点が争点の中心の一つをもなしているのである。

(三)　又、右立会人の指示説明（供述）が実況見分の手段でありこれと一体不可分の関係にあるとの一事をもつてその為に法三二一条一項又は三二二条一項の手続をとることが出来ないということはない（実況見分調書をしいて実況見分調書と供述録取書とに分離しなければならぬものでもない）のであるから原判決及び右が引用した判例のいうような理由でこれに無条件に証拠能力を認めることは出来ない。

(四)　仮りに原判決のように立会人の供述は実況見分の一つの手段であり、右供述を実況見分調書に記載するのは実況見分の結果を記載するに他ならないものと解するのを妥当とするならば、一般的に被告人は実況見分者に対してしか反対尋問権を行使することが出来ず、見分者以外の者の供述につき同人に対し尋問する機会を与えられないから被告人は憲法第三七条二項前段の保障する証人審問権を失うことになるものと言わざるを得ない。それ故本件実況見分調書中八木忠勝の供述記載については同法三二一条一項三号、被告人については同法三二二条一項所定の要件を具備する場合にはじめて証拠として採用することが出来、従つて読み聞け及び供述者の署名押印を要するものと解すべく、これを要しないと解した原審の判断は憲法第三七条二項に違反するものと断ぜざるを得ない。

三、以上の如く原判決が本件実況見分調書中立会人の指示説明（供述）部分に右各供述者の署名押印を要せず、第一審判決がこれを採用して綜合認定の資料に供したのは何等の違法がないと判示したのは正しく被告人に反対尋問権を保障した憲法第三七条二項前段に違反するものと言わなければならない。よつて刑事訴訟法第四〇五条一項及び同法四一〇条一項本文により原判決は破棄されるべきである。

第二点　第一審判決及び原判決はこれを破棄しなければ著るしく正義に反すると認められ、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認がある。

一、原判決は原審弁護人がその控訴趣意第二においてなした事実誤認の主張に対し、第一審証人八木忠勝、同田尻五郎の各供述を全て信用するに足るとして第一審判決の事実認定を全て正当なものと認め「本件事故における衝突地点は第一審判示横断歩道上であつたこと、被告人が前方注視の注意義務を怠らなかつたとすれば、運転する自動車の前照灯の光で早期に被害者等の姿を発見し、事故に備えて直ちに当時の時速五〇キロから減速除行に移ることが出来、よつて、……急停車するなどの措置により、衝突事故の発生を未然に防止し得たものであることを含めて第一審判示事実をすべて肯認することができるから被告人は業務上過失致死の責あるを免がれず……、本件事故が被告人にとつて不可抗力によつて惹起されたものとは認められない第一審事実認定は相当である」旨判示している。

二、然しながら、右原判決の右事実認定は明らかに誤りである。

(一)(イ)　原判決は原審弁護人がその趣意書において証人八木忠勝の証言がその内容においても幾多の矛盾や喰い違いが認められることを指摘してその信憑性に極めて乏しい旨明らかにしたにも拘らず、未だ右不合理、矛盾の存在をもつてその余の供述部分の信憑性を否定するのは失当である旨判示して右証言を採用している。

そこで次に右証人八木忠勝の証言の不合理ないし矛盾を更に指摘してその信憑性に乏しいことを一層明らかにする。即ち、

証人八木は第一審第二回公判廷における弁護人の「そのような暗闇の中で三百米先が見えたのか」の問に対し「見えました、あそこは商店街の出口で街灯がこうこうとばかりますけれども、まして直線コースでありますからよく見えます、信号機の明りが見えますし……」と証言し（記録六五丁）更に弁護人の「実況見分調書によれば六〇ワットの螢光灯が五〇米毎に一基づつおかれてあつて他に照明設備がなくて路面は極めて暗いんだというようなことが書いてあるのですが……」との問に対し「いやあそこは螢光灯が、それからまして商店街から出て来た出口ですから非常に明るいんです、わたしははつきりと見ています」と迄断言している（同六六丁）のである。

にも拘らず、田尻五郎作成の実況見分調書によれば本件道路両側は商店、小工場、住宅等が入りみだれて櫛比しており、夜間照明としては両側に街路灯（六〇ワット螢光灯）が各一基設置されており、これより両側にそれぞれ五〇米間隔位で同様街灯が路端に設置されているが道路巾員が広く且つ深夜で他に照明の設備なく且つ暗夜降雨時のため路面は暗い旨記載され、更に検証調書によれば「写真①に示す街灯は当時は点灯されていなかつた同写真および②③の各写真に示す水銀灯は当時設置されていなかつた」旨記載されており右記載はいずれも信用出来るものであるからこれに反する前記八木証人の証言は明らかに誤まりである。更にその余の当時の具体的状況についての弁護人の間に対する証人八木の証言は本件衝突地点を除いては多方面にわたり重要な部分において不明瞭もしくは不正確であるから右証言は全ての面にわたりその信用性に極めて乏しいものと言わなければならない。

(ロ)　更に原判決は原審弁護人がその趣意書において具体的理由を附して証人田尻五郎の証言の信憑性の極めて乏し

い旨主張したにも拘らず、何等の合理的理由を示さず、これを信用出来るものとして採用しているがその違法、不当なることは前記趣意書記載のとおりである。

従つて原判決が右各証明力を有しない証拠に基いて前記事実を認定したのは如何に証拠の証明力が裁判官の自由な判断に委ねられていると言つても、余りにも経験則に反し、採証法上の原則に反しているものと言わざるを得ない。

(二) ところで第一審公判廷における被告人の供述及び同人の検証の際における指示説明（右供述の信憑性の極めて大なることは前記趣意書第二点第四、四に示した通りである）並びに第二回公判廷における証人堀江の証言によれば、被告人は本件事故当時、板橋方面から中野方向に向けてセンターラインの内側を前方左右を注視しつゝ時速約四、五〇キロで直進して来て本件横断歩道より約一〇米中野方向よりの地点に来た際、突然対向車の上向ライトに照射されて眩惑され、全く前方に対する見通が一瞬不可能な状態になつた直後右地点を斜め横断歩行中の被害者が被告人の運転する本件自動車の進行を確知しながら、連れの制止も聞かず、酔いのため容易に本件自動車の通過前に渡り切れるものと軽信して突然飛び出して来た瞬間被告人の運転する本件自動車に衝突した（同庁六七、七一、七二、七四丁）こと及び当時は街路灯も点灯されておらず真夜中でしかも雨が降つていたゝめ特に暗く、見通し困難な状態にあつた上被害者等は黒つぽい夜服を着用していたので暗闇の中に融けこんでしかも本件自動車のライトの照射距離も約二五米位であつたゝめ、その存在は被告人からは事実上容易に発見出来ない状態にあつたこと明らかである。要するに本件事故は通常の運転者としては予測しえない事情即ち被害者がいきなり被告人の前面に飛び出して来たという、被害者の判断の誤りが或るは特別の事情から起つた稀有の例外で被告人にとつてはまさに不可力とも言うべきものである。従つて本件被告人には何等の注意義務違反が存しなかつたもので、結局本件業務上過失致死罪は不成立であり、これ

に対して第一審判決及び原審判決は無罪の言渡をなすべきであるにも拘らず、有罪の判決をなしたのは原審控訴趣意書において主張した如き重大な事実を誤認した結果であるとも言うべきである。

第三点　原判決は、これを破棄しなければ正義に反すると認められ、判決に影響を及ぼすべき法令の違反がある。

一、およそ刑法上、業務上過失の内容をなす注意義務の存否は単に抽象的にではなく、事故の発生した現場において、その前後にわたる具体的事情のもとでこれを認定しなければならない（同旨東京高裁昭和三一年二月二一日最高裁特三巻一六八頁）。そして、その際特に注意すべきことは結果の重大性に惑わされず、慎重に、そして緻密にその注意義務の定型性を求めるべきと考える。蓋し、結果回避の手段は限りなく存在するがこれを無限に追求するとすれば、行為者に甚だしく苛酷になりすぎ、又犯罪行為としての定型性も失われるからである。従つてその判断の基準は常に社会的相当性、即ち結果回避のため、その採るべき手段がその「危険なる状態」において相当であるか否かを標準にすべきである。

二、(一) ところで原判決は「第一審判決判示の如く本件衝突地点は横断歩道上であつたこと、被告人が前方注視の注意義務を怠らなかつたとすれば、たとえ深夜の街路灯のない路上を黒つぽい服装の被害者が横断しようとしていたとしても、被害者等は見透しを妨げるものゝない直線道路上を横断しようとして横断歩道の中央附近まで歩行進出して来ていたのであるから、被告人の運転する自動車の前照灯の光で早期に被害者等の姿を発見し、事故に備えて直ちに当時の時速五〇キロから減速除行に移ることが出来、よつて、仮りに次の瞬間被害者がそのまゝ被告人の運転する自動車の前方を横切ろうとしてその進路に進出し、そのときたまたま対進車両の前照灯の光が被告人を直射して前方の見透を妨げたとしても、急停車するなどの措置により、衝突事故の発生を未然に防止し得たものである」旨判示し、その注意義務の内容を明らかにしている。

(二) そこで、仮りに本件衝突地点が原判決認定の如く横断歩道上であつたことを前提とした場合原判決の判示した右注意義務の解釈が前記一の趣旨に照らし刑法第二一一条の業務上過失致死罪の業務上過失の定型性として妥当なものであるか否かを検討してみるに、

(1) まず第一に原判決は被告人の注意義務違反を被告人がその運転する前照灯の光で早期に被害者等の姿を発見し、事故に備えて直ちに当時の時速五〇キロから減速除行して事故の発生を未然に防止することが出来たにも拘らず、これをしなかつた点に求めている。しかし、右認定はその前提条件となるべき事実を誤認した仮定の事実に立脚した理論で且つ刑法二一一条の解釈を誤つたものと断ぜざるを得ない。

即ち、被告人が当時運転していた自動車のライトの照射距離は約二五米であつた（記録一二一丁）のであるから被告人が本件横断歩道の中央附近迄歩行進出して来ていた被害者等を物理的に発見出来たと考えられるのは僅か右地点より二五米前方であるに過ぎない。そして当時本件自動車の時速を五〇キロとすればその一秒間に進行する距離（秒速）は 5000(米)／3600(秒) 約一三・九米で、更にその制動距離（空走距離＋滑走距離）は普通舗装道路上で二五米である（制動距離＝(時速)²/100＝(50)²/100＝二五米、横井大三・木宮高彦共著「新版注釈道路交通法」一八二頁参照）から本件の如く路面が雨のため、濡れている場合はその制動距離は右よりもやゝ長いものと考えられる。

(2) 従つて被告人が被害者等を物理的、理論的にその前照灯によつて発見出来た地点即ち本件衝突地点より二五米前方で結果回避のための最善の方法である本件事故に備えて急ブレーキをかけ、急停車していたとしても、本件事故発生当時の具体的状況の下では、少くとも二五米以上滑走したこと明らかであるから、その間に被害者がその進路に進出していた場合（歩速秒速一米以上）は当然に本件事故同様の衝突事故が発生していたこと理論上明白で、その際には行為者には何らの結果回避義務違反はなかつたものと言わなければならない。

(3) ゆえに原判決が、本件の場合前照灯の光で早期に被害者等を発見し、事故に備えて直ちに当時の時速五〇キロから減速徐行に移ることが出来……急停車するなどの措置により衝突事故の発生を未然に防止し得たもの」と判示しているのは前記の事実を看過して何等の自動車に関する知識を有せずになした独断か若しくは仮空の推論を単に叙述したもので、原判決はそれ自体注意義務の解釈を誤り、被告人に不可能を強いているものと断ぜざるを得ない。

即ち、被告人が仮りに本件衝突地点より二五米前方（前照灯の照射距離）において、被害者等を発見し、本件具体的事情の下で、注意義務を尽し結果回避のため最善の方法である急停車等の処置を施していたとしても理論上、物理上本件事故の発生を未然に防止することは不可能であつたのであるから右と同一の結果を招来したに過ぎない本件被告人の行為には何らの結果回避義務違反（注意義務違反）が存しなかつたのである。

三、以上の点から明らかな如く、原判決は本件被告人に対し業務上過失を認定したのは本件具体的事情の下においては法の予定するいかなる注意義務を尽しても本件事故の発生を回避出来なかつたものであるとの事実を看過して事実を誤認したか又は刑法第二一一条の業務上過失の解釈、適用を誤つた違法であり、そして右事実誤認若しくは法令の解釈、適用の誤りは判決に影響を及ぼすものであること勿論であつて、原判決を破棄しなければ著るしく正義に反することゝなるから刑事訴訟法第四一一条第一項又は第三項により原判決は破棄されるべきである。

第四点　原判決左記理由により憲法第一三条の違反があり、破棄されるべきである。

一、原判決は、第一審判決の量刑を判断するに際し、「車輛の無謀操従による人身事故が多発して社会不安を醸している現情勢下において原判決が被告人に禁錮の実刑を科すべきものとしたのは相当であると言わなければならない」と判示

して、その科刑を支持しているが、これは以下述べるとおり憲法第一三条の本旨に背反するも甚だしく、憲法の右条規に違反するものとして到底破棄を免れないものと思料する。

二、そもそも、現下車輛運転に伴い人身事故多発の情勢を醸していることは、たしかに原判決の判示する通りであるが、車輛事故多発の原因は単に車輛運転者の不注意のみにその原因を単一化さるべきものでなく、道路設備ないしは車輛の過剰、歩行者の不注意等の原因が複合混成して交通事故を醸成しているものであり、換言すれば現下日本法令の全般の不均衡的発展がそのまゝ交通面に反映したものにほかならず、単に車輛事故を惹起した違反者を厳罰に処して、以て一般を警醒しこれによつて事故多発の社会不安を除去し得ると考えること自体まことに皮相の浅見であるのみならず、仮りに百歩譲つて、もしも事故発生者を厳罰に処せば、いきおい刑の他戒的機能によつて、将来の事故を未然に防止しうるものと仮定しても、かくのごとき配慮は現行憲法下において断じて許されざる違法の措置と言わざるをえない。

三、蓋し、憲法第一三条は個人の尊厳を保障し、国政運用の面において個人の犠牲においてその運用を全からしめるが如きことは同条の厳に禁ずるところであり交通秩序の維持、交通事故の未然防発、或いは交通事故多発に伴う社会不安の除去と云うが如き政治目的達成のためにたまたま訴追せられた一個の刑事被告人を厳罰に処し、以て社会一般を戒心せしめんとするが如きことは右憲法第一三条に違反するも甚だしく、かゝる憲法感覚なき判決理由が何の反省もなく判示されるが如きことは、まことに奇怪といわざるをえない。

四、そもそも現在の刑罰理念は刑の特別予防を本旨とし刑の一般予防的効果をふりかざすが如きことは時代錯誤も甚だしく、もしも原判決の如き配慮で刑を重からしめんとすればいきおい近代以前の行刑のごとく刑の公開を伴わなければならぬことゝなりこの点よりしてもその不合理なることが明らかである。又刑の軽重は法定刑の刑期がこれを定める重要な基準であり、これより見れば現在一〇年以下の懲役刑を法定している窃盗罪について実際に言渡す宣告刑が殆んど一

年ないし二年である実情に照らし、本件において原判決が三年以下の禁錮刑を法定する業務上過失致死罪について、初犯者たる被告人に八月の実刑を言渡したのは刑の均衡を失するも甚だしくいわんや、他の一般故意犯について、長期一〇年にもなる犯罪について、殆んど初犯者に対しては刑の執行猶予が配慮されその更生が図られているのに反し、過失犯たる業務上過失致死罪の被告人に対し、忽ち実刑を言渡し、これにより前科の　印を付してその将来を奪うが如き暴論も甚だしく、結局原判決の量刑は現在の刑罰理論を無視し法定刑の軽乗を無視し、刑の教育的効果を無視し、たゞ一途に社会不安の除去のみを目的として科した不合理失当の量刑であることが明らかである。（ちなみに、弁護人野口恵三は、本件記録添付の示談書、公正証書により明らかな通りもともと被害者西口テイの遺族側の民事代理人であつたが、示談に際して示された被告人の改悛の情に感動し、且つ遺族としてはむしろ被告人に寛大な判決を求めてその更生に協力しようとしたにも拘らず、原判決が全くかゝる事情を無視し、前叙の如き失当の理由によつて被告人に実刑を科したことを黙視し得ず被告人のため弁護人となつて本上告理由を開陳している次第である）。

五、以上の如く原判決が第一審判決の量刑を判断するに際し、「車輛の無謀操従による人身事故が多発して社会不安を醸している現情勢下において原判決が被告人に禁錮の実刑を科すべきものとしたのは相当であると判示し、禁錮八月の実刑を科したのは個人の尊厳を保障した憲法第一三条に違反するものと言わなければならない。よつて、刑事訴訟法第四〇五条一項及び同法四一〇条一項本文により原判決は破棄されるべきである。

以　上

昭和四〇年(あ)第一八八九号

判　決

本　籍　東京都世田谷区北沢二丁目二四八番地
住　居　同都目黒区碑文谷三丁目一三番地
会　社　員　大　橋　令　二　大正六年五月五日生

右の者に対する贈賄被告事件について、昭和四〇年六月一一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判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人花岡隆治、同斎藤兼也、同田宮甫、同向山義人、同鈴木光春、同鈴木孟秋の上告趣意第一点中違憲をいう点については、公務員が法令上管掌する職務自体ではなくとも、その職務に密接な関係を有する行為につき収賄した場合には、刑法所定の収賄罪が成立すると解すべきところ（昭和三〇年(あ)第四一〇七号同三一年七月一二日最高裁判所第一小法廷決定刑集一〇巻七号一〇五八頁参照）、五〇〇〇坪をこえる農地を農地以外の用途に転用するため所有権移転の許可申請書を都道府県知事を経由して農林大臣に提出する場合には、市町村農業委員会がその手続に関与することは法令上特別の規定はないけれども、原審の確定する事実によれば、神奈川県においては、右知事のする手続に至るまでに申請書はまず所轄市町村農業

委員会に提出され、農業委員会はその内容を検討したうえ意見書を付してこれを知事に送付することが従来慣例として行われており、この農業委員会における手続は、農地法関係事務処理要領（既墾地の部）その一（昭和二七年一一月二五日付農林省農地局長通達二七地局第三七〇七号）及びその廃止後の農地等転用関係事務処理要領（昭和三四年一一月一三日付農林省農地局長通達三四地局第五五〇七号）のうちに前記知事のする手続に当つて「知事は必要があれば市町村農業委員会の意見をきくものとする」旨示達されていることに基づき、同県の行政指導により慣例として行なわれていたというのであり、また農業委員会等に関する法律六条三項によれば農業委員会は他の行政庁に建議し又はその諮問に応じて答申することができる旨規定されているのであるから、神奈川県における右慣行は前記申請について包括的な知事の諮問があつて個々の案件毎にそれに対する農業委員会の答申が行われているものと解し得ないでもない旨の原審の認定判断は首肯し得ないことはない。従つて、右通達が法令上の根拠を持たず、従つて右農業委員会における手続が従前からの慣例による事実上のものであつたとしても、農業委員会が現にその手続を行つている以上、農業委員会の委員がその手続における審議及び決定に加わることは、同委員会の委員の職務に密接な関係を有する行為としてその職務に該当するとした原審の判断は正当である。論旨は、前記農業委員会の手続は同委員会及び同委員の職務に当らないことを理由として違憲の主張をするものであるから、右委員の行為が職務に該当する以上、前提を欠くものであり、その余は単なる法令違反、事実誤認の主張を出ないから適法な上告理由に当らない。

同第二点は違憲をいうが、記録によるも所論供述調書が所論の如き強制誘導により得られたと疑うべき証跡は存しないから、論旨はその前提を欠き、上告適法の理由に当らない。

同第三点は違憲をいうけれども、その採るべからざることは、所論引用の昭和二三年(れ)第一一四〇号同二四年四月六日大法廷判決及び昭和二三年(れ)第一四一号同二五年二月一日大法廷判決（集四巻二号七三頁）の趣旨に照らして明らかであり、

今なおこれを変更するの要を見ないから、論旨は理由がない。

同第四点は違憲をいう点もあるが、実質は事実誤認、単なる法令違反の主張であり、その余は量刑不当の主張であつていずれも刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。

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。

昭和四一年二月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　長部謹吾

裁判官　入江俊郎

裁判官　松田二郎

昭和四〇年(あ)第一八八九号

贈賄　被告人　大橋　令二

弁護人花岡隆治、同斎藤兼也、同田宮甫、同向山義人、同鈴木光春、鈴木孟秋の上告趣意

（昭和四〇年一〇月二〇日付）

原判決には憲法違反・重大な事実誤認・甚だしい量刑不当があり、原判決は当然破棄されなければならない。

第一点　憲法違反（憲法第三十一条及び第三十七条第一項違反）について

原判決は何ら罪とならない行為――法律によつて処罰の対象とされていない行為について被告人大橋に対し有罪判決を科しているものであつて、右は憲法第三十一条に明らかに違反するものである。

謂うまでもなく憲法第三十一条は所謂罪刑法定主義の原則を定めたもので、犯罪と刑罰が予め法律をもつて定められることを要することを規定しており、換言すれば予め法律をもつて規定せられないかぎり、いかなる行為も犯罪とせられることなく従つてそれに対して刑罰が加えられることがないということを意味しているものである。

而して被告人大橋が有罪とされた贈賄の所為は刑法第百九十七条、百九十八条に規定されているとおり公務員の「其職務ニ関シ」賄賂を供与することにより成立するものであるが、本件の場合被告人大橋より金員を受領した市川郁には原判決記載の如き職務権限は全くなく右金員の授受は市川郁の職務に関しなされたものでは全くないのである。

(一)　第一審判決は市川郁の職務権限について、市川郁は川崎市農業委員として「農地を宅地等農地以外のものに転用するための神奈川県知事あてあるいは農林大臣あて許可申請を同委員会において受理した場合、農地法第四条第一項、同法施行規則第二ないし第六条、農地法関係事務処理要領（昭和二七年一一月二五日農林省農地局長通達）、農業委員会等に関する法律第一九条の二等にもとずき同委員会農地部会が右許可申請に意見を付するために審議をなすに際し、同法

第二二条第三項所定のごとく同部会に出席して意見を述べる職務を有していたもの」と判示し、また原判決もこれを肯認しているが、農林大臣宛の許可申請については市農業委員会又は同委員会農地部会が審議等をなす権限はなく従つて同委員会委員であつた市川郁が右の審議に加わつたりあるいは同部会に出席して意見を述べる職務権限など全く有していなかつたものである。

農地を宅地等農地以外のものに転用するための農林大臣宛許可申請書については市農業委員会はこれを受理する職務権限は勿論意見を附する職務権限をも全く有していなかつたものである。

凡そ公の機関（行政機関、行政庁等）の職務、権限はすべて法律又は法律に基く命令等にその根拠を有しているものであり、かゝる法令の根拠に基かずして当該機関が恣意に或いは慣行により或いは他の機関の勧奨、指示、容喙により、職務、権限なるものを作り上げたり若しくは事実上或る行為を執り行つたりなどしても全くそれらは違法であつて到底職務権限と目される筋合のものに非ず、従つて刑法第百九十七条、第百九十八条中に言う「職務」にも該当しないし亦本来の職務に密接な関係を有するものともならないこと当然である。

(1) 元来農業委員会の権限については「地方自治法」（昭和二十二年四月十七日法律第六十七号）、「農業委員会等に関する法律」（昭和二十六年三月三十一日法律第八十八号）に規定されており、これらの法律によると

地方自治法第二百二条の二第四項

「農業委員会は、別に法律の定めるところにより、自作農の創設及び維持、農地等の利用関係の調整、農地の交換分合その他農地に関する事務を執行する。」

農業委員会等に関する法律第六条

農業委員会は、その区域の次に掲げる事項を処理する。

一、農地法（昭和二十七年法律第二百二十九号）その他の法令によりその権限に属させた農地、採草放牧地又は薪炭林（以下「農地等」という。）の利用関係の調整及び自作農の創設維持に関する事項

二、土地改良法（昭和二十四年法律第百九十五号）その他の法令によりその権限に属させた農地等の交換分合及びこれに附随する事項

三、前各号のほか、法令によりその権限に属させた事項

2 農業委員会は、その区域内の次に掲げる事項に関する事務を行うことができる。

一、農地等の利用関係についてのあつせん及び争議の防止に関する事項

二、農地等の交換分合のあつせんその他農地事情の改善に関する事項

三、農業及び農村に関する振興計画の樹立及び実施の推進に関する事項

四、農業技術の改良、農作物の病虫害の防除その他農業生産の増進、農業経営の合理化及び農民生活の改善に関する事項

五、農業生産、農業経営及び農民生活に関する調査及び研究

六、農業及び農民に関する事項についてのけいもう及び宣伝

3 農業委員会は、前二項に規定する事務を行うほか、その区域内の農業及び農民に関する事項について、意見を公表し、他の行政庁に建議し、又はその諮問に応じて答申することができる。

4 第二項の規定は、同項に掲げる事項に関する市町村長その他の市町村の執行機関の法令（条例を含む）の規定に基く権限の行使を妨げない。

となつている。

(2) 更に、農地法には

「第四条　農地を農地以外のものにする者は、省令で定める手続に従い、都道府県知事の許可（その者が同一の事業の目的に供するため五千坪をこえる農地を農地以外のものにする場合には、農林大臣の許可）を受けなければならない。――後略」

「第五条　農地を農地以外のものにするため又は採草放牧地を採草放牧地以外のもの（農地を除く。）にするためこれらの土地について第三条第一項本文に掲げる権利を設定し、又は移転する場合には、省令で定めるところにより、当事者が都道府県知事の許可（これらの権利を取得する者が同一の事業の目的に供するため五千坪をこえる農地について権利を取得する場合には、農林大臣の許可）を受けなければならない。――後略」

亦農地法施行規則（昭和二十七年十月二十日農林省令第七十九号）には

「第四条　法第四条第一項の許可を受けようとする者は、次に掲げる事項を記載した申請書を、農業委員会を経由して都道府県知事に（その者が同一の事業の目的に供するため五千坪をこえる農地を農地以外のものにする場合には、都道府県知事を経由して農林大臣に）提出しなければならない。――中略」

2　第二条第三項前段の規定は、農業委員会が前項の申請書を受理した（註）場合に準用する。

（註）第二条第三項前段の規定

「農業委員会は、第一項の申請書で都道府県知事に提出するものを受理したときは、これに意見書を附して都道府県知事に進達しなければならない。」

「第六条　法第五条第一項の許可を受けようとする者は、第二条第一項第一号から第四号まで及び第七号並びに第四条第一項第三号から第七号までに掲げる事項を記載した申請書を、農業委員会を経由して都道府県知事に（法第

六条第一項の権利を取得する者が同一の事業の目的に供するため五千坪をこえる農地について権利を取得する場合には、都道府県知事を経由して農林大臣に）提出しなければならない。

2　第二条第二項の規定は前項の申請に、同条第三項の規定は農業委員会が前項の申請書を受理した場合に準用する。」

とそれぞれ規定されている。

(3) 右のような次第で、法令上においては農林大臣宛許可申請書については、市農業委員会はこれを受理する職務、権限、意見を附する職務、権限ともになく（かゝる職務、権限を認めた法令の規定は全く存在していない）亦これらに関与することは全く許されていないのである。

横浜地方検察庁中野博士検事宛の昭和三十五年十一月十八日付神奈川県農地調整課長回答書中においても「法的根拠はない」と認めているのである。

(4) 「農地法関係事務処理要領」（昭和二十七年十一月二十五日付農地局長通達――以下「処理要領」という）について。

第一審判決及び原判決は市川郁の職務権限の根拠として「処理要領」を挙げているが、「処理要領」中には農業委員会として、かような権限を有しているとの記載は全然見当らない。尤も、「処理要領」中に「都道府県知事は必要があれば市町村農業委員会の意見を聞くものとする」と記載あるところから、前記神奈川県農地調整課長回答書に見られるように「処理要領により都道府県知事に必要があれば市町村農業委員会の意見をきくものとすると定められ積極的にその意見を要求されていないが事実上の運用にあたつては県の行政指導により意見を付するよう口頭をもつて依頼しているもので委員会の意見を付した上知事あて送付される慣例になつている。」とするならばこれは全く法律

上何等の効力なき違法かつ無効な措置というべきである。

(イ) もともと、農林省農地局長には「都道府県知事は必要があれば市町村農業委員会の意見をきくものとする」と通達をもつて指示する何等の権限はないのである。

農地局は農林省内の一内部部局でその長たる局長は行政機関ではなく農林大臣の単なる補助機関に過ぎないものである。

一補助機関が地方公共団体の長たる都道府県知事に対し恣意にかような通達を発し、これにより市町村農業委員会に対し法律の規定を侵蝕し意見答申の義務を負担させることは越権沙汰として到底許されないところであり、畢竟該通達の如きは無権限に基く違法なもので法律上何等の効力も生じないのである。勿論、該通達は「農業委員会等に関する法律」第六条第一項第三号「前各号のほか、法令によりその権限に属させた事項」に云う法令に当らないことは当然といわなければならない。

(参考 条文)

「農林省設置法(内部部局)

第五条 本省に大臣官房及び左の五局を置く。

農林経済局 農地局 後略

「国家行政組織法

第三条第二項 行政組織のため置かれる国の行政機関は、府、省、委員会及び庁とし、(以下省略)

第五条第一項 総理府及び各省の長は、それぞれ内閣総理大臣及び各省大臣とし、内閣法にいう主任の大臣として、それぞれ行政事務を分担管理する。

第七条第一項 府及び省には、その所掌事務を遂行するため、官房及び局を置く。

第十二条 各大臣は、主任の行政事務について、法律若しくは政令を施行するため、又は法律若くは政令の特別の委任に基いて、それぞれの機関の命令(総理府令又は省令)を発することができる(中略)

4 第一項の命令には、法律の委任がなければ罰則を設け、又は義務を課し、若しくは国民の権利を制限する規定を設けることができない。

第十四条第二項 各大臣、各委員会及び各庁の長官は、その機関の所掌事務について命令又は示達するため、所管の諸機関及び職員に対し訓令又は通達を発することができる。

第十五条 各大臣は主任の事務について、地方自治法第百五十条の規定により、地方公共団体の長のなす国の行政事務に関し、その長を指揮監督することができる。——後略」

「地方自治法

第百五十条 普通地方公共団体の長が国の機関として処理する行政事務については、普通地方公共団体の長は都道府県にあつては主務大臣、市町村にあつては都道府県知事及び主務大臣の指揮監督を受ける。」

(ロ) 亦県知事と市農業委員会とは各々別個独立な機関でその相互間には地方自治法第百五十条に於けるような、概括的な指揮監督の関係はない。従つて前記神奈川県農地調整課長回答書に記載のように、「県の行政指導により意見を付するよう口頭をもつて依頼しているもので委員会の意見を付した上知事あて送付される慣例になつている」としても、何等法令の根拠に基かず恣意にかようような意見を付させてもこれ亦違法であり、市農業委員会としては正当な職務の範疇に属さないものである。

(ハ) 神奈川県農地調整課長の職にある証人佐野利雄も第一審公廷における供述において

「農林大臣が許可する農地転用に関しては法律上は県知事が意見を付すことになつており」

「法律上特に地元の農業委員会というものの意見は求められていない」

ことを肯定しつゝただ

「地元の意見が付いてくるほうが農林大臣決済の分でも非常に地元の様子がわかつて自分等のほうとしては都合が良い」

と述べているが、何ら法律上の権限なき一地方吏員が自己の都合から別個独立の機関である市農業委員会に恣意に意見を付するよう求めること自体沙汰の限りというべきである。

尤も八幡製鉄株式会社の申請にかゝる川崎市井田蟹ヶ谷所在の農地約一万七千坪に関する農林大臣宛の宅地転用許可申請について神奈川県知事が川崎市農業委員会に意見を求めた事実は全くなく、第一審の佐野証人も箕山弁護人の「これはそうすると参考として、とにかくそういうもの（註、地元農業委員会の意見）がついて来る方があなた方が意見を考える場合に、都合が良いというわけで付いてきている。それを参考にしているだけで法律上求められているからというわけで、意見を特に求めたというわけではないわけなんですね」という問に対し

「はい」

とこれを肯定しているのである。

単に惰性としてあるいは偶々地元農業委員会が意見を付したからといつて、意見を付することが地元農業委員会の職務権限になる道理はないのである。

刑法第百九十七条、第百九十八条に言う「其職務ニ関シ」とは飽くまで適法且妥当な職務権限に基くものでなければならない。蓋し違法な職務権限など国の機関として到底存在する筈がないのである。

叙上の如く農林大臣宛許可申請書について、転用許可の可否に意見を付すことはもとより意見を付するために審議をなすこと自体市農業委員会若しくは同委員会農地部会の職務権限ではないのみならず法令の規定に基く市農業委員会若しくは同委員会農地部会の本来の職務権限とは別段密接な関係をも有していないのである。

原判決は

「本件のように五〇〇〇坪をこえる農地を農地以外のものに転用するためその所有権を移転する場合には、その許可申請書を都道府県知事を経由して農林大臣あてに提出しなければならず、この際に知事は申請書の内容を検討したうえ意見書を作成して、これを申請書とともに進達する手続を経ることにされている（農地法第五条第一項、同法施行規則第六条第一項、なお同法施行規則第六条第二項、第二条第三項、後記農地法関係事務処理要領（既墾地の部）その(一)の(二)一(五)1の前段参照）が、農業委員会が右の手続に関与することについての法令上の特別の定めはないところ、本件記録、とりわけ神奈川県農地調整課長作成の「農地転用許可手続に関する疑義について（回答）」と題する書面、原審証人佐野利雄の供述記載、農地法関係事務処理要領（既墾地の部）その(一)（東京高等裁判所昭和三八年押第六〇〇号の五〇のうち）および当審証人平川守の供述記載によると、神奈川県においては、右の知事のする手続に至るまでに、申請書はまず所轄市町村農業委員会に提出され、農業委員会においてその内容を検討したうえ意見書を付してこれを知事に送付することが従来行われており、この農業委員会における手続は農地法関係事務処理要領（既墾地の部）その(一)（昭和二七年一一月二五日付農林省農地局長通達二七地局第三七〇七号）および右廃止後の農地等転用関係事務処理要領（昭和三四年一一月一三日付農林省農地局長通達三四地局第五五〇七号）のうちに前記の知事のする手続に当つて「知事は必要があれば市町村農業委員会の意見をきくものとする」旨示達されていることに基いて、県の行政指導により慣例として行われていたことが明らかである。してみると、仮りに右の通達が法令上の根拠

を持たず、従つて右の農業委員会における手続が従前からの慣例による事実上のものであつたとしても、農業委員会が現にその手続を行つている以上、農業委員会の委員がその手続における審議および決定に加わることは同委員会の委員の職務に当るものとするのが相当である。」

と判示し、弁護人主張の如く五千坪をこえる農地を農地以外のものに転用するためその所有権を移転するにつき必要な許可手続に農業委員会が関与することについての法令上の特別の定めはないことを認めながら、

「農業委員会が現にその手続を行つている以上農業委員会の委員がその手続における審議および決定に加わることは同委員会の委員の職務に当るものと解するのが相当である」としているが、右判示こそは憲法第三十一条の保障する罪刑法定主義に明らかに背馳するものである。

前叙の如く刑法第百九十七条、第百九十八条に言う「其職務ニ関シ」とは飽くまで適法且妥当な職務権限に基くものでなければならない。蓋し違法な職務権限など国の機関として到底存在する筈がないからである。

単に惰性としてあるいは事実上偶々地元農業委員会が意見を付したからといつて、意見を付することが地元農業委員会の職務権限になる道理はない。原判示の如き解釈が正しいとされれば憲法第三十一条の罪刑法定主義の保障は裁判所の恣意的な解釈により全く無視蹂躙され、法律に規定されていない行為が裁判所の恣意的な解釈により犯罪行為とされるという全く由々しき事態を招来することになろう。

原判決が挙示する最高裁判所決定（御庁昭和三〇年(あ)第四一〇七号同三一年七月一二日第一小法廷決定）は本件には適切でないばかりか、叙上の如く農林大臣宛許可申請書について、転用許可の可否に意見を付することはもとより意見を付するために審議をなすこと自体市農業委員会若しくは同委員会農地部会の職務権限ではないのみならず法令の規定に基く市農業委員会若しくは同委員会農地部会の本来の職務権限とは別段密接な関係をも有していないのであり、前記決

定は本件には何らの参照となりえないものである。

更に原判決は

「農業委員会等に関する法律第六条第三項によると、農業委員会は他の行政庁の諮問に応じて答申することができるのであるから、前記通達の内容もこれを首肯することができるし、また、神奈川県における右の慣行は前記申請について包括的な知事の諮問があつて、個々の案件毎にそれに対する農業委員会の答申が行われているものと必ずしも解し得ない訳ではないから、農業委員が右の手続を行うことに法令上の根拠がないと一概にいうこともできない」旨の判示をなしているが、右の解釈こそ事実並びに証拠に基かぬ恣意的かつ偏見に満ちた判断というべきである。

「知事の諮問があつた」との事実は本件にあらわれた全証拠を検討しても全く認められないのであり、かゝる事実に背馳した無理極まりない認定を敢えてしても被告人大橋を有罪とした第一審判決を支持せんとした原判決は何が何でも被告人大橋に罪を着せんとの意図のもとになされたものと察せられ明らかに公平な裁判所の判断とはいえず――この点については憲法第三十七条第一項に明らかに違反している。またかゝる原審の本件に対する態度は後にも指摘するとおり随所に見受けられる――この一点をもつてしても破棄を免れないのである。

(二) 更に農業委員会等に関する法律第二二条第三項によると、「部会の委員以外の委員は部会長の許可を受けて部会に出席して意見を述べることができる」にすぎないのであるから、農地部会の委員以外の委員であつた市川郁が農地部会で意見を述べることは義務を伴うところのいわゆる職務に当らないのであるが、原判決は刑法第百九十七条第一項にいう「職務ニ関シ」の職務とは公務員がその地位において担当する事務を指称するにすぎず、右事務が法令上義務的なものとされていることを必要としないと解し、市川郁が川崎市農業委員会の委員ではあるが、同委員会農地部会の委員ではなく、従つて、同部会に出席して意見を述べることが同人にとつては任意的な事務に属することを認めながら

も右の事務は前記法条に該当すると認定しているが、右判示は判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の解釈適用を誤つた違法なものであり、これを破棄しなければ著るしく正義に反するものと認められ、刑事訴訟法第四百十一条第一号の規定からも破棄を免れないものである。

叙上の如く原判決は市川郁が有しない職務権限を前提として被告人大橋に贈賄を認めているのであり、原判決には既に指摘のとおり憲法第三十一条、第三十七条第一項に違背し当然に破棄を免れないのである。

第二点　憲法違反（憲法第三十八条第二項及び第三十七条第一項違反）について

第一審判決は、被告人大橋に対して贈賄罪を断じ、その証拠として被告人大橋の検察官に対する昭和三五年八月一二日付、同年八月一九日付、同年八月二二日付および同年八月一六日付（但し第一項の冒頭より第三丁目表末行までを除く）各供述調書、被告人市川郁の検察官に対する昭和三五年九月六日付供述調書、松尾英男の検察官に対する昭和三五年八月二〇日付供述調書（第五項を除く）、田村庸三の検察官に対する昭和三五年八月一八日付供述調書の第一ないし第三項並びに川辺清の検察官に対する昭和三五年八月一八日付および同年一一月五日付各供述調書を挙示しており、原判決も右各証拠の適法性を肯認している。

しかしながら右の各供述調書はいずれも強制された供述を記載したもので、憲法第三十八条第二項により証拠とすることができないものであり、従つて原判決には憲法第三十八条第二項の違反が存するものである。

㈠　本件捜査の発端は経済関係罰則の整備に関する法律違反容疑で身柄拘束のまゝ取調べを受けていた市川郁が釈放する旨の告知を担当の中野博士検事から受けた後、迎えの者が来るまでの間取調室外で中野検事と雑談中他より金員を受領したことがないかとの問に対し東急不動産株式会社から金十万円を選挙の陣中見舞として受け取つたことがあると答えたことにある。

市川郁は取調室外で釈放する旨の告知を受けた後の検察官との軽い雑談中にしかも「問題にする訳ではないから」との前置きで問われた、しかもその時には調書は作成されず昭和三十五年七月二十五日付の検察官面前調書は後に作成されたものである旨述べているが、検察官の前置文句の真否及び右調書が当日作成されたものか否かの点はさておき、何故検察官は釈放する旨を告げた後取調室外で市川郁を取調べなければならなかつたのか、少くともこの点だけは捜査の常道をふみ違えた検察官の取調態度といいうるであろう。

察するに検察官は川崎農業協同組合をめぐる不正の疑いに着目し捜査したが当初の見込みと異り背任・横領等の事実は全くなく単に農業協同組合法違反しか問責しえないこととなつたので、新聞紙上等にこの事件が大きく宣伝された手前捜査当局の面子にかけても何か余罪を引つ張り出そうとして功を焦つた結果と思料されるのである。このことは市川郁が供述し被告人大橋の逮捕事実となつた金十万円が全くの陣中見舞であるとの事実が明白になるや更に余罪を求めんとした捜査経過からも如実に窺えるのである。

功を焦つていた検察官の取調態度は随所に見られるが、裁判所におかれてもこの検察官の捜査態度に特に御留意願いたいのである（第一審においても三十回以上も公判期日を重ね公判の最終段階に入つていた昭和三十七年九月頃に検察官は警察官等を使い農業委員等に対し捜査をすすめていたが、かゝる異例かつ異常な捜査がなされたことは検察官が真実に反しそれ自体に無理がある本件公訴の維持に如何に苦慮していたかを物語る一つの証左であろう）。

㈡　各検察官の面前調書の任意性・信憑性について

右の如く功を焦つていた検察官は被告人大橋及び参考人の検察官面前調書を作成するにあたつても強制と利益誘導に終始していたのである。

被告人大橋は逮捕事実の金十万円について陣中見舞と主張し、右事実が真実なることが明らかになるや神奈川県警担

当係官及び中野検事は面子にかけても余罪を求めんと努め、その結果逮捕後五日を経過した昭和三十五年八月六日に至つて金二十万円及び金三十万円の二口の市川郁に対する贈賄を自供したとされている。

しかしながら被告人大橋が第一審及び原審において訴える如く神奈川県警における取調べは検察官の取調べの合い間合い間に数人の県警取調官が被告人を取り囲み口汚くののしり、また自白すれば早く釈放する旨利益誘導する等の状況下において為されたのである。当時の暑さは酷しくまた膵臓と胆嚢を患つたことがあつて体力に自信のない被告人大橋は生れてはじめての留置場生活のこととて精神的に動揺して早く釈放するとの係官の口車にのり誘導されるまゝに虚偽の事実を供述したこともまた無理からぬところといえるのである。

右の八月六日に自白をなすや接見禁止中にも拘らず自宅に電話をかけさせ、また同日午前十時から接見許可を求めて待機していた中村哲也、田宮甫両弁護人に午後三時半に至つて漸く二十分に限り接見を認めたことなども右の事実を認める一つの例となろう。

市川郁の自白調書、松尾英男、田村庸三、川辺清等の検察官面前調書についても右と同様強制と利益誘導のもとに作成されたものである。その一々の状況についてこゝでは詳かに触れるのを差控えるが、同人らの第一審における取調べの状況に関する供述に耳を傾けるならばその実情を十分に知り得るのである。

更に特に指摘されるべきは金二十万円の授受に関する供述と同時になされた被告人大橋が金三十万円を市川郁に贈賄した旨の供述である。結局右の金三十万円の贈収賄は全く架空であることが判明し、流石の検察官も公訴提起をなしえなかつたのであるが、しかしながら三十万円の贈収賄に関する、被告人大橋をはじめ市川郁、松尾英男、田村庸三、川辺清の各検察官面前調書は日時・動機・共謀・場所・授受の状況殊に被告人大橋と市川郁間に交された会話の内容に至るまで徹に入り細に入り全く完全に一致しているのである。数人の者が各別にうその供述をするのに微細な点まで全く

一致するということが一体ありうるだろうか（しかも被告人大橋は勾留中で接見が禁止されていたのであつて同人が他の者と打合わせをすることは全く物理的にもできない状況にあつたことに留意されたい）。この事実は本件捜査が全く の強制と誘導のもとになされたことを何よりも明白に物語つているのである。流石の中野検事もこの点の追求を受けると渋々ながら

「ある程度迎合的な供述をした」

「市川郁についても再逮捕されることを怖れて口裏を合わせる供述をした」

旨供述しこれを認めているのである。

供述者が取調官に迎合せざるを得ない状況における取調には如何に無理があつたか察するに余りあるものがあろう。

右の三十万円の供述と同時になされている二十万円授受の動機・趣旨・授受の方法・状況等に関する被告人大橋はじめ市川郁、松尾英男、田村庸三、川辺清の検察官に対する供述が全く完全に真実に反して一致させられた事情は右によつても十分察せられよう。

(三) しかしながら原判決は

「原審証人関口治作、同船田政治の各供述記載および同中野博士に対する尋問調書からすると、相被告人大橋の自白した経緯、検察官に対してした供述の状況などの相被告人大橋の検察官に対する所論各供述調書が作成されるに至つた経過を如実に知ることができるところ、相被告人大橋が検察官に不当に誘導されたとする証跡は少しも見当らず、とりわけ右の原審証人中野に対する尋問調書によれば、かえつて右各供述調書は相被告人大橋のした任意の供述を録取したものであることがきわめて明白である。なお、所論のとおり右各供述調書に虚偽の事項が記載されているとしても、捜査の段階において被疑者の供述を訊くときには、そのうちに虚偽が混入することは避けがたいことであつ

て、そのことのみを捉えてその供述の任意性を疑う根拠とはなしがたいし、のみならず、右各供述調書のうち昭和三五年八月一六日付のものの原審不採用部分についてみると、相被告人大橋の手帳（前押号の六一）中にその供述に副う記載はないにしても、その供述をする手がかりとなる記載はあり、その余の供述調書中起訴されなかつた三〇万円の贈賄に関する部分についてみると、その供述がまつたく自発的になされたものであることが右の原審証人関口の供述記載および同中野に対する尋問調書によつて明らかにされており、いずれも各供述調書の任意性の欠如を裏付けるに足りるものではない。」

とし更に

「本件捜査の経緯は、原審証人中野博士に対する尋問調書においてきわめて卒直に述べられているところであつて、その間に違法ないし不当と目すべき措置は見当らないのみか、相被告人市川に対してはむしろ同相被告人のためのみを考慮した身柄の措置がとられているほどであることがうかがわれ、記録を精査してみても、被告人大橋以外の者の所論各供述調書についてもまたその任意性を疑う余地は残らない。そして、右各供述調書は他の証拠と比較対照してその内容を検討し、各供述者の地位およびその原審ないし当審における供述をも参酌するとき、十分な信憑性を持つものであることが優に肯認される。」

と判示している。

しかし関口治作、船田政治、中野博士はそれぞれ現職の警察官、検察事務官、検察官であつて被告人大橋らに対する取調べにつき法廷において違法なる事実を肯認する筈がないことは自明のことであり、その供述は措信しえないものである。

原判決はこの自明の理に敢えて目をつぶり、前記(一)及び(二)において詳記した事実を無視し、中野らの供述のみに基き

被告人大橋らの供述に任意性ありとしているが、その不当なること全く明らかである。原判決は「捜査の段階において被疑者の供述を訊くときには、そのうちに虚偽が混入することは避けがたいことであつて、そのことのみを捉えてその供述の任意性を疑う根拠とはなしがたい」旨判示しているが、全く架空だつた金三十万円の贈賄の供述（これは金二十万円の授受に関する供述と同時になされている）に関する被告人大橋をはじめ市川郁、松尾英男、田村庸三、川辺清の各検察官面前調書は日時・動機・共謀・場所・授受の状況殊に被告人大橋と市川郁間に交わされた会話の内容に至るまで微に入り細に入り全く完全に一致しているのである。数人の者が各別に全く同じうそのしかも自己が刑事責任に問われる供述をするのに微細な点まで全く一致するということは経験則上ありえないことなのである。既に指摘したとおり被告人大橋は当時勾留中で接見が禁止されていたのであつて、同人が他の者と打合わせをすることは全く物理的にもできなかつた状況にあつたのである。この事実は被告人大橋らの供述が全くの強制と誘導のもとになされたことを何よりも明白に物語つている。

刑務所入りを志願するものならいざ知らず自己が刑事責任に問われるうその供述を自発的にする馬鹿が一体いるであろうか、経験則上全く考えられないところである。

原判決は経験則を無視し中野らの供述のみを重視して予断と偏見に基き前記事実を認定しているものであつて明らかに公平な裁判所の判断とはいえず——この点については憲法第三十七条第一項に明らかに違反している——この一点をもつてしても破棄を免れないのである。

叙上の如く原判決は憲法第三十八条第二項により証拠とすることができない前記各供述調書に基き被告人大橋に有罪の認定をしており、また更に原判決には前記の如く憲法第三十七条第一項にも違背し、当然に破棄を免れないのである。

第三点　憲法違反（憲法第九十八条第一項違反）について

第一審判決は被告人大橋の所為は刑法第百九十八条第一項に該当するとし同法を適用して有罪の言渡しをなし、原判決もこれを支持しているが、右刑法は憲法第九十八条第一項により昭和二十二年五月三日限り当然効力を失つているものであり同法を適用した原判決は右憲法の規定に違反しているものである。

憲法第九十八条第一項は「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」と規定しているが、右の「条規に反する」とは実質上（内容上）の矛盾の外形式上の矛盾を意味するものである。

而して現行刑法は明治四十年四月二十四日に帝国議会の協賛により天皇の裁可をもつて成立したものであつて、国会の制定する新憲法上の法律とはその成立の基礎及び実質を全く異にし新憲法上において法律とは認められないものである。

御庁は昭和二十四年四月六日大法廷判決（昭和二三年(れ)第一一四〇号事件）において「新憲法は、第九八条において『その条規に反する法律、命令、詔勅』等の効力を有しないことを規定している。従つて、その反面解釈として、憲法施行前に適式に制定された法令は、その内容が憲法の条規に反しないかぎり効力を有することを認めているものと解さなければならない。」と判示されているが、右判決は「条規に反する」の意義も理由もなく実質上（内容上）の矛盾のみに殊更に限定し形式上の矛盾の点について何等顧慮して居らず憲法の解釈を誤つているものである。

況そ法令等の改廃に際し従前の法令が爾後も効力を存続しうるためには経過規定がおかれるべきであり、これがない場合はすべて爾後効力を有しえないものである。

いうまでもなく日本国憲法は大日本帝国憲法とは全く質を異にするものであつて国家の基本構造自体を一変したものであり、憲法が変つた以上大日本帝国憲法に基くすべての法形式はその内容が日本国憲法に違反するしないに拘らずすべて無効であり、それらを引きつづき日本国憲法下において効力をもたせるためには特にその旨の規定を必要とするものであ

り、新憲法施行に際し命令に関しては「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」（昭和二十二年法律第七十二号）、勅令に関しては「日本国憲法施行の際現に効力を有する勅令の規定の効力等に関する政令」（昭和二十二年政令第十四号）がそれぞれ経過規定として制定せられたのがその証左といえよう。

法律に関しては何等の規定がなく日本国憲法の施行とともに大日本帝国憲法に基く法律は当然に効力を失つているものであつて、前記大法廷判決が法理に反し便宜的法解釈を敢えてしたことは洵に遺憾に堪えない次第である。御庁におかれては右の点につき十二分に御熟慮御勘考の上判例を変更せられるよう上申致す次第である。

要するに原判決が刑法第百九十八条第一項を適用して被告人大橋に有罪判決を言渡したことは憲法第九十八条第一項に違反するものであつてこの点においても破棄すべきものである。

第四点　重大な事実誤認について

一、第一審判決は

「東急不動産株式会社が、当初は住宅金融公庫の建売住宅敷地用として農地の所有者青山要作外五三名から将来農林大臣の宅地転用許可が出ることを条件に買い受けた川崎市井田蟹ヶ谷所在の農地約一万七〇〇〇坪を、八幡製鉄株式会社に対し昭和三四年一月上旬頃転売しその結果多額の利益をうける予定となつたが、その転売契約の効力を発生させるためには、農地法第四条第一項本文にもとずき、前記のような約款の有無にかゝわらず農林大臣の宅地転用許可を得なければならず、売主としての責任上農地転用許可申請手続一切を代行することゝなり、昭和三四年一月一四日頃申請名義人を八幡製鉄株式会社および前記農地の所有者青山要作外五三名とした農林大臣あての宅地転用許可申請書を川崎市農業委員会に提出し、同委員会農地部会において同年同月二七日頃および同年二月二七日頃の二回にわたり右申請議案を審議した後宅地転用許可を相当とする議決がなされたものであるところ、同年四月八日頃同市新丸子

東一丁目七八四番地春旅館こと沢田リツ方において、被告人大橋令二外一名より右許可申請の審議に際し、早急に転用許可を相当とする議決が得られるよう前記農地部会に出席発言する等尽力したことに対する謝礼として」の趣旨において被告人大橋―市川郁間に現金二十万円の授受が為された旨認定し、原判決もこれを支持し被告人大橋に対し贈賄の有罪を断じた。

しかしながら被告人大橋が東急不動産株式会社の使者として市川郁に手交した現金二十万円は当時市川郁が立候補していた神奈川県県会議員選挙の陣中見舞として東急不動産株式会社が市川郁に贈つたものであり、前記判決認定の如き趣旨で贈られたものでは断じてない。

前記判決認定の如く東急不動産株式会社と八幡製鉄株式会社との本件農地の売買契約には東急不動産株式会社においてその宅地への転用許可を得ることが条件とされていたことはなく、東急不動産株式会社が右転用許可申請を代行したこともないのみならず、市川郁が川崎市農業委員会農地部会における八幡製鉄株式会社の申請にかゝる農地転用許可申請の審議に際して前記判示のような尽力をする必要もなければそれをしたこともなく、被告人大橋はもともと市川郁の右審議に際しての言動を知らないのであつて、被告人大橋らが市川郁に贈つた本件金員は前記判示のような賄賂ではなく、東急不動産株式会社が神奈川県議会議員選挙に立候補していた市川郁に対してした陣中見舞いであつたのである。

本件金員を賄賂として被告人大橋を有罪とした原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があること明らかである。本件の真相を摘記してみると次のとおりである。

(1) 川崎市井田蟹ヶ谷所在土地買収の経緯及び東急不動産株式会社と八幡製鉄株式会社間の契約について

東急不動産株式会社は住宅金融公庫の建売住宅用地に充てるため昭和三十三年八月頃から川崎市蟹ヶ谷所在の農地約一万七千坪の買収にとりかゝり順調に買収をすゝめていたが、同年十一月頃八幡製鉄株式会社常務取締役島村哲夫

の意を受けた杉山寅次（当時八幡製鉄株式会社の子会社である八幡マレイン酸株式会社総務部長）が同人と熟知の間柄にあつた東京急行電鉄株式会社会長で東急不動産株式会社の取締役を兼ねていた五島慶太を訪ね、八幡製鉄株式会社東京研究所敷地として前記井田の土地を譲受けたい旨申出、東急不動産株式会社側はこれを受諾したのである。

その後八幡製鉄株式会社側は梶原征露男庶務課長、小鳥井庶務係長が、東急不動産株式会社側は松尾英男開発課長及び買収係長であつた被告人大橋が事務的な折衝にあたり、八幡製鉄株式会社が前記井田の土地につき農林大臣宛の宅地転用許可申請書を川崎市に提出し、同社担当係員が川崎市農業委員会、川崎市、神奈川県、農林省東京農地事務局等において申請議案の説明をなし、その結果昭和三十四年五月四日付で農林大臣より右申請に対する許可がなされたのである。

右の事実は証人小鳥井茂夫、同石河利昌、同梶原征露男、同松尾英男及び被告人大橋の第一審公廷における供述及び被告人大橋の原審公廷における供述から判然としているがここで留意すべき事実は、

(イ) 前記土地の売買の話は八幡製鉄株式会社及び東急不動産株式会社の首脳者間でまとまつたこと

(ロ) 右土地売買契約は昭和三十三年十二月中、遅くとも翌三十四年一月初旬には成立していたこと

(ハ) 八幡製鉄株式会社の強い要請によつて東急不動産株式会社は前記土地を売渡すことになつたので、元来東急不動産には建売住宅用地という前記土地の利用計画が当初より樹てられていたものであること

(ニ) 従つて東急不動産株式会社としては八幡製鉄株式会社との売買が仮令成立しなくても何ら痛痒を感じなかつたこと

(ホ) 前記土地は農地のまゝ八幡製鉄株式会社に売買され農地転用の申請手形は同社においてなし同社担当社員が川崎市農業委員会、川崎市、神奈川県、農林省東京農地事務局等において申請議案の説明にあたつたのであつて東

急不動産株式会社はこれに関与することなくたゞ申請書類や添付図面の作成等事務手続上これに協力していたにすぎないこと

(ハ) 東急不動産株式会社及び被告人大橋は同社の有する豊富な経験と事例からみて八幡製鉄株式会社のなす前記土地の宅地転用許可の成否について些かの疑念も抱いていなかつたこと

(ト) 農地転用の成否・時期等について当事者間において問題とされたことはなく勿論転用許可は売買契約の条件になつていなかつたこと

である。

検察官は東急不動産株式会社又は被告人大橋が直接何ら関係のない八幡製鉄株式会社の農地転用問題につき市川郁に贈賄する必然性をつくり出すため転用許可が条件となつていたとか、早期許可が条件であつたとか、東急不動産株式会社の面子にかけて早急に許可を得る必要があつたとか種々強弁し、一方前記判決も東急不動産株式会社又は被告人大橋の市川郁に対する贈賄の動機として東急不動産株式会社と八幡製鉄株式会社との間の「転売契約の効力を発生させるためには、農地法第四条第一項本文にもとづき、前記のような約款の有無にかかわらず農林大臣の宅地転用許可を得なければならず、売主としての責任上農地転用許可申請手続一切を代行すること」なつた旨の認定をしているが、右の如くこれは全く事実に反しているのである。

また前記判決の指摘する八幡製鉄株式会社に前記土地を売却したことによる得べかりし利益の点については既に縷述した如く建売住宅用地として売却しても同様否それ以上の利益を得られるのであつて、むしろ東急不動産株式会社としては本邦嚆矢の基礎科学研究所を設立するという国家的目的のため利潤を度外視し、当初の目的を変更して八幡製鉄株式会社の要請に応じたのであつて算盤の上からだけみればマイナスの勘定であつたかもしれないのである。

東急不動産株式会社と八幡製鉄株式会社間の契約の経緯事情を最も知悉している八幡製鉄株式会社側の担当者であつた証人小鳥井茂夫は第一審において、八幡製鉄株式会社が井田所在土地を買収した目的・経緯、東急不動産株式会社との折衝の模様、農地転用申請手続と八幡製鉄株式会社の連日のように熱心かつ強力になされた関係官庁への働きかけとその経過・結果等について詳細に供述しているが、右供述を慎重かつ綿密に検討すれば動機に関する前記判決の前掲認定が如何に見当外のものであるか判然とするのである。

(2) 市川郁の川崎市農業委員会における立場と動きについて

前記判決は市川郁が川崎市農業委員会における八幡製鉄株式会社の申請にかゝる農地転用「許可申請の審議に際し、早急に転用許可を相当とする議決が得られるよう前記農地部会に出席発言する等尽力した」旨認定しているが、これも全くの独断にすぎないものである。

(イ) 市川郁の川崎市農業委員会における立場について

(a) 市農業委員会の職務権限については既に触れたとおりであるが、同会々長であつた市川郁は五千坪をこえる農地については無論のこと五千坪以下の農地についてもその宅地転用許可に関しては何らこれに関与しえない立場にあつたのである。

すなわち「農業委員会等に関する法律」第十九条の二第一項によると

「農業委員会に第六条第一項第一号及び第二号並びに第二項第一号及び第二号に掲げる事務を処理するため農地部会を置く。」

とされ、更に同法第二十二条第一項は

「第十九条の二の規定により部会の所掌に属させられた事項については部会の議決をもつて当該農業委員会の

決定とする」
と規定している。
昭和三十四年一、二月当時川崎市農業委員会には「農業委員会等に関する法律」第十九条の二第一項に基き農地部会が置かれていたが、市川郁は農地部会には属していなかつたのである。従つて市川郁は農業委員会会長とはいえ農地部会の専決事項である農地転用問題の許可、不許可には関与する権限もなく、また勿論関与しうる立場にもなかつたのである。

(b) 更に川崎市農業委員会において意見書等を進達する場合には会長名をもつてなしていたが、市川郁が会長在任中は農地部会で決議がなされると同委員会事務局において市川郁名義の書面を作成し事務局において保管中の会長印を押捺して進達し、右書面の作成・進達については事前あるいは事後にも全く市川郁には相談・報告がなされなかつた事実に留意すべきである。

市川郁本人は勿論のこと当時川崎市農業委員会事務局長であつた証人渋谷喜一も第一審において右事実をはつきり証言しており、その善悪、当否を別として十指に余る公職を兼務し多忙を極めていた市川郁の当時の状況、実情を正視すればたやすく首肯しうることである。

(ロ) 前記判決は市川郁が農地部会に出席し発言したことをもつて「尽力した」と認定しているがこれも全く見当外れというべきである。

昭和三十四年一月二十七日及び同年二月二十七日の川崎市農業委員会農地部会議事録を一見すれば判然としているとおり市川郁は八幡製鉄株式会社の申請議案について積極的に賛成するとか、他の者に賛成を求めるような発言は何一つしておらず、むしろ地元農民の意向あるいは市・県の意向等を求められるまゝに代弁しているにすぎないのである。前にも指摘したとおり農地部会員でなく、何ら議決権を有さない市川郁の発言は求められるまゝに単に参考として為されているにすぎず、何をもつて「尽力した」というのか前記判決の認定は全く不可解である。

当時農地部会長であつた鈴木新之助、農業委員であつた中野幸之助、大場伊代蔵、長瀬孫七、内藤太三郎、川崎市農業委員会事務局長であつた渋谷喜一、神奈川県農地調整課長であつた佐野利雄等は第一審において異口同音に八幡製鉄株式会社の申請議案について市川郁あるいは被告人大橋から頼まれたことはなかつた旨明瞭に証言しているのである。市川郁が尽力したとするならばこれらの者の何人かに何らかの働きかけがあつて然るべき筈である。前記判決の前掲認定は事実を誣いるも甚だしいというべきである。

(3) 東急不動産株式会社が市川郁に贈つた金二十万円の性質について

東急不動産株式会社が昭和三十四年四月八日被告人大橋を介して市川郁に対し贈つた現金二十万円は当時市川郁が立候補していた神奈川県県会議員選挙の陣中見舞である。市川郁に陣中見舞が贈られた経緯について考察してみると

(イ) 東急コンツエルンと東急不動産株式会社についての説明本論に入る前に説明の便宜上東急コンツエルンと東急不動産株式会社について一言触れてみよう。

東急コンツエルンとは東京急行電鉄株式会社を中心とするその傍系乃至関連会社百余社を指称するがその中心である東京急行電鉄株式会社は大正十一年九月の創立にかゝり東京都及び神奈川県に跨つて六つの路線を有する地方鉄道を経営し昭和三十四年当時には創立者たる五島慶太が代表取締役会長としてこれを統帥していたのである（証人石渡茂男の第一審における供述の如く東急及び東急コンツエルンは組織とか分掌規定に拘わらず、五島慶太の存命中は同人のワンマン・コントロールによつて動いていた事実に御留意願いたい）。

東急不動産株式会社は昭和二十八年十二月に設立され東京急行電鉄株式会社の不動産部門を譲り受けて営業の主

目的としている会社で東急コンツエルンの一翼を担っているものである。

(ロ) 東急と市川郁との関係について

市川郁は東急が東横線（渋谷―桜木町間）を敷設する際地主としてまた地元有力者としてこれに協力した者であつて前記五島慶太とも古くから面識をもつていたのである。このような関係から市川郁が市会議員選挙あるいは神奈川県会議員選挙に立候補した際には東急から必ず陣中見舞が贈られていたのである。

東急不動産株式会社としても東急コンツエルンの一員として右市川郁に対しても陣中見舞を贈つてきたものである（但し東急不動産株式会社の一係長であつた被告人大橋は後に述べるように昭和三十四年一月中頃原子力云々の問題で市川郁を訪ねた以前には市川郁とは全く面識をもつていなかつたのである）。

(ハ) 原子力研究所設置反対運動と被告人大橋―市川郁の繋りについて

前述の如く東急不動産株式会社は買受けた川崎市井田蟹ヶ谷所在の土地約一万七千坪を八幡製鉄株式会社に売渡すことになつたので昭和三十四年一月十日頃各売主を歴訪し右事情について諒解を求めると同時に農林大臣宛の宅地転用許可申請書に捺印を求めたのであるが、このことによつて井田に八幡製鉄株式会社が研究所を設置することが地主一般に知れわたり、研究所の性格についてあるいは原子力研究所ではないかとの危惧の念が生じ、また同時に東急不動産株式会社が建売住宅用地として買付けた目的を変更し八幡製鉄株式会社に転売したことに対する不満の声がきかれたのである。

右事実は証人松尾英男、同田村庸三、同川辺清及び被告人大橋の第一審における供述及び被告人大橋の原審における供述によつて明らかなところであるが、昭和三十三、四年当時国及び有力民間会社が競つて茨城県東海村をはじめ井田に近接する川崎市王禅寺等に原子力研究所・原子炉等を設置するについて国論を二分する論議がありまた

社会党・総評・地元民を中心とする反対運動は熾烈を極めており、原子力研究所或いは原子炉設置問題に対する一般民衆の関心は非常に高まつていたのであつて、このことを想起すれば八幡製鉄株式会社が研究所を設置するということを聞いた地元民が誰しも直感的に原子力研究所ではないかと危惧と不安の念を抱いたであろうことは容易に首肯しうるのである。

右の状況について部下からの報告に接した被告人大橋、松尾英男、その他東急不動産株式会社内部では将来川崎市方面において種々事業計画を有しているのに井田地区の地主から不信を買うことはその影響する結果からみて致命的なマイナスとなるし、また何よりも誤解をとくことが全当事者の利益になるために種々協議した結果嘱託の石川国作からの提議によつて神奈川県会議員で井田地区の有力者である市川郁にその対策を相談し地元民の誤解をとくについて原子力研究所設置反対の動きを鎮める方策を講じてもらうことゝなり、市川郁に対する依頼及び連絡は被告人大橋が担当することゝなつたのである。

そこで同月中頃被告人大橋は市川郁を訪ね右の実情を話しその対策について相談したところ市川郁も前記のような関係にあつた東急不動産株式会社の依頼のことゝて快く協力を約し対策として地元有力者を招き誤解をとくよう説得したら如何とその方法を指示し、招く有力者の人選、日時、場所等も市川郁において準備することを確約したのである。

その直後に市川郁の奔走によつて川崎市新丸子の「伏見」に地元有力者が集められ、東急不動産株式会社側から被告人大橋以下二、三の者が出席し、八幡製鉄株式会社に転売した経緯、八幡製鉄株式会社が設立する研究所の性格・内容等について説明し諒解を求めたのである。

一方東急不動産株式会社の係員が各地主を個別に歴訪し説明した結果各地主は納得するに至つたのであるが、一

月下旬には読売新聞川崎版等に報道されるに及んで地主以外の地元住民が原子力研究所設置反対の動きを示したので東急不動産株式会社側は二月上旬再度市川郁の指示を仰ぎ更に係員が手分けして地元民の説得に奔走し、また八幡製鉄株式会社と協力して井田公民館において説明会を開いたりして誤解の解消に努めまた市川郁自身も機会あるごとに説得にあたつたのである。

その結果地元町内会も諒承しむしろ却つて地元の発展と繁栄に役立つものとして八幡製鉄株式会社の研究所誘致の動きにまで発展するに至つたのである（このことは四条義信はじめ地元民が被告人大橋及び市川郁は勿論のこと東急不動産株式会社、八幡製鉄株式会社には全く何の関係なく研究所誘致の意見書等に提出している事実からも明らかであろう）。

右の経緯は前記東急不動産株式会社側の証人の供述のみならず、八幡製鉄株式会社側の小島井茂夫、石河利昌、梶原征露男、地元町内会長であつた四条義信等の各証人の第一審における供述より明らかである。

(二) 東急不動産株式会社が市川郁に陣中見舞を贈つた経緯とその状況について

右の如き経緯の後昭和三十四年三月二十日頃被告人大橋は市川郁の呼出しを受け川崎市新丸子の「寿」において市川郁と会見したが、その際市川郁より翌月に迫つていた神奈川県会議員選挙に対し東急からの慣例になつている選挙資金を含む応援方を求められたので、被告人大橋は選挙資金を扱つている総務課長にこの旨を伝えたが、総務課における処理が進捗せず選挙の告示も迫つてきたので已むなく被告人大橋は上司の松尾英男に事情を話したところ、同社内部において相談の結果とりあえず従前あるいは他の例に準じて金二十万円を陣中見舞として市川郁に贈ることゝなり、被告人大橋が田村庸三とともにその使いとして同年四月八日前記「寿」に赴き市川郁にこれを手交したのである。

右の事実は被告人市川郁、同大橋の第一審及び原審における供述及び証人松尾英男、同田村庸三、同川辺清の第一審における供述から判然としているが、こゝで留意すべき事実は

(a) 市川郁は従前の慣例により目前に迫つた神奈川県会議員選挙に対する東急からの応援を期待していたこと

(b) 特に同僚の原県会議員に対し東急で後援会を組織したのに市川郁には何の話もなかつたため市川郁としては焦慮していたこと

(c) そこで市川郁は前記の原子力研究所設置反対運動鎮圧問題で識り合つた被告人大橋を招き陣中見舞と後援会組織等東急の選挙に対する応援を促したこと

(d) 被告人大橋は直ちに選挙資金関係を扱つていた東急不動産株式会社総務課長栗原光に右市川郁からの依頼を伝えたが、総務課における処理が一向に進捗しなかつたこと

(e) 告示直前に至つても総務課の処理が進捗しないので已むなく被告人大橋は上司の松尾英男に事情を話したところ、同社内部において相談の結果とりあえず従前あるいは他の例に準じて金二十万円を陣中見舞として東急不動産株式会社から市川郁に贈ることゝなつたこと

(f) 右の事情で緊急の必要に迫られていたため金二十万円は井田土地買収雑費という費目で支出されたこと

(g) 選挙の告示の日であつた同年四月八日に東急不動産株式会社の使いとして被告人大橋は田村庸三とともに前記「寿」に赴き右金二十万円を市川郁に手交し、激励したこと

(h) その後選挙終盤戦近くになつて、漸く総務課からの金十万円の陣中見舞が更に市川郁に贈られ、又市川郁後援会のビラが頒布されたが、時期を失したためあまり実効がなかつたこと

である。

右の次第で被告人大橋―市川郁間で授受された金二十万円は純然たる選挙の陣中見舞の趣旨で贈られたものであつて、前記判決の前掲認定の如く宅地転用「許可申請の審議に際し早急に転用許可を相当とする議決が得られるよう前記農地部会に出席発言する等尽力したことに対する謝礼として供与され」たものでは断じてなく、被告人大橋には右の如き意思は全くなかつたのである。

しかるに原判決は

「原判示両会社間の本件農地の転売契約において転用許可のあることがその条件とされていたことについては、転用許可があつて契約書が作成される以前に、それが口頭によつてなされていたことをうかがうに十分であるうえ、原判示のとおり、もともとこれは農地法上の条件であつて、これに関する約款の存在をことあらためて認定するまでもないことであり、本件転用許可申請は、原判示のような経緯があるため、その名義人とはならなかつたとはいえ、実際には東急不動産株式会社がそのための書類の作成、提出などを含めていつさいこれを行つていることが明らかであり、また、川崎市農業委員会農地部会における審議が原判示のように一回で終らなかつたこと自体がすでに問題であつたこと、被告人市川がかゝる同部会の審議に出席し発言したことは、同被告人が同農業委員会会長の地位にあり、かつ、同部会の委員でないことを考慮するとき、きわめて意味深いものがあるというべきであることに、被告人大橋が本件転用許可申請に当つて被告人市川と密接に連絡をとつていたことを考え併せれば、本件賄賂授受の契機は十分に首肯できるところであり、そのうえ、本件金員が選挙に際しての陣中見舞いとはとうていいうことができないことは、東急不動産株式会社における本件金員の出所およびその会計処理の状況、本件金員の額およびその金員が半紙で包まれ、それに「お車代」と表示されていること、陣中見舞いとして別途一〇万円の授受のあることなどにして、疑いをさしはさむ余地がない」旨認定しているが、右認定事実に反し、何ら適法な証拠に基かぬ独断というべきである。

原判決は「東急不動産株式会社と八幡製鉄株式会社間の本件農地の転売契約において転用許可のあることがその条件とされていたことについては（略）それが口頭によつてなされていたことをうかがうに十分である」とか、「本件転用許可申請は（略）実際には東急不動産株式会社がそのための書類の作成、提出などを含めていつさいこれを行つていることが明らかである」とか「被告人大橋が本件転用許可申請に当つて被告人市川と密接に連絡をとつていたこと」等本件審理にあらわれた適法なすべての証拠を綜合しても認められない事実を認定し、更に「川崎市農業委員会農地部会における審議が原判示のように一回で終らなかつたこと自体がすでに問題であつたこと」（何が問題なのかさつぱり分明でないが、同委員会農地部会の議事録からも明らかな如く一回で終らなかつたのは市川郁が慎重審議を提唱したことによることに留意願いたい）とか「被告人市川がかゝる同部会の審議に出席し発言したことは、同被告人が同農業委員会会長の地位にあり、かつ、同部会の委員でないことを考慮するとき、きわめて意味深いものがあるというべきである」（何がきわめて意味深いのかこれ亦さつぱり分明でない、――市川郁の出席、発言は前記「市川郁の川崎市農業委員会における立場と動きについて」において詳述したとおりであり、右事実は前記議事録を一見すれば判然としている）とか全く悪意に満ちた臆測に基き本件賄賂授受の契機は十分に首肯できるとしているのであり、こゝにも既に再三にわたり指摘した予断と偏見に満ちた認定の一つの現われがみえているのである――この一点をもつてしても公平な裁判所を保障した憲法第三十七条第一項に明らかに違反しており、原判決は破棄を免れないものである。

また原判決は「東急不動産株式会社における本件金員の出所およびその会計処理の状況、本件金員の額およびその金員が半紙で包まれ、それに「お車代」と表示されていること、陣中見舞いとして別途一〇万円の授受のあることなどに徴して「本件金員が選挙に際しての陣中見舞いとはとうていいうことができない」と判示しているが、その不当なことは既に詳述したところにより明らかである。

畢竟原判決は、前記の如く採証法則、経験則に違反し且つ審理不尽のため、前掲の如き事実の誤認をなしたものと断じられ、而してこの事実誤認が判決に影響を及ぼすこと並びに原判決を破棄しなければ著るしく正義に反することは明白であり、原判決は当然に破棄されなければならない。

以　上

昭和四〇年(あ)第二三八号

決　定

本　籍　静岡県伊東市湯川七〇番地の一
住　居　札幌市真駒内一七番地の八七
北海道大学講師
太　田　嘉　四　夫
大正四年四月一一日生

右脅迫被告事件について昭和三九年一二月二六日札幌高等裁判所が言い渡した判決に対し、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

被告人本人の上告趣意は、事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。遠藤恒儀、伊木寿一、宝月圭吾、高村巌各鑑定人の鑑定を信用できるものとした原判決に、採証法則違反のないことは、後記弁護人岡崎一夫ほか六六名連名の上告趣意第二、第三につき判示するとおりである。

弁護人岡崎一夫ほか六六名連名の上告趣意第一は、違憲（三一条、三五条）をいうけれども、実質はすべて単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。一審判決判示第二事実認定の証拠とされている昭和二七年領第一三三号の六のハガキ一枚（白島夫人宛のもの）の消印日付が昭和二七年一月九日〇―六となつていること、お

昭和四一年二月二一日決定　昭和四〇年(あ)第二三八号

および所論指摘の札幌市中央警察署警部補和田武雄作成にかかる領置調書の作成日付、ならびに領置の日が昭和二七年一月八日となっていることは所論のとおりであるけれども、一審判決は、右領置調書を同犯罪事実認定の証拠としては掲げていないのである。そして、右ハガキについては、被告人、弁護人とも異議なく証拠調をすませており、その際領置手続の適法性についても争っていないばかりでなく、一審判決の掲げる石川敏枝の証人尋問調書によると、このハガキが白鳥方に配達されたものであることを認め得るので、これを証拠とすることはなんら違法ではない。また、一審判決判示冒頭事実認定の証拠とされている、所論昭和二七年領第一三三号の三の「㊨連絡一九五一・一〇・二三」と題する書面、同号の二の「ああ血も涙もない人非人（ヒトデナシ）の高田市長、白鳥市警、塩ノ谷検事を札幌から葬れ！」と題するビラについては、これまた異議なく証拠調をすませており、押収、領置手続の適法性や本件との関連性についても争われていない。その押収手続に所論指摘のような事実があるとしても、そのことから直ちに右「㊨連絡」の差押が違法になるものとは解せられず、また他人の被疑事件につき差押えられた証拠物であっても、異議なく証拠調がなされた以上、証拠とすることが許されると解すべきであるから（昭和三〇年(あ)第三六二八号、同三一年六月二一日第一小法廷決定、刑集一〇巻六号八六〇頁参照。）、これらを証拠とすることもなんら違法ではない。

同第二、および同第三は、違憲（一三条、三一条、三七条）をいうけれども、実質はすべて単なる法令違反、事実誤認の主張に帰するものであって、刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。

所論は、いわゆる伝統的筆跡鑑定方法によった、遠藤恒儀、伊木寿一、宝月圭吾、高村巖各鑑定人の鑑定が、鑑定人の主観と感を頼りにした客観性、科学性のないものであり、特定の文字について「相同性」のみを強調し、「相異性」「稀少性」「常同性」を無視してなされた信頼度のうすいものである旨、そしてこのことは近代統計学の観点からなされた戸谷富之鑑定人の鑑定によっても明らかである旨を主張する。

しかしながら、いわゆる伝統的筆跡鑑定方法は、多分に鑑定人の経験と感に頼るところがあり、ことの性質上、その証明力には自ら限界があるとしても、そのことから直ちに、この鑑定方法が非科学的で、不合理であるということはできないのであって、筆跡鑑定におけるこれまでの経験の集積と、その経験によって裏付けられた判断は、鑑定人の単なる主観にすぎないもの、といえないことはもちろんである。したがって、事実審裁判所の自由心証によって、これを罪証に供すると否とは、その専権に属することがらであるといわなければならない。

本件記録によれば、戸谷鑑定人をのぞく遠藤、伊木、宝月、高村各鑑定人（以下四鑑定人という。）は、いずれも筆跡鑑定の経験が豊富であり、それぞれの観点にたって、本件ハガキ五枚と、被告人の筆跡と認められる盗難届、ノートなどを比較検討した結果、すべてが同一人の筆跡であるという結論、あるいは異筆のものがない、という結論に到達し、四鑑定人ともこれを断定しているのである。その鑑定にあたり、表現こそ異なるが、「相異性」「稀少性」「常同性」などの点も斟酌したことがうかがわれるのは、原判決のいうとおりである。しかも右四鑑定人のうち、伊木、宝月、高村各鑑定人は、被告人側の請求にかかる鑑定につき選任されたものであり、選任についてはなんらの異議申立もされていないし、また四鑑定人作成の各鑑定書はいずれも証拠とすることに同意のうえで取り調べられているのである。一方、戸谷鑑定人は、これまで筆跡鑑定をした経験が全くなく、本件をきっかけにしてはじめてその研究にとりかかったものであり、その鑑定も、要するに「右四鑑定人の本件筆跡鑑定方法は、近代統計学上からみて信頼度がうすく、客観的な証明力をもたないと認める」というに帰するものであって、問題のハガキの筆跡と被告人の筆跡との同一性につき判断を示しているものではないのである。したがって原判決が、戸谷鑑定を採用せず、前記四鑑定人の各鑑定およびその他一審判決が掲げた各証拠を綜合して本件犯罪事実を認定し得るとしたことは、なんら採証法則に違反するものではない。

弁護人杉之原舜一の上告趣意第一は、違憲（一二条）をいうかのごとき点もあるが、検察官の本件公訴提起の不当を主張

することは、原判決そのものに対する攻撃とは認められず、その余は単なる法令違反、事実誤認の主張であり、同第二、第三は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、いずれも刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。前記四鑑定人の鑑定を信用できるものとした原判決に、採証法則違反のないことは、前記弁護人岡崎一夫ほか六六名連名の上告趣意第二、第三について判示したとおりである。

弁護人伊東三郎の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。前記四鑑定人の鑑定を信用できるものとした原判決に、採証法則違反のないことは、前記弁護人岡崎一夫ほか六六名連名の上告趣意第二、第三について判示したとおりである。

弁護人森長英三郎の上告趣意第一点は、違憲（三一条、三八条三項）をいうけれども、実質は単なる法令違反の主張に帰するものであつて、刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。前記四鑑定人の鑑定を信用できるものとした原判決に、採証法則違反のないことは、前記弁護人岡崎一夫ほか六六名連名の上告趣意第二、第三について判示したとおりである。伊木、宝月、高村各鑑定人の選任については、被告人、弁護人から異議申立もなく、前記四鑑定人の作成した各鑑定書も証拠とすることに同意のうえで取り調べられていることは前示のとおりであり、右四鑑定人が筆跡鑑定に関する学識経験者であることも記録上明らかである。また、筆跡鑑定を唯一の直接証拠として有罪の判決をすることができないという、刑訴法上の証拠法則は存しない。

同第二点は、事実誤認の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。

弁護人森川金寿の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。前記四鑑定人の鑑定をもつて直ちに非科学的なものとすることのできないこと、およびこれを信用できるものとした原判決に採証法則違反のないことは、前記弁護人岡崎一夫ほか六六名連名の上告趣意第二、第三について判示したとおりである。これら四鑑定人の各鑑定、およびその他一審判決の掲げる各証拠を綜合することにより本件犯罪事実を十分に認定し得るとした原判決に、なんら採証法則違反は存しない。

なお、弁護人横田聰、同渋田幹雄、同関原勇の昭和四一年二月三日付および同年二月五日付各上告趣意補充書は、いずれも期間経過後提出にかかるものであるから、判断を与えない。

その他記録を調べても、刑訴法四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同法四一四条、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。

昭和四一年二月二一日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和四〇年(あ)第二三八号

被告人　太田嘉四夫

被告人の上告趣意（昭和四〇年四月二七日付）

私に対する脅迫容疑被告事件につき、昭和三十九年十二月二十六日、札幌高等裁判所において有罪の判決をうけた。私はその判決にあるような葉書を書いた覚えは無いし、脅迫などをした覚えもない。もともとこの事件は私を陥入れるために官憲によつて仕組れたものと考えられる。第二審においては、私の無実を証明する証拠は出現したのにかかわらず、有罪を証明する証拠は出現しなかつた。原審の誤つた判決に対し、札幌高等裁判所は当然無罪の判決を下して批判するものと、私自身はもちろんのこと、公判を傍聴したものはすべてそう確信した。それにもかかわらず控訴を棄却されたことには痛憤に堪えない。ここに上告し、以下にその趣意をのべる。

一、裁判官の予断について

札幌地方裁判所における第一審判決においては、私が日本共産党員であることをもつて、当時の日本共産党札幌委員会の趣意を体し、札幌市における日雇労務者のいわゆる「餅代よこせ事件」に関連し、被検挙者の即時釈放を強烈に要求し、札幌中央警察署勤務警備課長白鳥一雄および札幌地方検察庁検事塩谷千冬等を脅迫せんことを企図し、五枚の脅迫状を送つたとしている。そしてその証拠となるべきものとして、押収の「〇支連絡一九五一・一〇・二三」と題する書面（札幌地方裁判所昭和二十七年領第一三三号の二）、押収の一九五一年二月三十日付日本共産党札幌委員会名儀の「ああ血も涙もない人非人（ヒトデナシ）の高田市長、白鳥市警、塩の谷を札幌から葬れ！」と題するビラ（札幌地方裁判所昭和二十七年領第一三三号の三）をあげている。しかし、これらの証拠品なるものは私のところから押収されたものではなく、私はそれらを見たこともなく、また私がそれらを見たという証拠は何もない。

また押収の「東京都千代田区永田町総理大臣官邸吉田茂殿、札幌市北海道大学職員組合農学部班」と記載された葉書四通（前同領号の十一および同十二）は、たしかに私が、北海道大学職員組合農学部班書記長の責任において作製したものであるが、これらは同組合の年末斗争の一戦術として決定された方針にもとずくものであつたことは、第一審における安井勉、松井敏二、田村敏郎氏等および第二審における安井勉氏等証人の供述においても明白となつていることであり、しかもその内容も組合員の要求を記しただけのものであり、脅迫めいたことは一切記されていないものであつて、本件の証拠とはなり得ないものである。

以上のような物件が本件の証拠として提出されているのは、昭和二十九年一月二十一日、白鳥警備課長が何者かによつて射殺されたのにつき、これを直ちに日本共産党員の仕業と断定した警察、検察陣が、その断定を裏づけ、宣伝をするために企図した一連の工作によるものである。

第一審の判決はこのような根拠のないものを証拠としているが、これは裁判長がすでに予断をもつて本件に臨んでいたことを示すものであり、不公正なる裁判である。第一審判定に対する控訴趣意書においては詳しく反論したのにもかかわらず、第二審判決においては原審証拠をそのまま認めているのは、これまた予断にもとづく不公正な裁判といわざるを得ない。

私が、いわゆる「餅代よこせ事件」の被検挙者の釈放を要求し、あるいは彼らの特別弁護人となつたのは、この事件が労働争議に対する官憲の不当介入であることを知つたからである。札幌自由労働組合および日本国民救援会北海道本部は直ちに自由労組の犠牲者救援方を訴え、北大職員組合はすわりこみの労働組合員が逮捕された事の重大性を認識し、救援方を決定した。私は元北海道地方労働委員、かつ前北大職組委員長であつた経歴からして直接救援の任に当ることとなつたのであつて、これらのことは日本共産党札幌委員会と無関係のことであつた。

右に記したような資格で、白鳥警部や塩谷検事と面会し、被検挙者の釈放方を要求していた私が、何故にそのことに関し同人らに脅迫状などを送る必要があつたろうか。私には全然その必要は無かつたし、また考えてもみないことであつた。

「餅代よこせ事件」の特別弁護人は私を含め六名であつたがこの六名すべてに対し、ほとんど同時に、白鳥、塩谷らに脅迫状を送つたという容疑で逮捕状が出され、そのうち三名が起訴された。これは明らかに「餅代よこせ事件」と白鳥射殺事件を結びつけようとする工作であり、また「餅代よこせ事件」被告を不利にする工作であつた。

逮捕された特別弁護人のうち三名が起訴されたが、そのうちの一人である、当時労農党所属の札幌市会議員であつた山田長吉氏の裁判は、札幌地方裁判所において、札幌地方検察庁検事安倍治夫が理由不明のまま公訴維持不可能と称し、公訴を取下げたために、中止となつた。これは本件のような事件がいかに無理につくり上げられていたかを示す好例である。

しかしながら、私たちの逮捕や起訴によつてそれぞれの属する組織は大きな打撃をうけたのであり、そのような弾圧を許すことはできないのである。

二、証拠品の欺瞞性について

(1) 証拠品の葉書五枚のうち、白鳥夫人あてのもの（札幌地方裁判所昭和二十七年領第一三三号の六）の消印は昭和二十七年一月九日であるのに、札幌中央警察署のその領置調書における受付は一月八日でありしかも再鑑定中となつている。消印がおされる前に領置され、再鑑定されるということはあり得ない。

（附図第一、第二参照……記載省略）

この葉書はまことに不可解な物であり、証拠として採用できないものである。

(2) また、塩谷検事あて三枚の葉書（前同領号の七、八、九）は昭和二十七年一月十三日に札幌中央警察署に任意に差出され、和田武雄氏に領置されている。しかしこの日は日曜日であつて、この種作業は行なわれていないのである。さらに塩谷千秋氏尋問調書によれば、同氏は三枚の葉書を上司を通じて差出したとなつており、領置調書記載の事項とくいちがいがある。

(3) 遠藤恒義氏が筆跡鑑定に用いた対照文書は、盗難届一枚と、紙片一枚である（昭和二十七年四月十八日付遠藤恒義鑑定書）。この紙片一枚は「又々署名をお願い云々より、十一月二十八日」まで四行記載のもの、とされている。しかしこの紙片は証拠物品として領置されておらず、どこから得たものであるか誰の書いたものであるか、全然不明である。この紙片は証拠となり得ない。

(4) 宝月圭吾氏が鑑定に用いた資料は、その証言によれば、郵便葉書、ノート、メモに類する物、盗難届である。しかしこのうちのメモに類するものはいかなるものであるか、鑑定書にも記載なく、証拠品目中にも無い。

以上は、身に覚えのないことで本件のような罪に問われ、第一審、第二審とも有罪の判決をうけたのは何故であるかと、改めて証拠品を精査して、私の発見したところである。このような事実はこれまで問題にされなかつたところであるが、明らかとなつてみれば、すべて奇怪な事ばかりであり、何らかの不自然な工作が行なわれた事を示している。このような工作の跡歴然たる物が証拠品として筆跡鑑定の資料に用いられたのであるが、これらを用いた鑑定は証拠能力は無い。したがつてこれらの鑑定を採用した判決は誤りである。

三、筆跡鑑定について

(1) 札幌高等裁判所における第二審判決において、原判決の証拠である各鑑定書および尋問調書、盗難届、組合ノートを

総合検討すると、「本件押収の葉書五枚の筆跡は被告人の筆跡と同一であることを認めるに十分である」とのべられている。

しかし、遠藤、伊木、宝月三氏の鑑定書は資料中の文字の相同点を列挙してあるが、相異点はごくわずかしかあげていない。そしてこれら鑑定人は尋問に際しては、その非科学的鑑定法を暴露されてしどろもどろになり、それぞれの鑑定に不備のあることを認めつつもなお結論の正しいことを強引に主張している。

また、伊木鑑定人のごときは、裁判所より命ぜられた鑑定事項のうち、盗難届と組合ノートは同一人の筆跡か、という項を、勝手にとりかえ、盗難届外一点のうち、葉書五枚と異なる筆跡のものがあるとすれば、どれとどれが異なるか、というものにしている。しかもそれは重要な相異点の検討であるのにじつさいは何もしていない。裁判官はこの勝手な鑑定事項のすりかえに気づきながら、むしろそれを取りつくろつてやつている。そして藤本裁判長は「結論を求めているんで、経過の一部始終を詳細に記録の上に展開してもらうことが不可欠のものとは考えないと思います。……私共裁判上知りたいのは一番大切なのは結論なんですから、それで鑑定という特殊な知識、経験を持つている方に依頼している訳で、その方を信頼しないなら鑑定というものはなりたたない」（宝月鑑定人尋問調書）という態度であり、自己の努力を放棄し、既成の権威を盲信しているだけである。

しかし、「同一特徴のみを発見して同一筆跡といつても、また異質特徴のみを発見して異質筆跡といつてもそれは全く論理の飛躍でしかない。二つの筆跡の特徴を比較した場合同一特徴のみということは絶対ないし、異質特徴のみということはまたあり得ないのである」（科学捜査グループ編 科学捜査 カッパブックス 昭和三四年 東京光文社、警視庁鑑識課 町田欣一、今村義政著 文書心理鑑識 東京日本評論新社）、ということは筆跡鑑定界の常識となつていて、本件第二審の高村巖鑑定人も認めているところである。

第一審の三鑑定はこの極めて明白な常識に反するものであり似たところだけ拾いだして私が葉書を書いたと誤まつた結論を出し、その誤つた結論を無批判に採用した第一審判決は無実の者を罪に陥入れることになつているのである。

(2) 第二審判決は前記引用につづけて「このこと（葉書五枚は太田が書いたということを指す……太田）は当審で取調べた高村巖作成の鑑定書ならびに同鑑定人の当審証人としての供述によつても肯ずけるところである」としている。しかし高村鑑定人は(イ)鑑定資料相互の間に同一人の筆跡とは認めがたい筆跡の有無、(ロ)同一人の筆跡と認めがたいものがあればその種類及び量の鑑定を命ぜられたのであるが、同氏は対象文書から十五の文字を拾いだし、それらの一致、符合を検し、相違点については、二字をあげたにとどまる。これは明らかに鑑定事項ちがいであり、証拠として採用できぬものである。

第二審の証人尋問において、裁判長は「鑑定をお願いした趣旨からいうとその（相違点を……太田）決定的に打ち出すことができなかつた理由をやはり鑑定の理由として掲げられるのか」と問い、高村氏はそれに対し、「それはその点になりますと、私は汗顔のいたりでございますが、今までの鑑定の例としてこういつたような鑑定がなかつたわけでございます。……」と答え、同審菊池慎吾検事の尋問の際のことばを借りるならば「シャッポ」を脱いでいる。そもそも高村氏らの方法によつて相異点の検討は不可能なのであり、それ故に勝手に鑑定事項のすりかえを行なつたのであつて、全く鑑定人としての権威を失墜し、その信頼度の低いことを暴露しているのである。これほど明白な証言のあるにもかかわらず判決において高村鑑定を肯定しているのは驚くべき論理の欠如である。

(3) 権威者といわれている高村氏の鑑定がいかにずさんであるかを示すのにつぎのような例がある。

同氏は証拠の五枚の葉書が同一人の筆跡か否かを全く検討せず、はじめから同一筆跡という前提に立つて作業を行なつている。同氏の鑑定法は、対象文書の中から共通性のある文字をさがしだすことによつて行なわれているのであるか

ら、この前提が成り立つか否かは結論に重大な影響を及ぼすはずであるのに、同氏は鑑定の初歩的作業であるこの作業を完全に怠つている。このことは同氏の鑑定学上の無智を示すものである。また葉書の白島様、白島夫人様の「島」は「鳥」の誤字とされている。高村氏がその著書（筆跡及び文書鑑定法、昭和二五年、東京立花書房）においてもまた第二審の法廷においても述べているように、誤字は筆跡鑑定の際に重要な手がかりとなる。しかるに、裁判長の「それ（誤字……太田）は本件の鑑定に直接関係がございますか」という問に対し、同氏は「この場合には直接関係はないと思います」と答えている。これも高村氏の鑑定がじつに粗末なものであることを示している。

(4) 筆跡鑑定はいくつかの文書が同一人の筆跡か否かを検するものであるから、それはあるいくつかの筆跡が同一群に属するか否かを検定することである。ある特定の文字が書かれる以上異人によつて書かれても必ず相同性をもつが、またそれは同一人によつて書かれてもその度毎に必ず相異性をもつものである。したがつて、前記したように、筆跡鑑定においては、相同性だけをあげても、相異性だけあげても鑑定はできない。正しい鑑定のためには、筆跡の変異を研究し、相同点や相異点を明かにし、筆跡の「稀少性」と「常同性」をたしかめて、相同あるいは相異の偶然でないことを証明することが必要不可欠の要件である。これは筆跡鑑定のみならず、一般に多数のものの類別を行なうときの原則である。

第二審の裁判官もこのことだけは理解したと思われ、その判決において、「戸谷鑑定が筆跡の異同判別に不可欠の前提とする前記四つの観点から、本件鑑定資料および四鑑定書（遠藤、伊木、宝月および高村各氏のもの……太田）に鑑定人の尋問結果を加えて検討してみても、四鑑定書はいずれも所論の如く、単に『相同性』の見地からだけ判断することなく、用語こそ異なれ、戸谷鑑定にいう『相異性』『稀少性』『常同性』の点をも十分斟酌のうえで結論を得ているこうに「相異性」「稀少性」「常同性」が斟酌されているかを明かとがうかがわれ」とのべている。しかしこれは、どのように

にしていない、きわめて主観的な断定であり、判決においても、「過程は不要、結論だけを信ぜよ」という、権威主義のあらわれである。

事実はつぎのとおりである。

遠藤鑑定人は五字について相異点を指摘しているが、それらを韜晦体、省略などに帰して安易にかたづけてしまっている。相異点の検討のすくないことについて弁護人に追及されると、「ところがそれをやりますと御承知のとおり、時間もかかりますし、鑑定書も部厚なものになりまして費用もかさむのでね。それで本当からいえば、徹底的に、この部分はこれだけ違うんだと、パーセントにして、こつちはこれだけ違う点が出て来たと明確にすれば良いのですが、今はそういう事をやりませんので御不審な点が多いのだろうと思うのですけれども。」と答え、不備を認めている。また彼は個性を認めるには「稀少性」「常同性」の証明されることが必要であることを知らず、共通性即個性だと思つている。

伊木鑑定人はその鑑定書中に葉書の「口」と「牢」の共通筆法が盗難届に殆ど見られないことはあるいは両者の同筆を否定する証拠とせられるかも知れないが、とのべているだけで、他の相異点の検討はやつていない。そして、検察官の「……ただそのはがきと盗難届の相互に特殊な同一人の筆跡と思われる類似の点ばかり探して、不同の点はお探しにならなかつたのかどうかということです」という問に対し、「それは多少見ましたけれども詳しく見ておりません。それが不備だということです」と答えている。

そして植木弁護人の「『な』の字の下を長く書くというのはずいぶん見るような気がしますけれども」という問に対し「これはどうも統計をとるわけにいかんからちよつとむずかしいんです」と答えているように、他の字についても「稀少性」の検討を全然行なつていない。

また大塚弁護人の問、「そこでノートと盗難届を厳密に比較対照して検討しなければ、その書いた人の癖とかそれから特徴というのは出て来ないんじやないですか」に対して、「その点はノートと盗難届を対照しなかつたからして不備のところがあると思います」と答えているように、他の字についても「常同性」の検討は全く行われていない。

宝月鑑定人の鑑定方法は、気分、雰囲気、ニュアンスなどと表現される曰く云い難いものに頼る方法であつて、他人の書いた字など集める作業はしていない、それは不可能なのが実状である、という証言にみられるよう、「稀少性」の検討は全く行なつていない。また「常同性」については、「一番よい事は、もう一辺時間の余裕をいただいて、類似点、相異性を大量に取り上げて、私の言いたい事を長く書く事をお許し下さるならば、もう少し了解し易い形のものが出来ると思いますが」と不備を認め、非常に主観性の強いことが筆跡鑑定の致命である、と正直に告白している。

高村鑑定人が「相異性」の検討を怠つたことは前記のとおりである。彼にいたつては共通性即特異性であり、またその特異性は個有の筆癖とは異なるという認識であり、用語はともかく「稀少性」「常同性」についての知識が全く無い事を暴露している。

以上述べたように、四人の筆跡鑑定人の鑑定書および尋問調書をよく読めば、彼らが「相異性」を十分斟酌せず、「稀少性」「常同性」を全く斟酌しなかつたことは明かである。それが十分行われたとする第二審判決は明かに論理をあやまり、こじつけを行なつている。

前記四鑑定人の鑑定方法を鑑定書および尋問調書から判断すると、被検資料は同一人の筆という予断をもつて鑑定に臨み、「相同性」ある文字を探すという作業を行なつたか、あるいは第一印象によつて同一筆跡と判断し、後にそれを補強するために相同性を強調しているとしか考えられない。このような鑑定であるならば、誤りを生ずることのあるの

は当然である。例えば、昭和二十三年春、静岡県清水市で起つた小切手詐欺事件（最高裁判所昭和二十六年(れ)第二五〇号）では、清水郵便局員亀川昭政氏が、容疑者として逮捕され、遠藤恒義、高村巌両氏の筆跡鑑定により同氏は有罪となつた。しかし後に同氏によつて真犯人が発見され、同氏の無実が明らかとなり、筆跡鑑定が誤りであることがわかつた。このような誤りはおおくあるのであり古い例は前記高村氏の著中にも引用されている。

(5) 経験によるカンの有効性は全面的には否定できないが、しかしそれはつねに不確実性がつきまとつている。この不確実性を克服するために統計学が発達し、近代統計学は精密化された。第二審判決においては「戸谷鑑定にいう推計学的方法を導入することは、筆跡鑑定の方法論として望ましいものであるとしても、その一事をもつて、従来の経験の集積の上に立脚する伝統的鑑定方法をすべて非科学的なものとして排斥し去る根拠とはなし難い」とのべている。

戸谷氏は筆跡鑑定に、「相同性」「相異性」「稀少性」「常同性」の四要素の判定が不可欠であるという原則を明かにし、本件の四鑑定人は主観的な「相同性」のみを指摘し、他の三要素については、ほとんどあるいは全く検討していないことをいちいち例をあげて具体的に示し、これが伝統的方法上からしても不完全であることを明示した。そして従来の形態的鑑定法では四要素の判定が不十分にしかできないことを指摘し、はじめて、筆跡計測によつて得た数値を統計的に処理することにより客観的鑑定ができることを、実験によつて示したのである。これによつて本件四鑑定人の方法は信頼度はうすく、客観的な証明力をもたないと結論されたのであるが、裁判官は戸谷鑑定を理解できなかつたのではないであろうか。

(6) 第二審判決においては、四鑑定人が同一資料から個性的、特徴的なものとして摘示する文字も区々、部分も区々であることについて、「事は各鑑定人が如何にして鑑定するかにあるのであつて、その文字を選ぶに当つて制約されるいわれはないから、各鑑定人においてその観点を異にするかぎり、文字の選び方に相異があることは必然であり、……、四

鑑定人が軌を一にして同一文字を選ばないことのゆえをもつて、四鑑定を措信し得ない事由とはなし得ないし、相互に矛盾撞着するものとも解されない」とのべている。しかしながら、第二審の高村鑑定人の尋問の際、検察官すら「せつかく権威ある鑑定人が見られるなら共通する面がおおいようにに思われるんですが、案外くい違うというのがちよつとへんといえばへんに思われるんですが、どうなんでしようか」という疑問を表明している。むしろこの疑問が正しいのである。誰でも同じように鑑定できない方法は客観的な方法ではないのである。客観的な方法であるならば、客観的な基準があり、それに基づく鑑定は再現性があるはずである。主観的なカンに頼るやり方は芸のようなものであつて、その時々により出来、不出来があるのは当然である。美術品の鑑定などにいかに誤りがおおいものであるかは、雑誌芸術新潮昭和三十九年一月号より同四十年四月号までに連載されている。

判決は、何故に四鑑定人の主観的な鑑定を弁護するのであろうか。

四、結　語

私は本件に証拠品として採用されている五枚の葉書を書いた覚えはない。昭和二十七月一月二十一日、白鳥警備課長射殺事件の発生後、札幌において私をふくめておおくの人々が、脅迫容疑で逮捕されている。そして、これらの人々はみな白鳥警部の射殺が、計画的なものであつたということを印象づけるために利用されているのである。本件においても被告のあずかり知らぬ証拠書類や不適当な書類によつて、脅迫状が計画的なものだつたとされているが、それらは被告を有罪にするための強引な作為である。第一審、第二審裁判官がこれらを採用しているのは根拠がなく、裁判官は予断をもつているために、それを補強せんがために採用しているものと考えざるを得ない。

もともと、被告を逮捕したのは、前記白鳥事件をデッチ上げるためと、民主的運動を弾圧するためであつたと考えられる。それ故にそのやり方は強引であり、証拠類もでたらめなのである。

筆跡鑑定も、予断があるために、結論だけを急ぎ、内容は四人の鑑定人のすべてが不備と認めているような不確実なものであり、とうてい証拠とはなり得ない。そもそも人の一生にかかわり、個人のみか、家族あるいは団体にまで累を及ぼすような裁判に、自ら不備と認めるような鑑定を提出するなどとは不謹慎きわまるものである。同じく人の運命に関するものでも筆跡鑑定とは比較にならぬほど科学的となつている医術にあつては、医師は厳格な訓練をうけているが、それでもなおかつ誤診は絶えない。そしてある場合には甚だしい誤診は罪に問われる。それに反し、裁判上の筆跡鑑定は、例えば「書き直してもよい」などという不備なものが横行している。高村鑑定人は戸谷鑑定は立派なものであるが、しかし時間と金がかかり実用的でないといつた。しかし何故に裁判では時間と金をかけても正しい判定を下すようにしないのであるか。一般人民はこれらの言をきけばまことに肌に粟を生ずる思いをするし、まして被告人である私は心底から怒りを発せざるを得ない。

これまでこのような筆跡鑑定を横行させていたのは、おそらく裁判官が不勉強のために筆跡鑑定を研究することがなく、鑑定家を真の専門家とまちがえて、その権威を盲信してその結論だけを採用していたことによるものであろう。

本件のように筆跡鑑定を追及した裁判はおそらく日本ではじめての事であろう。被告、弁護人側の努力により、証拠のでたらめも暴露され、従来の筆跡鑑定の非科学性も暴露された。

本件は全くつくり上げられた事件である。最高裁判所は、本件の判決を破棄すべきであると確信する。

以　上

被告人　太田嘉四夫

弁護人岡崎一夫、同関原勇、同横田聰、同渋田幹雄、同石島泰、同竹沢哲夫、同金綱正己、同根本孔衛、同秋山昭一、同鶴見祐策、同岡林辰雄、同青柳盛雄、同大塚一男、同上田誠吉、同植木敬夫、同池田輝孝、同中田直人、同安達十郎、同倉田哲治、同寺本勤、同青柳孝夫、同福島等、同田代博之、同田口康雅、同渡辺脩、同谷村正太郎、同石田享、同橋本紀徳、同久野幸蔵、同宇津泰親、同西嶋勝彦、同松本善明、同浜口武人、同寺村恒郎、同坂本福子、同小池通雄、同安田叡、同土生照子、同石野隆春、同荒川晶彦、同市来八郎、同塙悟、同柴田五郎、同小沢茂、同佐藤義弥、同島田正雄、同駿河哲男、同齊藤義雄、同黒田寿男、同小島成一、同井上文男、同今井敬弥、同岡田啓資、同角尾隆信、同上条貞夫、同小見山繁、同近藤忠孝、同坂本修、同高橋融、同中村洋二郎、同真部勉、同山根晃、同山花貞夫、同渡辺正雄、同守屋典郎、同尾崎陞、同風早八十二の上告趣意（昭和四〇年四月三〇日付）

目　次

第一、憲法第三一条、刑訴法第三一七条違反等
証拠品の「葉書」に証拠能力なし
第二、憲法第三一条違反等
四鑑定は科学的根拠のない独断
第三、憲法第三一条違反等
四鑑定の証拠能力は否定さるべきである。戸谷鑑定排斥の違法

第一、原判決には明白な憲法違反、刑事訴訟法違反があるので破棄さるべきである。

㈠　原判決の是認する第一審判決は、第二の事実として、「被告人は、昭和二七年一月初旬頃、札幌市南九条西二一丁目白鳥一雄に対し、加害の告知をなす意図の下に、その内縁の妻石川敏枝宛郵便葉書に『あなたの御主人は……』という趣旨の文言を記載して郵送し、右石川敏枝を通じて右白鳥にその旨を伝達させ、右白鳥一雄の生命、身体乃至は自由に対し何等かの危害を加えるべきことのある旨を告げて右同人を脅迫したものである。」と認定している。

このように本件は郵便葉書に、加害すべきことを記載し、これを送付せしめたことによって脅迫罪が成立するとしている。したがつてもし右葉書が、被告人によって送付されたものでないならば、右認定は覆えり、本件は無罪となるほかはない。

ところで原判決及びその是認する第一審判決は、本件証拠として札幌地方裁判所昭和二七年領第一三三号の六、ハガキ一枚（白島夫人宛）を揚げている。

右葉書の領置調書（第一冊一三六丁）によれば、右領置の日は昭和二七年一月八日である。即ち、右領置調書によれば昭和二七年一月八日札幌中央署において白鳥警部は、その所有する葉書二葉、内一葉は白島様宛、差出人愛国者のもの、一葉は白島夫人宛、差出人愛国者のものをそれぞれ、同署警部補和田武雄に差出し、和田は、昭和二七年一月八日これを領置したとされている。

そして、右領置調書の右上部には「高橋」なる印が押捺されているが、この領置を確認したものであろう。

このように、右領置調書には一月八日なる日付が二ヶ所記載されており確認まで経ている。さらに、原判決の是認する第一審判決の証拠の標目にも右領置調書が証拠として揚げられているが、その日付も一月八日となつている。「白島夫人」宛葉書の領置調書作成の日が昭和二七年一月八日であることは動かし難い事実であろう。もし、単なる誤記であ

れば、後にのべるようにこれ迄の長い手続きの中で発見訂正されないはずはなく、二重、三重の誤りを犯すはずがない。しかるに同調書によって領置された右一三三の六の葉書の消印は昭和二七年一月九日後〇―6となつている。記録三二三丁の石川敏枝に対する尋問調書添付の写真によつても右葉書の消印は昭和二七年一月九日後0―6となつており、領第一三三の六が、一月九日午後〇時から六時迄の間に、郵便局により消印が押捺された事は動かし難い事実である。

そうすると、右葉書は発送される前日に領置されたことになる。

さらに、同領置調書によれば、前記二葉の葉書はいずれも筆跡再鑑定中となつている。筆跡鑑定がかなり困難な仕事であり一日や二日ではなく、かなり長時間を要することは本件審理を通じて明白な事実である。それを一月八日当時すでに再度に亘つて行つていた。これによつて明らかなことは、白島夫人宛領第一三三号の六の葉書は、一月八日の相当以前に、少なくとも数日以上前に当局の手に渡つたこと、一月八日にすでに、二度目の筆跡鑑定中であつて、警察の手中にあつたこと、そしてそれを一月八日、札幌中央署に領置されたが、その時はまだ、郵送されていなかつたということである。そうすると、右葉書は郵送される前に領置されたのであり、警察当局に領置された葉書を被告人が投函するということはありえないことであるから、原判決の認定は根底から崩れ去るほかはない。

もし原判決認定が正しいとするなら、被告人は昭和二七年一月九日の午后〇時から六時迄の間に脅迫葉書（領第一三三の六）を投函したことになるから、右葉書が、白鳥一雄宛に送付されるのは、早くても一月一〇日の朝になる。証人石川敏枝の証言によれば、当時郵便物は毎朝まとめて配達されていたということであり、本件葉書は、普通郵便であつたから、一月九日の夜に配達されることはありえない。

そうすると、前記のように一月一〇日以降に白鳥宅に、配達された右葉書を白鳥が当局に渡し、これを再鑑定する

（領置調書にはそうなつている）ために少なくても数日或は十数日を費すことを考えれば、領置の日は早くても一月二〇日以前ではあり得ない。

そうすると、前記領置調書の日付が一月八日となつていることと明らかに矛盾する。

裁判所は記録にあらわれた証拠のみによつて判断しなければならないところ、記録上、領置調書は昭和二七年一月八日付となつているのであるから、原判決の認定は明らかに証拠に反して判断したものである。

或いは検察官は、右領置調書の日付が、誤記であつたと主張するかも知れない。しかし記録上、それが誤記であつたことを証明するものは何一つ存在しない。それのみではない。前記の通り領置調書には一月八日なる日付が二ヶ所記載され、「高橋」なる印も押捺されている。該葉書が領置当時すでに筆跡再鑑定中であつたことからすれば、部内では慎重な取扱いを要求されていたであろうのに、領置調書を誤つて作成するはずがない。

さらに、もし誤記であつたとしたら、その葉書の作成から送付までことごとく争つている本件において、札幌中央警察署の領置後、検察庁が領置し、それを公判廷に提出し、証拠調を行うにあたり、それぞれの段階でその誤りを発見しないはずがない。

しかも原判決の是認する第一審判決はこの点に気付いていた如くである。

即ち、判決によれば、第一乃至第五の事実のうち、第二の事実を除く四つの事実についていわゆる脅迫葉書（領第一三三号の五、八、七、九）の外、その領置調書を証拠として示している。第一の事実については昭和二七年一月八日付和田武雄の領置調書（問題の領置調書）と葉書（第一三三の五）、第三乃至第五の事実についてはそれぞれ第一三三の八、七、九の葉書と、一月一三日付和田武雄の領置調書を証拠としているのである。ところが第二の事実については領第一三三号の六の葉書を掲げているだけでその領置調書を示していない。

領一三三の五と六は一月八日付で同時に和田武雄によつて領置されたのであるから、もし右領置調書に疑問を持たなかつたとしたら、他の事実と同様第二の事実についても領置調書を証拠として揚げたはずである。それなのにあえて第二の事実について右領置調書を掲げなかつたのは、右調書と葉書との矛盾に気付いていたと考えるほかはない。裁判所は、右の矛盾に気付きながら、それの指摘をしていない。それをしては都合の悪いことがあつたのであろう。単なる誤記であつたら、その発見の際、これを指摘し、その旨明らかにすれば足りたはずである。誤記ではなく、まぎれもない一月八日付の領置調書であつたからこそ裁判所はこれに目をつむり、さりげなく、証拠の標目からはずすことにしたのである。

右の通り、領第一三三の六の葉書が、昭和二七年一月八日領置され、その時はすでに筆跡再鑑定中であつたこと、そして翌一月九日後0―6時に札幌中央郵便局の消印が押捺されたという事実は何を物語つているであろうか。あえて推測を試みるならば次のように解するほかはない。

まず、一月八日にすでに二度目の筆跡鑑定中であつたということは、少なくとも一月初め或いは二六年暮頃にはこの葉書が、警察の手中にあつたことを示している。そして、警察は二度に亘る筆跡鑑定を行つて、被告人の筆跡に類似していることを確認した上、一月九日に郵便局に投函したか、或いはその他の方法で、札幌一・九、後0―6の消印を得、これを証拠として提出したものであろう。

そうすると、右葉書を書いたものは一体何者であろうか、被告人が郵送したものでないことは明白であるし（警察に領置されている葉書を被告人が郵送できるわけがない）、一月八日以前、被告人が、その所持品を押収されたこともないから（後記盗難届を除く）、この葉書が被告から警察の手に渡つたものでないことは明白である。

そうすると、これは、警察内部で作成されたか、或いは、別の何者かが作成して、警察に交付したとしか考えられな

い。

一月八日以前すでに盗難届（領第一三三の四）紙片（遠藤鑑定に使用されたもの、未領置）など被告人の筆跡なるものが警察の手に渡つていたことを考えれば、これらの資料をもとにして、その筆跡に類似した葉書を作成することは容易なことであろう。

そして、作成された葉書の筆跡を再度鑑定したということになる。

より簡単に推測を試みるならば、それは証拠物のすり換えである。

即ち、一月八日預置された葉書は、一月九日後0—6の消印の葉書ではなく、別の葉書、恐らく一月八日或いはそれ以前の消印のある葉書であつた。

そして、宛名や差出人が証拠物と同じであつたところから、領置調書に葉書の消印が記載されてないことを幸いとしていつの時点でかすり換えが行われた。すり換えが必要となつたのは、恐らく、当初領置した葉書では証拠として使用にたえないものであつたか、或いはその内容が脅迫罪を構成しそうになかつたか、或いはその両方かも知れない。

いずれにせよ、記録上明白なことは、一月九日後0—6時の消印のある葉書が、一月八日に領置されその葉書と、領置調書の相矛盾する証拠が併存すること、そして右二つの証拠は互に相手を否定するものであること、したがつて右葉書を証拠として本件の認定をすることは許されないことである。

一般的にいつて、捜査官憲による証拠物の取扱いが極めて杜撰であること、なかんづく、その領置、差押え手続きの杜撰さは目にあまるものがある。

はなはだしきに至つては芦別事件のように証拠のねつ造が裁判所によつて確認されたり、或いは松川事件や青梅事件

のように、証拠の偽造、隠匿が被告、弁護人から主張されているものもある。本件も又右芦別事件や松川事件或いは青梅事件と前後して発生したとされているケースであり、そのねらいが共産党員に対する弾圧事件であるという点から考えても、右各事件で行われたようなデッチ上げが行われなかつたという保障は全くない。

検察官は、或いは次のように主張するかもしれない。

本件の各証拠の矛盾は、右各事件に比べればささいなものであつて、単に日付の問題であるから大したことではない、と。

しかし本件は葉書による脅迫事件とされているのであり、領一三三の六の葉書は第二の事実の唯一の証拠である。しかも、原判決は右葉書と他の四通の葉書は同一人により作成され、発送されたと認定しているのである。そして、葉書の消印は、その葉書の発送の有無及びその日時を決定付けるものである。本件のような犯罪においては最も中心的な部分というべきである。

したがつて右葉書の謎は他の四通の葉書の成立及び、その送付に対しても必然的な影響を及ぼすのである。

本件は全体として謎につつまれているというほかはない。これがもし民事々件であつたとしたら、証拠の日付の矛盾は、その請求を根底からくつがえすに充分であろう。

このような明白な矛盾が、一審、二審を平然と通過することはありえないことである。ところが本件ではそれがまかり通つている。

本来刑事裁判では、それが一層厳格に行われなければならない。

憲法、刑事訴訟法が証拠の収集について厳格な手続きを設けたのは、このことを明らかにしたものである。

刑事裁判手続きでは、何よりも、その適正、公平な手続きを重視すべきである。それによつてのみ真実が発見される

のである。

たかだか領置調書一枚、葉書一枚というわけにはいかない。それが真実をおおいかくし、誤判を招く危険はあまりにも大きいのである。

憲法第三一条はこのような趣旨を明らかにしたものと解すべきである。

原判決は証拠に反する認定を行つているから、憲法第三一条、刑事訴訟法第三一七条（証拠裁判主義）に明らかに反し、且つ、右葉書は偽造の疑いもあり、ひいては重大な事実誤認を犯している。

そして右は判決に影響を及ぼすこと明らかであるから、刑事訴訟法第四〇五条、四一一条第一号、三号により原判決は破棄さるべきである。

㈡　原判決の是認する第一審判決は、第一の事実を認定するにあたり、領第一三三号証の五の葉書（白島様宛、差出人愛国者）と昭和二七年一月八日付和田武雄作成のその領置調書を証拠とした。

しかし右各証拠はすでにのべてきた如く矛盾に満ち、謎につつまれている。

右領置調書と、領第一三三号の六の葉書との矛盾は、右一三三の六と同時に領置されたという一三三の五にも同じ疑問を投げかける。同一人（白鳥一雄警部）によつて提出され同時に領置された葉書の一葉がその成立に疑問がある以上、他の一葉にも同様の疑問を抱くのは必然である。

成る程領第一三三号の五の葉書は日付こそ一月八日以前（明確には読み取りにくいが一月一日のようである）であるかもしれないが、領置調書によれば一月八日当時すでに筆跡再鑑定中であつたのであるから、少なくとも一回は筆跡鑑定を経ていたことになる。一月一日に投函された葉書（前記のように一月一日消印がある）は一月二日以降でなければ、白島宅に配達されないから、早くても当局に渡つたのは一月二日以降である。そうすると一月二日から遅くとも八

日迄の間に筆跡鑑定を行つたことになるのであるが、果たしてこのような短時間で筆跡鑑定ができるであろうか。極めて疑問である。

記録上、本件については五件の筆跡鑑定が行われた。

最も短時間で行つた遠藤鑑定でも四一日を費している。宝月鑑定の如きは二年以上を費しているのである。

この鑑定（領置調書記載の）が何人によつて、いかなる場所で行われたかは不明であるけれども、例え、距離的な関係や、慎重度を考慮に入れるとしても、前記五鑑定と比較していまだ資料の充分でない（対象物の少なかつた）一月初旬において、そう簡単に筆跡鑑定ができるはずがない。一週間程度の時間で鑑定が完了したとは考えられない。

そうすると、領第一三三号の五の葉書も又、その成立が疑問である。

そして、前記の通りその領置調書も又疑問である以上、これらを証拠として、被告人の有罪を認定した原判決は証拠裁判主義を定めた刑事訴訟法第三一七条に反するものといわなければならない。

結局原判決は破棄を免れない。

㈢　原判決の是認する第一審判決は、判示冒頭の事実を認定するにあたり、「㊎連絡一九五一、一〇、二三」と題する書面（領第一三三号の二）と、昭和二七年五月一五日付札幌地方検察庁室蘭支部の「差押調書謄本送付の件」と題する書類綴、及び一九五一年一二月三〇日付「ああ血も涙もない人非人の高田市長、白鳥市警、塩の谷検事を札幌から葬れ！」と題するビラ（領第一三三号の二）を証拠としている。

ところでこれら各証拠は本件と全く関係のないものである。

まずその押収経過を明らかにする。

前記昭和二七年五月一五日付札幌地方検察庁室蘭支部の書類綴中にある差押調書（記録一冊一四四丁）によれば、昭

和二六年一一月二五日、室蘭市輪西警察署司法巡査星山好勝は、被疑者不詳に対する政令第三二五号違反被疑事件につき、被疑者を緊急逮捕した際、必要があつたので、その現場において、七一種類に及ぶ物件を差押えた。その差押えの時間は同日午後一〇時から一〇時一〇分迄、場所は室蘭市中央署、目的たる物は昭和二六年政令第三二五号違反書類、立会人不詳とあり、「差押のてん末」として、「昭和二六年一一月二五日後一〇時〇分、室蘭市中央署において被疑者不詳を立会せしめて別紙押収目録に記載の通り差押えをした」と記載され、七一種類四二五点に上る物件が差押えられているのである。

この差押調書には数々の疑問がある。まず輪西警察署の巡査が何故中央署に赴いてこの差押えをなしたかということ、さらに、これだけ多数の文書、物件がわずか一〇分間で差押えを完了できるだろうかということ、差押え物件の中には押収品目録交付書二通まで含まれているが、このようなものも迄差押えることが許されるかどうか等である。警察官はその所属する警察署の管轄内で捜査に従事するのが通常の任務である。他署の管内で捜査する場合にも、その被疑者の逮捕や、物件の差押えは当該地域を管轄する警察署の警察官にこれを引渡すべきものであろう。それをわざわざ輪西署から中央署に赴いて、他署内で、差押えをなすことは極めて不自然である。

しかも七一種類四百二十数点に上る文書、書籍、現金、印鑑、定期乗車券、押収品目録交付書、等をわずか一〇分間で差押えることは実際上不可能に近い。

しかも右差押調書添付目録51（一冊第一五〇丁）63（同一五一丁）には押収品目録交付書がそれぞれ押収物として記載されている。押収品目録は、刑事訴訟法第一二〇条の定めによつて被押収者に交付されるものであつて、これをさらに、当局が差押えることは右規定に反するものである。このことは別の事件で交付された目録であつても同様に解すべきである。

このほか、同目録の記載によれば、風呂敷、リュックサックから下敷に至る、およそ被押収者が身につけていたと思われるものはほとんど差押えられている。

これらは差押の目的物である政令第三二五号違反物件とは到底考えられない。

とくに右差押えは通常逮捕や、令状による捜索に基いて行われたのではなく、緊急逮捕の際に行われたものであるから一層その手続きは厳格でなければならないのに、右のようなでたらめな差押が行われたのである。

結局右昭和二六年一一月二五日の差押は刑事訴訟法第一二〇条、二二〇条第一項、憲法第三五条に反する違法な処分であるといわざるを得ない。

そして本件で証拠とされている㋕連絡なる文書は右差押により押収されたものであるが（押収番号16、一冊一四六丁）右の通りその押収処分が違法である以上、このように違法に取得された物件は証拠能力がないから（平野竜一、刑事訴訟法二三九頁、第一九三頁、大阪高判昭三一年六月一九日特三巻六三一頁）、これを証拠とすることは憲法第三一条、第三五条に反するものであつて許されない。

仮りに右差押処分が違法でないとしても、本件から一ヶ月以上も以前に、しかも札幌からはるか離れた室蘭において、氏名不詳の者に係る政令第三二五号違反事件において差押えられた物件は本件と全く関連性がなく、従つて証拠能力がないから（平野竜一、刑事訴訟法第一九二頁）本件証拠とすることは許されない。

このように、被告事件とは時間、場所、罪名が全く異りしかも被告人と何の関係もない第三者の所持していた物件が、突然被告人の犯罪を立証するための証拠として認められるならば、当事者主義を前提とし、厳格な証拠法を規定した刑事訴訟法の精神は全く没却されることになり被告人の防禦権は全く無視される。

以上の次第で㋕連絡一九五一、一〇、二三なる文書は本件に対し証拠能力がない。

つぎに領第一三三の二のビラであるが、これ又本件とは全く関連性のないものであつて証拠能力のないものである。

右ビラの領置調書（一冊第一三七丁）によれば同ビラは昭和二六年（領置調書には最初二七年と書いたがこれを六と訂正している）一二月三一日札幌北警察署司法巡査今井友吉なる者が領置した、となつているが、その領置場所も、差出人も不明である。これでは、右ビラがどこからどのようにして提出されたものか全くわからない。

右ビラは司法巡査今井友吉がどこからか手に入れて領置したものである。しかし差出人は不詳である。氏名は不詳であるが確かに差出したのか、或いは今井がどこかから拾つてきたのかも知れない。

いずれにせよ被告人とは何の関係もないものである。もし仮りにこれが、被告の所持品であつたとか、或いはその自宅或いは職場から押収されたとか、或いは被害者宅から発見されたというのであるならいざ知らず、そのような本件との関連性は全くない。このような物は本件に対し証拠能力がないものである。

右ビラも又本件の証拠とすることのできないものである。

結局㈠連絡、及びビラはいずれも証拠能力がない。

およそ憲法並びに、刑事訴訟法が、その証拠について詳細な規定を設けたのは、単に真実発見のためばかりではなく、被告人或いは被疑者の人権を守り、訴訟手続が適正、公平に行われるようにとの趣旨にでていることは言をまたない。

したがつて、その証拠の価置（証明力）はとも角として、いやしくも証拠に供せられる過程が、適正、公平に手続きに従つていないならば、その物件は証拠として供せられるべきではない。即ちその収集過程に違法があるならば取得された証拠には証拠能力を認めることはできないのである。このことは憲法第三五条の定めるところである。

又全く事件と関連のない証拠をその事件の証拠として認めることは真実発見のみならず、被告人の人権をも無視し、

訴訟手続を無視するものであつて、糺問手続ならいざ知らず現行刑事訴訟法の下での証拠裁判主義に反するものであつて許されないこと明らかである。

したがつて右各証拠の証拠能力を認めて、事実を認定した原判決は憲法第三一条、三五条に反するものであつて、原判決は破棄を免れない。

㈣ 領第一三三の五の葉書は「市内南九条西二二丁目、白鳥様」宛となつており、同第一三三の六の葉書は「市内南九条西二二丁目白鳥夫人様」宛となつている。ところで、原判決によればこれら葉書はいずれも被告人が書いて出したものであるというのであるが、このような葉書を被告が書くはずがない。

何故なら、被告は白鳥一雄と面識があつて、その氏名も住所も知つていたはずである。しかも被告は動物学者で大学の教官である。それなのにその氏や住所を誤記するはずがないのである。もし真実被告が白鳥を脅迫せんとして葉書を作成、送付したとしたら、右のような誤記によりこれら葉書が配達不能により返送されたり、或いは第三者宅に配達される恐れがあるのに、あえて氏や住所を誤記するはずはない。

このようなことは全く明白なことである。

右各葉書の氏、住所が間違つているということは、白鳥一雄の氏名も、住所も、あまり知らない者によつて作成送付されたことを物語つている。

このように、葉書の表示からみただけでも、本件各葉書が被告人の作成にかかるものではないことを明らかにしている。

第二、原判決は、遠藤、伊木、宝月、高村各鑑定人の鑑定書並びに各尋問の結果を証拠として、被告人の控訴を棄却し、第一審判決を維持した。然し前記各証拠は、科学的根拠の無い独断であつて、合理的な疑を容れる余地無きものではないか

ら、原判決は何等犯罪の証明が無いにも拘らず、被告人を有罪に処したものであり、右は単なる法令違反ではなく、憲法第三一条に違反する。

或は少くとも刑事訴訟法第四一一条に言う重大な事実誤認であり、破棄を免れない。

㈠ 筆跡鑑定の科学

筆跡鑑定の目的は、当該筆跡が、特定の対象者のものであるかどうかを決定することであるから、その方法は一言にして言えば、対象者の筆跡の個性的特徴――戸谷鑑定の言う常同性と稀少性あるもの――を決定した上、これを当該筆跡と対照して、その異同を比較検討することになることは容易く考えつくことである。しかしながらこのことは筆跡の特性を考えると口で言う程簡単なことではない。筆跡は戸谷鑑定も言う如く、指紋の如き明確な常同性と稀少性があるものではない。各鑑定人も等しく自認する如く、同一人の筆跡であつても、「幾つかの文字があれば同じ人でも幾つかの違つた形になる」（遠藤鑑定人供述）、或は「文字は印刷ではございませんので書く度にいくらか違つて書かれる、同じように書こうと思いましても印刷ではありませんので少しづつ違つて書かれる」（高村鑑定人供述）ものなのである。このことは筆跡鑑定上、次の二つの困難な問題を生ずる。

その一つは、個性的特徴の決定の困難さである。高村鑑定人は公判廷に於いて、「癖というものはいつでも出るとはこれはかぎらない（中略）私の今までの実験によりますとこれはまだはつきりしたデーターがとれませんけれども、ずつとみていきました現在までのあれでは、三二回に一回ということになつておる」と供述しているが、これによつても筆跡の個性的特徴の把握が如何に困難なものであるかが伺われる。今一つの問題は、右の特徴と、対象筆跡の対比上の困難さである。指紋や印顆の如く、常同性を持つものならばともかく、上記の如く、同一人のものでも全く一致することのない筆跡に於いては、どうなれば一致したといえるのか、いいかえれば判断の基準は何かという問題が生ずるのである。その鑑別基準については後述するが、このことは逆に又個性的特徴の決定につき、対象筆跡との対比上少しでも明確に異同を決定し得るものを選ぶことを必要とすることとなる。このことは筆跡鑑定が科学性を持つためには不可欠のことである。しかし右の問題点を実際に解決することは容易なことではない。原判決の言う「伝統的鑑定方法」では、むしろこうした困難さを鑑定人の権威で乗り越えようとしていたと言えよう。町田欣一・今村義正共著「文書・心理鑑識」――全書捜査・鑑識の科学第三巻・日本評論新社刊――（以下町田・今村書と略称）は、その冒頭に於いて次の如く述べている。

「筆跡鑑定が、犯罪の捜査に利用されるようになつたのは、随分以前のことであるが、その鑑定方法は人によつていろいろであつて、公約的な方法ではなかつた。それらの方法を検討してみると、ほとんどの鑑定が、書道家か、あるいは書に関する高度の鑑賞力を有する者の鑑定であつて、具体的な説明も少なく、鑑定方法は抽象的であり、直観による推断や、経験のみに立脚したものが大部分であつた（傍点弁護人、以下同じ――本件各鑑定にそのままあてはまるではないか！――）そのため筆跡鑑定は長い間、限られたわずかな者の特技と見なされいた。その間、多くのすぐれた鑑定があつたと同時に反面、直観による誤謬と、限られた者たちの独断に左右された場合もあつたようである。だが現在ではそのような鑑定は許されないし、一般の人々もそのような鑑定を承認するものではない。一般の人々が承認するのは、筆跡鑑定に客観性がある場合に限るのであつて、その方法はあくまで科学的でなければならない。それでは筆跡鑑定が科学的であるためにはどうしたらよいか。すなわち、筆跡鑑定が本当に真実の発見に役立つ仕事をするためには、鑑定方法に普遍性と一定の法則が必要である。鑑定方法を説明した場合、誰でもが了解し、限られた資料の鑑定からは、誰が行つても、限られた結論が出るものでなければならない。

（中　略）

警視庁では、他に先きんじて、昭和二八年から、後述するような統計的な鑑定方法を採用して、実際に鑑定を行ない実積を挙げているが、その鑑定方法でさえも特徴別に厳密に分類することが出来ない日本の多数の文字が対象である以上、なお多少の主観と鑑定の限界がともなうことは避け難い。

（弁護人註、主観及び限界の問題は、在来の方式を言うのではなく、後述の鑑別基準四五%から七〇%の範囲内の処理を言うものである。従って在来の方式が通用するということは全く別問題であることに注意されたい。）

なんと簡潔明瞭な「伝統的筆跡鑑定」批判ではないか。

筆跡鑑定の科学化を目指す真摯な努力と、その限界に対する謙虚な認識は、筆跡鑑定の基準は「まずございません」という伊木鑑定人（公判廷供述）の言葉に代表された各鑑定人の態度や鑑定方法に比較して、万人の共感を生む力強さを持っている。

筆跡鑑定に対するこうした二つの態度は、単なる鑑定の方法の違いではなく、科学と非科学、真理と独断の相違である。各鑑定人の鑑定結果は少くとも上記の如き科学的な配慮からする批判と検討を経て、始めて裁判の証拠たり得るものであり、それ無くしては、何等客観性を持たないというべきである。

(二) その科学的方法

前掲「町田・今村書」（七頁以下）によればその方法は次のとおりとなつている。

先づ筆跡の特徴を

(1) 記載時に紙面上を動く用筆の遅速、紙面に対する用筆の圧力の強弱をそれぞれ筆勢、筆圧、

(2) 筆跡の大きさ、筆跡相互間の大きさならびに角度の関係、その調和性を配字形態、

(3) 書き始めの筆の方向、運筆順序、運筆形態、終筆の筆の方向を筆順、

(4) 一つの文字を構成している各字画相互間の大きさ、角度、間隔などの関係を字画構成、

と分類定義した上、配字形態の特徴や筆勢、筆圧の特徴は、主観に立脚した判定であり、恒常性を比較し得ないので補助的、概括的なものとし、二つの筆跡の異同を決定するには、筆順の特徴と、字画構成の特徴の異同によることとしている。これ等の特徴は何れも客観的に検出できるものであり、殆ど主観を入れないで特徴を比較することができる。例えば筆順の特徴に於ては「一」の字を例にとれば始筆の方向が、上からか、横からか、下からか、運筆形態は上に曲つているか、直線か、下に曲っているか、終筆は上に向いているか、横に向いているか、下に向いているかに各分類され、その組合せで二七通りに大別出来る。字画構成の分類についても、内容は異るがその分類方法は同様である。こうして検出した特徴を、対照するが、その際は、ある一つの文字の筆順や字画構成は、他の筆跡の同じ文字の同じ個所の各特徴と比較することが重要で、その比較は、対照した二つの筆跡の特徴総数に対する同一特徴の割合（異同比率）を求め、統計的な研究の結果定められた次の鑑別基準で結論を下す。

(1) 同一特徴数が七〇%以上の時　同一筆跡

(2) 同一特徴数が四五%以下の時　別異筆跡

(3) 四五%から六〇%の範囲内の時　異同不明（筆跡を特徴別に分類できない現状下ではやむを得ないとされている）

(4) 六〇%から七〇%の範囲の時は配字形態の特徴、筆勢、筆圧の特徴の異同を参考にして、(1)及び(3)に分類する。

右のような方法をとる理由として、対照は同条件下でやる点については、同一人の筆跡でも、文字によって、それぞれの字画の特徴が異なる場合が多い（つまり「夜」の「イ」と後の「イ」や、「署」中の「者」と単なる「者」の対照は「きわめて危険」だというのである）からであり、又鑑別基準を設けるのは、「同一特徴のみ発見して同一筆跡といつても、異質特徴のみ発見して別異筆跡といつても、それは全く論理の飛躍であつて、二つの筆跡の特徴を比較した場

合、同一特徴のみということは絶対にないし、異質特徴のみということもまた有り得ないからである（各鑑定人が口を揃えて鑑定資料相互間に「個性の相違を表顕する筆跡上の特徴はない」（高村鑑定書）というのと対比すれば何れがよく真実に合致するか自ら明らかであろう）。これは特徴や個性の概念の相違からではない。筆跡が同一人のそれでも全く一致することはあり得ない程恒常性に乏しいものである以上、相同性の検討のみではその鑑別は不可能であることによる。同一人の筆跡では全く一致するものでない以上、特徴の一致があるといつても、それが同一人の筆跡なのか或は別人の筆跡が偶然一致したものであるか判別が困難、否むしろ不可能に近いからである。従つて最終的には何等かの比率による外ないこととなり、正確さを期するためには「特徴は出来る限り多数検出して異同比率を算出」することが必要となるのである。

原判決にも「相異性」の判断の必要なことは認識しているとみえ、各鑑定人は相異性についても十分（それにしては書面上明瞭ではなく、「うかがわれ」る程度であるというのもおかしいが）に斟酌している旨認定している。しかしこれは明らかに事実に反する。彼等は後述のとおり、鑑定資料中の区々たる一部の類似性を追求するに急であつて、高村鑑定人自身「あげていきますともうきりがない」という相違点については、何の根拠もなく、「省略の多少や韜晦、書き方の違い」（遠藤鑑定書）とし、或は不同点は「多少見ましたけれども詳しくは見ておりません」、「ざつとみたところではそういうもの（弁護人注、同一人の筆跡だということを覆えし得るような点）がみつからなかつた」（伊木鑑定人供述）、或は「どの字も全部同じたと云うふうには見ている事はないわけで、型の上でかなり違つている様に見えるものもあるわけで、しかも究極的にはそれは同じ筆跡になるわけです。同一人だと鑑定すればですね」（宝月鑑定人供述）と結論から逆に論証しようとしてみたり、「ごくありふれた」「決定的なものではない」（高村鑑定人供述）と勝手に決定しているだけである。しかし証拠もなく、こうした彼等の独断を許すわけにはゆかない。否彼等が筆跡の特徴として掲げていることが、後述のとおり、全く他愛もないいいがかりに過ぎないことをみれば、単なるコじつけとしか考えられない。原判決のこの点に関する判断は全く誤りである。

(三) 各鑑定の特徴とその誤り

(1) 感による鑑定である。

各鑑定人の鑑定書並びに公判廷における供述を通覧すると、その内容は全く空々莫々としていて摑みどころがない。一致するという特徴は、何故それが特徴といえるのか、相違点は何故考慮の必要がないのか、更には特徴の何処が「一致」しているのか、少くとも明らかでないのである。又韜晦のため筆跡に相違点があるというのであるが、何故一致点は韜晦による偶然の一致でないのか何の説明もない。これ等の疑問は、鑑定人等の鑑定が筆跡の形態上の類似点を、「急にはちよつと云えない」基準（伊木供述）で、「感」で（宝月、高村供述）或は感覚的に（遠藤供述）判断しようとする第一の特徴から来るものである。

(2) 特徴と呼ぶものに個性がなく、対比した数も少い。

第二の特徴は、各鑑定人が、筆跡上の特徴として掲げている点が、実は全くありふれたものであつて、その数も非常に少いということである。

(A) 遠藤鑑定

遠藤鑑定中対照に使用された文字は第1図のとおりである。

（注　以下鑑定資料の名称として使用する「四号証、五号証」等の呼称は、裁判所領置番号に付せられた枝番を略称に使用したもので、四号証は「領第一三三号の四」（以下同様）を指すものである。）

第1図　遠藤鑑定書で対照された筆跡一覧表

紙片							
十号証							
九号証						中	
八号証				検			
七号証	通				幌		
六号証					札		
五号証	に						
四号証	通	に	箱	幌	九		
						者	
	ものを	ものを					
	中						
	ま・た			ま・た			
	れ	れ					
		夜					
				さ	い		
	署					者	
	難			雇		雇	
	北道				北道		

第1図によれば遠藤鑑定人が筆跡鑑定のため対照した文字は、五号証については「七字」、六号証については「五字」七号証については「四字」、八号証については「三字」、九号証についても「三字」、公判廷における四号証と八号証の「殿」の一致を含めても合計二三字（低片と対照された四字を除くと一九字）に過ぎない。これを第2図に表示された各鑑定資料の字数と比較すると次のような結果になる。

第2図　各号証の字数一覧表

（但し記号を除く）

区分	号証	四号証	五号証	六号証	七号証	八号証	九号証
漢字	字数	一三六	四七	五八	二九	五〇	七一
	文字数	七七	三六	三七	二九	三六	五四
平仮名	字数	三八	七四	一六九	二八	九二	一一九
	文字数	一九	三〇	三八	二〇	三二	三三
片仮名	字数	二二	二	七	六	〇	一四
	文字数	七	二	三	六	〇	八
数字	字数	五五	四	四	二	二	二
	文字数	一四	三	三	二	二	二

注　(1)　字数とは全字数

(2)　文字数とは文中に使用されている文字の数で、(1)の中反覆使用されているものを除いて計算したもの

(3)　独音及び大と太は同じ文字として計算

(イ)　五号証については

漢字　2/47

平仮名　5/74

(ロ)　六号証については

漢　字　1/58
平仮名　3/169
数　字　1/4

(ハ) 七号証については
漢　字　3/29
平仮名　1/28

(ニ) 八号証については
漢　字　3/50「殿」の字を含めても4/50

(ホ) 九号証については
漢　字　3/71

にすぎない。（但し各証とも文中に同一文字が反覆使用されているものがあるけれども、遠藤鑑定人は、それ等の同一文字を相互に比較し、その共通点を明らかにすることを怠つているので、その点は考慮しない）

この数字は前記「町田・今村書」の「特徴は出来る限り多数検出」せよという注意を待つまでもなく、あまりに少ないと言わねばならない。もつとも対照する特徴点が、極めて個性の強いものであれば、対比する数の多寡は問題にならない場合がある。極端に言えば、絶対に他人の筆跡にはあらわれない特徴点があるとするなら、対比はそれ一個でよいと言えよう。しかし筆跡に斯る稀少性が無いことは前述のとおりであるから議論になる余地がない。ただ一般論として対比すべき特徴の数は、その特徴の個性の強さに反比例するということは言えるかもしれない。それでは遠藤鑑定に言う特徴とは、それ程強い個性を持つているものなのであろうか。

同氏の言う特徴は漢字の表現方法の一致を言うものが「札」、「幌」、「九」、「者」、「中」、「北」の六字、（公判廷の「殿」を入れると七字）漢字の一部や扁、旁り等の一致を言うものが「辶」、「通字中の「キ」、「木」、「彳」を「夜」字中の「亻」「難」と「雇」字中の「隹」の五個、平仮名が「に」、「ものを」の三字及びその続け方、「ま」、「た」「れ」「さ」「い」の九字である。一見して明らかな如く字画の多い漢字は「幌」の一字「殿」を入れると二字のみであつて、他は悉く、極めて簡単な漢字かその一部と平仮名に過ぎない。

伊木鑑定人によれば、筆法に個性が出る可能性は、仮名よりは漢字の方が画が多いだけ多い（供述）という。遠藤鑑定人自身、画の多い字は、その全部を韜晦することは困難だから一部だけ韜晦すると述べていることよりみても、矢張り仮名よりは漢字又漢字でも画の多い方が、より特徴が出易いという事は容易に理解できることである。又そのことは対照の正確さにも通ずるものである。元来筆跡の完全な一致はない以上、特徴点の相似性比較については、簡単な文字を用いることは危険であり、出来るだけ特徴点の多い文字を使用すべきであることは、当然の帰結である。

その理由はこれ以上説明を要しまいが、簡単な文字では、偶然性の排除が充分でないからである。ところが何故か遠藤鑑定の言う特徴は、仮名が半分であり、漢字もごく簡単なものが大部分なのである。一体「れ」の字を「氷」と表現したり、「中」の字を「屮」と表現したりするのが、それ程個性の強い特徴といえるであろうか。「に」の字の「丶」を下から上にはね上げるのは誰でもよくやることではないか、しかし相手は浮動極りない筆跡なのだ。こうみてくると遠藤鑑定人の言う特徴とは、それ自体あまり個性のあるものとは考えられないのである。もつとも鑑定人等は口を揃えて、鑑定書記載の外に、多数筆跡の対比を行つた旨主張する。その真否はここでは問題にしないが、仮りにそうだとしても、その中顕著な事例として鑑定書に掲記されている特徴が、前記の如きもの

である以上、他は押して知るべしであり、前述の非難を免れる口実たり得るものではない。他の鑑定人も同様であるが、遠藤鑑定人の特徴の選択は、個性――稀少性及び常同性――の有無の検討が全然なされていないのである。

同鑑定人は公判廷で筆跡鑑定の技術的方法は、「筆跡の特徴を促えることが第一方法なのです。どうして特徴が生じたかという事が一番大事な事ではないかと思います」と述べているが、本件について同氏がとりあげた「特徴点」なるものは、何故それが被告人の筆跡の特徴といえるか説明し得なかつた。つまりそれだけ恣意的な、客観性のないものであつたのである。遠藤鑑定人の言う特徴は、結局「町田・今村書」のいう筆順及び字画構成の特徴に過ぎないものであるが、右は同書によれば少くとも七〇%以上の合致がない限り同筆の認定はできないものとされている。つまり異筆でも対照特徴が七割近くも一致することがあるというのである。「町田・今村書」の言う右の鑑別基準は「統計的な研究の結果定められた」ものであるが、異筆でも特徴の過半数の合致があるというこの統計的研究結果よりみれば、遠藤鑑定に言うが如き特徴の一致は、筆跡鑑定上、何等特別の意味が無いことがわかるのである。

(B) 伊木鑑定

右の批判は他の三鑑定にもそのままあてはまることである。伊木鑑定の場合は遠藤鑑定に比し、特徴の説明を簡単化したかわりに、特徴を具備しているという筆跡をいろいろあげることによって、何か信頼性があるかの如き錯覚をおこさせようとしている。しかしその「特徴」なるものが、遠藤鑑定の場合より、一層抽象的なものとなつているところに、伊木鑑定の特色がある。同鑑定が、筆跡の特徴として掲げているのは

(イ) 盗難届と葉書の対比につき

1 共に線画をくねらせた丸味がちな筆跡

2 「木」扁、「ネ」扁、「礻」扁、「難」字中の「𦥑」の各最終筆の筆法の一致

3 「条」、「政」、「収」「称」「海」字等の「久」、「攵」、「𠂆」部の共通筆癖

4 「よ」の字の上部を「𠂉」の如く表現する筆法

5 「事」「捕」「亀」字の最終筆が、その前筆と続けて書かれる特殊（?）筆法

6 「え」の筆法

7 「北」字の「𠂤」部の共通的筆法

8 「幌」字中「巾」扁の書風

9 「者」字と、「署」字中の「者」部の「𠂹」部分の共通筆法

10 「お」字の特殊的筆法

11 但し葉書に多く出てくる「こ」「ウ」の共通筆法は、盗難届には殆どない。

(ロ) ノートと葉書の対比につき

1 (イ)の2、3、4、5、6、7、8、9

2 文字に円味やくねりがあり、同じ調子

3 市、内、南、、愛、宰、通、労、用、額、調、実、関、間各字の、冂部の第一画と第二画を続けて表現する共通書風

4 労、働字の筆意

5 勝、春等の「𠦝」、「𠦂」部を、「𠦝」、「𠦂」と表現する特殊筆法

6 雇字の書風

7　間間字の「口」「日」部を前画に続けて丸く書く特殊筆法
8　「以」字の特殊書風
9　「れ」字を「𠂉」と表現する筆癖
10　「な」字の下部を長く書く筆法
11　弾、圧、愛各字の一部、札字の書風の一致

である。しかしこれを見ても格別重要な特徴と思われるものは存在しない。むしろ下記のとおり、重大な誤りを含んでいる。

(イ)　対照は同一条件下でやるべきである（前掲町田・今村書）に掲らず、木扁とネ扁、条と政、市と内等、異つた筆跡を無批判に対して、共通点ありとする誤り、

(ロ)　字の全体、又は同じ扁や旁等、同条件にある筆跡全体を問題とせず、字画の一部の相似や続き方の類似等、個性薄弱で特徴と呼ぶに価しないものを対比資料としている。

このことは鑑定人自身「𠂉」を「𠂉」と表現するやり方は、「よくある筆法」で、仮名文字を長く書く癖の人は世間に多数「ある」ことを認めざるを得なかつた点よりみても明らかである。もつとも鑑定人は「見ようによつては現われておらんと言うかもしれん」「この人独得の各筆意が現われてお」り、仮名文字を長く書き方も、「特に長く（弁護人注、何に比較して特に長いというのか）書いてお」るので特徴だと強弁している。ここに同鑑定の特色が集中的に表現されている。つまり同人が特徴というものは、見ようによつては反対に観察出来るような曖昧なもので、又長短等客観的に計測可能なものでも、気分によつて主観的に決定されているのである。念のためこの長短の点について附言すると、「町田・今村書」によれば、これは字画構成の特徴の一部であつて、角度、間

隔等の特徴と総合的に把握分類した上、対比されるべきものとされている。計測もせず、特に長いなどといつて特徴にあげ得るようなものではないことに注意しなければならない。

(C)　宝月鑑定

右鑑定が対比した筆跡は第3図のとおりである。

第3図　宝月鑑定書で対照された筆跡一覧表

十号証	署名者	強弾・	中字口漢の日	事					
九号証	〃	〃	〃						
八号証	特弓弾に扁者	〃	〃	〃					
七号証		〃	〃	事					
六号証	〃								
五号証	者	〃							
四号証	署名	中字口漢の							

よ・な・れ・るに筆跡の顕著な同一的個性あり

もつとも同鑑定人は右は「証拠の若干」を示したものと主張するが、鑑定書中には、鑑定の結論に到達するため、必要な理由は記載されていなければならないことはいうまでもないところであるから、記載外の証拠をうんぬんしても意味のないことである。宝月鑑定に対する批判は、第3図を見れば上述した各鑑定人批判がそのままあて

はまることがわかる。特に同鑑定人は、特徴点の数も少く、又その内容が不明のものがある（例えば「よ」、「な」、「れ」、「る」）。この後の点については、公判廷で説明を求められたが、その答は、「これはまあこの鑑定書を御覧になる方にその点を見て戴けば、その特徴を見て戴ると思つて特にその点の説明を加えませんでした」という事であつた。ところが鑑定書中には「「よ」、「な」、「れ」、「る」等に特に顕著な同一的個性を認め得る」とあるばかりで、その内容は全く特定されていない。それどころか弁護人に追求され、「色々な「よ」の字とくらべて、ここかこう似ているではないかと云われると良く判るのですがね。「よ」という字は皆そんな字ではないですか」との問に対し、「はあ、見た感じが同じだと云われれば、その通りだと思うんですが」と答えざるを得なかつた有様である。これがどうして顕著な同一的個性があることになるのであろう。

又「ロ」を丸るめる筆法は「さまで珍奇なものとはいえない」ことを自認しながら、「その気分において極めて個性的である」という。しかし気分といつても、それは筆跡の観察を通じて知るより外ないものであるから、さまで珍奇なものではない筆法の中に極めて個性的な気分が現れるということも、一寸奇妙な感じがする。しかし、それにもまして不審なのは、極めて個性的な気分とは何かということについては全然説明がないことである。つまり存在についての客観的証明やその当否を判断する手掛りすらないのであつて、鑑定人の権威を信ぜよというより外に、第三者を納得させる途がない。書画の数ならともかく、裁判に於ける鑑定に斯る独善的方法が許されるはずがない。これでは、被告人の防禦の機会を奪うものであり、又客観的批判にさらし得ない以上、裁判の証拠たり得ないことは当然である。その余の点についても宝月鑑定人の説くところは、極めて莫然としており、信頼性に乏しい。

(D) 高村鑑定

高村鑑定は、全体的に遠藤鑑定を今少し深めたもの（第4図参照）であつて、同鑑定批判と実質的に異るところはないから、その詳論は省略する。特に同鑑定は要求された鑑定事項とは無縁のものであるが、これは「伝統的鑑定法」が、相異点の比較対照に対し、格別の考慮を払わない傾向を端的に示したものということができるであろう。

第4図 高村鑑定書で対照された筆跡一覧表

十号証				〃			り	〃	島	下	〃	〃	放	事	〃
九号証				〃		〃	り	問			手	〃			う
八号証	〃			者	北	〃				〃		前		〃	
七号証	〃	〃				殿		問		〃			放	事	
六号証	〃	〃	〃	〃			り		〃	下					〃
五号証	〃	〃	〃	〃					島		手				う
四号証	西	札	幌	者	北	殿	り								

高村鑑定人が、筆跡の特徴として掲げる諸点は、結局「町田、今村書」に言う筆順及び字画構成の特徴であつて、遠藤鑑定に関し述べた如く、異同比率により、全体的に把握されるべきものである。しかもその内容は、個性に乏しいものであつて、格別同一筆跡の理由たり得るとも思われない。例えば「西」の字に於ては、被告人の筆跡と脅迫葉書は、「第一画と「凵」部が離間して書かれている点」と、「第四画及び第五画の起筆部が、第三画横線

の上に出ること少く始筆している点」が符合するというだけである。その他も皆これに類するものであるが、これがどうして同一筆跡の根拠たり得るものであろうか。もつとも同鑑定人は公判廷に於て、個性的特徴とは必ずしも特定の一人のものには限らないけれども、「非常にそれがたくさん重なつてきた。集積してきた場合にはどうしてもそうなる（弁護人注、被告人の筆跡）という公算が大きくなる」と述べている。そのことは「町田、今村書」の鑑定方法も、同じ考え方に立つており、考え方としては正当であろう。しかし問題はその実施の仕方にある。右が正当な結論を得るためには、筆跡の特徴別の可及的厳密な分類と、対比のためのまとまつた量が必要なのであり、高村鑑定の如く、一部の文字につき、その似ている部分をひろい上げる程度のことでは済まされないのである。以上述べたところにより明らかな如く、四鑑定は何れも信頼性の乏しいものである。そもそも筆跡が同一というためには、対照筆跡中に、絶対に他人の筆跡ではない個性的な筆跡上の特徴が、「非常にたくさん重なつて」（高村供述）くることを必要とする。ところが四鑑定には、その何れもを欠いているのである。四鑑定は筆跡の一部に似たところがあるというに過ぎないのであつてこれを以て筆跡一致の理由とすることは論理の飛躍である。

(3) 相違点の無視

第三の特徴は、各鑑定人とも筆跡の相違点については、殆ど考慮を払つていないということである。この点に関する各鑑定人の態度については㈡の科学的方法の項に於いて述べた通りである。

本件鑑定資料間に筆跡上の特徴の相違点があることは、鑑定人等も自認しているがそれ等は、筆跡鑑定上異筆の理由になる不一致ではないとされている。しかし一致点が個性的特徴である理由と同様に、不一致点が非個性的特徴である理由も又明らかにされていない。個性的、非個性的といつても、それは鑑定人の主観否願望にすぎないものである。

つて、一致点を個性的といい、不一致点を非個性的といつているとしか考えられない。こうした誤りは、鑑定人等の「伝統的鑑定方法」に由来している。「町田、今村書」の鑑定方法によれば、先づ筆跡の特徴的分類に始まる。右はあらかじめ定められた一定の基準による機械的処理であるから、予断や偏見の入りこむ余地がない。又その比較も数字的処理であつて客観性が保たれている。これに反し四鑑定人の方法は主観的な筆跡の特徴の発見と、肉眼的比較対照で観察者の主観は左右されること甚だしいものがある。筆跡というものは、恒常性に乏しく、同一人の筆跡でも常に一致するものではないから、比較対照により、類似点の発見は、常に予想される。（四鑑定人より遥に厳密な方法で分類（例えば「一」の字でも二七通りに分類）した「町田、今村書」法でも、異筆の場合でも、対照筆跡（個々の特徴ではない）の四五%が一致するといつている点よりみて、それより遥に基準の不明確な四鑑定人の言う特徴（しかもこれは文字の一部である）は、たいていの場合類似点が発見されると考えてよい。四鑑定人は、この類似点を何か特別の意味あるものと考えているらしい。（特徴という言葉は使つているが、実質的にはそれが個性的なものであるという理由はないこと前述のとおり）しかし筆跡には指紋のように恒常性はなく、又韜晦による相違――従つてそれによる偶然の一致――も予想されるのであるから、類似点の発見で問題は片づかない。むしろ鑑定の本当の仕事は、右の類似点が、同筆だからか、或は異筆のものが偶然一致したものか、又不一致点は異筆のためか偶然の所産かを判定することなのである。その判定の当否が鑑定の生命である。

その意味に於ては、一致点も不一致点も、筆跡鑑定上全く対等の重さを持つている。唯一個で同筆の根拠となる一致点があるかもしれないと同様に、唯一個で異筆の根拠となる不一致点があるかもしれない。つまり一致点が個性的特徴か、それとも不一致点がそうか、その双方につき検討を加えることが必要なのである。これは大変な事かもしれない。しかしこれなくしては鑑定結果は客観性を持たない。同一の判断の条件は一致的があるということだけでは不

充分で、不一致がないことが必要である。「町田、今村書」法は、これを見事に解決している。筆跡鑑定に科学性を確立しようと努力する者は、相違性有無の判断は避けられない仕事である。原判決もこのことは認めざるを得なかった。そして「四鑑定はこのことを充分斟酌した」という言葉で表面をとりつくろうとしている。しかしこれは明らかに誤りである。鑑定人等があげた相違点はほんの一部分にも足りないもので、且つそれさえも何故異筆の理由にならぬかについて、説明らしい説明もないのである。理由も示せないのに、どうして充分斟酌したことになるのか、鑑定人等の方法を、「町田、今村」法に比較すれば、その差は自ら明白であろう。

(4) 各鑑定人の挙げた筆跡の個性的特徴の不一致

このことは、前掲各図表を参照していただければ明瞭であろう。

鑑定人によって、筆跡の個性的特徴点が異るということは、あるかを示している。原判決はこれを鑑定の方法にすりかえているが、かりにそうとしても、鑑定人によってとりあげ方が違う程度の個性しかないという事実は否定し得まい。

これは特徴の質的な面であって、前記各鑑定人の言う筆跡の特徴点批判と相通ずるものである。

従って右を根拠にする鑑定が、客観性に乏しいものとなることは当然である。

(5) 以上の如き安易な鑑定人等の方法は、筆跡の対比についても表れている。鑑定人等は鑑定資料を相互に比較し、その間に一致点ありと主張するが、実際にこれを検討すると、所説に違うものが甚だ多い。今そのすべてにわたってこれを論ずる時間的余裕がないので、とりあえず遠藤鑑定を例にとってこれを指摘する。その他は鑑定書と証拠を対照すれば自ら明らかである。

遠藤鑑定人の鑑定方法は各資料中の同じ文字、又は文字の一部で同じ文字又は扁等を相互に比較対照し、その形状

力の入れ具合等の異同を検討するものである。同氏はその一致を説明するため、「第一筆を右下に撥し」、「曲筆転折」、「連続筆跡」、「上撥円折」等と大仰な言葉で種々力説するが、要するの形状等に類似点があるというに過ぎない。むしろ同氏撮影の拡大写真を見れば、実際の筆跡は同氏の説く所と可成り相違するものがあることが明らかである。

(イ) 同氏がその特徴が「完全なる一致」という「通」字の「マ」も、四号証の第二筆と、七号証のそれとは、左下之の曲がり方、次いで右に引く線の引き方が顕著に相違している。即ち四号証の第二筆は七号証に比らべ、曲り方が浅く右に曲ってからは、概ね素直に引かれているのに七号証は一旦右下に曲がり、続いて今一度横に曲り、且終筆部が下に曲がっている。

(ロ) 「に」の字に於ても同様である。第一筆は、四号証は五号証に比し丸味を帯び、二、三筆に対する長さの比率も遙かに短かい。又二、三筆の続き方も、下に折れる角度は四た感じであるのに、五号証は一旦右下に曲がって上にはねて又方向角度を示すという「コバルト線」は、何を基準として引いたものか不明（特に第二筆の始部より延ばした線）であって、児戯に類するものである。

(ハ) 「木扁」に於ても同様である。四号証は「第一筆を比較的大きく布置する特徴」があるが、八号証の第一筆はどうみても大きいとは考えられず、四号証は第三筆は起筆直後下に一旦曲がり、終筆が一旦止められ、第四筆が横から入っているのに、八号証は第三筆が下に曲がり気味に入り、終筆が第四筆に続いて、下から上に上っている。

(ニ) 「札幌」の二字については、遠藤鑑定人は、異則のあることを認めながら、これは七号証が韜晦による不自然な筆跡であるとして、別異の筆跡であるという個別性は全然認められないとしている。その理由は全然述べられてい

ないので、何故右異則が韜晦によると断定し得るのか明らかでないが、それならば逆に同氏が言う一致点は、韜晦による偶然の所産ではない事を証明すべきであらう。特に同氏の言う一致点とは、次のとおりむしろ相違点とも考えられる程不確かなものであるから、右の証明無くしては、同氏の所説はコジつけに近い。

1 「札」字の第一筆の曲筆する特徴は、鑑定人の言う「韜晦」もあり、特徴といえる程似てはいない。むしろ四号証は右下に起筆したのち右上に曲げて上げられているが、七号証の方は、右下に起筆したまま、直線に近い角度で終筆に至る。また長さも四号証は比較的長いのに七号証は普通の長さである（鑑定人は「木扁」について、第一筆を比較的大きく布置するのを特徴に上げているが、そうすればむしろ「札」の字については特徴は一致しないことになる）。五筆も四号証は曲線的で自然に右に曲つて終筆するのに七号証の方は直線が右に折れて終筆する。こうした顕著な差異が無視されて、何故「起筆軽く（？―疑問符は弁護人）抑へ、下に搶して其収筆を右に曲げ、下に抑へて（弁護人註、四号証は下にではないが）表出する特徴」が共通することになるのであらう。

2 「幌」字については鑑定人のコジつけは更に甚しい。「巾」扁の第二筆の収筆を上に巻く特徴が一致するというが、第三筆が上から入る以上、上以外に筆のやり場があるまい。これは万人共通の筆法といつてもよい位で、「特徴」というのは馬鹿々々しい事である。「第三筆を第一、二筆と同じ高さに起筆下に搶して作る特徴」とは何の事であるか。四号証の起筆は明らかに一、二筆より上に抜出ておるではないか。又「巾」扁の第三筆を「下に搶する」のがどうして特徴になるのであろう。それとも鑑定人は、第三筆を横や上に搶する者があるとでも言うのであらうか。「巾」扁はむしろ明らかにその形状が相違している。即ち四号証では第一筆は無いに等しく、第二筆は下に湾曲し、「冖」状に角をつけて下に折れるのに対し、七号証は長い第一筆があり、第二筆は「つ」

状に自然に曲げる。又その終筆も第一筆に近く、全体として「中」の字に近い感じであるのに、四号証は第二筆の終筆は第三筆に重なつており、二筆目の長い「ヤ」の字状である。「昱」部も四号証は第二筆の始筆が下から で、その終筆も左下であるのに七号証のそれは始筆は横からで終筆も横に近い。

(ホ) 「九」の字について鑑定人の言う所も事実に反する。第一筆の「大きく曲筆して下左に搶する」特徴は六号証の方のみであり、第二筆の形状や終筆（鑑定人は収筆を下に抑へるというが、六号証の方はそうでもない）が全く異つている。

(ヘ) その他の文字についても鑑定人の言うところは事実に反するコジつけが多いが、煩雑であるので、省略し、今一つの事例を最後に掲げよう。それは四号証と八号証の比較について掲げられている「道」及び「通」字の「辶」である。「辶」は先に四号証と七号証の対比につき、引用され、その特徴には、「辶を二筆によつて表出」、「収筆を軽く抑へて実現する」ことが掲げられている。しかし八号証の辶は、二筆であつても「乙」状に表現されれ、四、七号証で右下に搶して作られた第一筆は、八号証では小さな点として表されている。又終筆も「下に抑へて」ではなく、明らかに上にはね上げ気味であり、似ているどころの騒ぎではない。しかるに鑑定人は斯る差異を全く無視し、形状の一致があるというのである。四、七号証の対比につき鑑定人が述べたところが被告人の筆跡の特徴とするなら、同人の筆跡と断定した八号証の同じ字に、何故同じ筆法が現れないのか。それとも「辶」を二筆に表現するやり方に、被告人は幾通りもの方法を用いているとでも言うのであろうか。その説明なくしては、鑑定人の所説は客観的証明力を持たないものである。

原判決の言う「伝統的鑑定方法」の実態を明らかにするため、いささか煩雑であるけれども、一応の検討を加えてみた、が結局遠藤鑑定人の言う特徴の「一致」とは、気分的なものであつて、計測その他の客観的基準があ

るわけではない。従つて「一致」、「不一致」というのも、全く観察者の主観であつて、甚しい場合は、本件の如き牽強附会の結果となる危険を含んでいる。遠藤鑑定人の言う筆跡の特徴の「一致」とは、鑑定書の文中に存在するのみであつて鑑定資料中には存在しない。その他伊木鑑定にも同じ偽りがある。例えば第二の一五は、ノート中にはむしろそうでない書風が多い。むしろ大部分は違うといつてよい。(例をあげれば用の字であるが、一六枚目裏一二行目の額と同じ行の用は明らかに違う。又二枚目三行目の週や内も違う。)

宝月、高村鑑定も同様である。これ等の誤りは、鑑定人等の対照方法に、格別明瞭な基準がないことによる。又そのため訴訟関係人が、その当否を検討するのが困難である。この点からいつても四鑑定は客観性に乏しいという非難は避けられない。

(四) 結論

以上論じたとおり、四鑑定は、鑑定につき、格別客観的基準もなく、鑑定人の主観や勘で筆跡の類似点を個性的特徴にすりかえようとしている。その非科学性は、「町田、今村書」記載の方法に比較すれば、医学と呪術の違いに近い。裁判に呪術の占める席はない。原判決の言う「伝統的筆跡鑑定」は、鑑定の名にかくれて、あまりに長く、身の程を知らぬ所業を続けてきた。しかし「現在ではそのような鑑定は許されないし、一般の人々もそのような鑑定を承認するものではない。」裁判が斯る明白な科学的要請に応えなければ、裁判は「伝統的筆跡鑑定」と共に、科学の世界から追放されよう。

原判決を破棄し、無罪の判決以外に、科学的な立場を貫く途はないのである。

第三、原判決が戸谷鑑定を排斥した、違法

まえがき

本件は「筆跡鑑定」が、中心問題になつている。

この項の論旨は、結論として「戸谷鑑定」の提出した二つの論点、即ち、既成の「筆跡鑑定」が、非科学的であるとした部分と、筆跡計測による鑑定法の提唱のうち、特に後者の点について焦点をあてる。

そして、右の結論に至る、説明として、第一に、第一審、原審にあらわれた、裁判官の考え方（思想）を、明らかにし、批判を加える。この批判は、「誤判」の根本原因にも連なるものである。

第二に、右の批判の過程で現われた「権威」を盲信する態度、或いは追随する態度が「筆跡鑑定」だけでなく、他の鑑定にたいする、裁判所の共通の、一貫した態度であることを明かにする。

第三に、「権威」を盲信し、追随することが、如何に危険であるかを、美術鑑定の例に則して引用し説明する。

そして美術鑑定の真剣さ、または鑑定方法の近代化、前進の態度が、何故「裁判」にとり入れられないのか、「人権」よりは「財産」の方が大事だという思想がありはしないか、という問題を提起する。

第四に、以上の観点から、「裁判」の証拠方法、採証における近代化をはかるために、戸谷鑑定の提唱した方法を採用するべきであることを述べ、結論とし、原判決は、論理則、科学法則に違背し、本来「証拠能力」を否定さるべき四鑑定の採用は採証方則を誤つたもので、その根源は自由心証主義の逸脱による事実認定であるから、刑訴法第四一一条第三号に該当すべき事由があるので破棄を免れないことを述べる。

一、原判決の間違い

1　原判決は、被告人を有罪とした第一審判決を認容してしまつた。この根本原因は「筆跡鑑定」にたいする態度が決定的に間違つているからである。問題の所在を明確にするため、まず裁判の経過に現われた「筆跡鑑定」にたいする

検察官、裁判官の思想を摘記する。

① 第一審検察官は、「鑑定」にたいして無批判、無条件である。

論告によると、「三人の鑑定人とも異口同音に同一筆跡であると鑑定し、しからざるとの疑いを狭む余地は皆無にひとしい」（記録第二冊六七六丁）

これは、何故に多数が真理であるという説明は、皆無である。

② 第一審裁判官

第一審判決には、直接触れていないので、やむなく、他の箇所から見付け出さねばならなかつた。

左に、格好の例を引用する。

これは、鑑定人尋問に際して、弁護人と裁判官との間に交わされた問答である（傍線は弁護人が付したもの）

裁判官

「結論を求めているんで、経過の一部始終を詳細に記録の上に展開してもらう事が必要不可欠のものとは考えないと思います。これは刑事裁判に限らず、裁判上の鑑定の総てについてはある程度言える事と思う。いくらやつても限度の問題はあると思う。私共裁判上知りたいのは、一番大切なのは結論なんですから、それで鑑定人という特殊な知識、経験をもつている方に依頼している訳で、その方を信頼しないなら鑑定というものはなりたたない。……」

（記録第二冊五六一丁）

裁判官

ただその点になると、専門の知識、経験を持つていないと、たゞ形式的にこれは違うんでないかとしか言えな

いんではないですかね、――中略――

専門でなくてもですね、特殊の知識、経験がないと、

弁護人

その辺がですよ、そういうふうにいうとこうならないですか。裁判所も専門家ではない。それで鑑定人がこれは一致していると言えば、それを鵜のみにするという事になる訳です。

裁判官

鵜のみにはしませんがね、裁判所はどんな証拠が出ても決して鵜呑みにはしませんよ、証拠能力、これは認めますがね、それから先の信憑性は、これ又別個の訴訟法上の問題ですから。

弁護人

そうするとですね、専門家ならざる裁判所が、終局的には信憑性があるかどうか判断をする訳ですね。

裁判官

それはその材料だけでは判断しませんよ。

弁護人

そうでしようが、しかしそれ自身は心証のデーターではありますね。

逆に他の事実が疑わしい場合に、こつちから引張つて行つて、そつちの心証が出て来る事もあり得ると思うんです。それは心証の形成過程としてですね。そうなりますとこれは専門家のやつたものだから仕様がないのではないかということになつてしまうような気がするんです。

裁判官

そうは申しません、それは一寸行き過ぎですがね――

（記録第二冊五六四丁）

右の問答で、明らかなことは、結論から言えば、検察官と同じ態度であるが、さすが、検察官のように、露骨に、明白に言わないだけのことである。

要約すると、

① 裁判所が求めるのは結論である。

② 専門家が結論を出したのだから、専門家を信頼するしかない。

③ 専門家でなければ批判が出来ない。

④ 裁判所は専門家ではない。

裁判官の言葉を、論理的に、組みたてれば、右のような「思想」の表明になるであろう。

結局、裁判官は、〃専門家〃の下した〃結論〃だから信頼するというだけで、何が故に、専門家の結論だから信頼するという説明は、全然されていないのである。

では、〃専門家〃の結論だから、何で信用できるのだろうか、〃専門家〃は間違いをせずという〃真理〃でもあるのだろうか、

断じて否である。

この問題を「専門家」の方からみてみよう。

宝月鑑定人自身は、

「……筆跡鑑定の問題全般にわたる大きな問題（客観的な根拠を示すということ）なのでして、これは先程申し

た様に、機械的に黒か白かとはつきり出るものならば苦労もせず、私共も喜んでお引き受けするのですが、如何なる場合でもそういうことが筆跡鑑定には着いて廻るんですが、これは昔から筆跡鑑定の歴史を見てもそういうものはついて廻るんです。ですから信憑性がないと言われるなら、私共としてはこう信じます、という事を申し上げて退くより他にないという事になるのです。これはまあ筆跡鑑定の致命的な運命だと私は思うんでございます。非常に主観性が強いんでございましてね」

（記録第二冊五六五丁）

鑑定人自身が、主観性が強いことを認め、むしろ「致命」的だとも言つている。裁判官は、これでも、「専門家」の結論だから、信頼するしかないというのだろうか。

宝月鑑定人は、別のところで、「法医」の鑑定を例にひく。

そこで、法医鑑定に於ける上野正吉氏の示唆を引用しよう。

「法律によつて鑑定は学識経験ある者に当らせることになつているが、実際の鑑定人には文字通りピンからキリまである。その質の劣つている方のものを挙げると、自己の法医学に関する学識経験が足りないため、死体乃至は与えられた資料をオブジエクテイーヴに観察しても、確固たる自己の見解を形成することができないので、捜査官の言うところや被疑者や被告人が自供したという内容に合せて自己の結論を作り出す人である。真に力量のある人には捜査の内容でも何でも知らせてもいいし、又知らせるべきであるが、その類の人に知らせると、それをそのまま事実と思い、捜査の内容が、自分の観察した事実と合致するかどうかも確めずに、それに合せた回答を出すので危険なことになる。大体捜査官の言いなりに回答したとしても、悪くいつて七〇%は的中するであろう。従つて的中する点ではこの鑑定人は合格点に達しているかも知れぬ。しかし鑑定は的中するかしないかが問

題ではなく与えられた物体から如何なる点が真理であり、事実であるかを明らかにすることにあるのである。」

（同氏著法医学弘文堂S34・6・30初版十頁）

法医学の〝専門家〟たる上野博士の、表現は、必ずしも「法律家」的ではないが、専門家ということが、「信頼」される条件でないことを述べている。

ところで、専門家ならざる裁判所が、あえて専門家の判断を、「証拠」として採否を決しているのである。それは、訴訟上の権利なのだろうが、その「判断」は、一体何を〝基準〟にしてするのだろうか。

我々は、裁判官が、専門家でないのに、専門家の判断の採否を決する「基準」の説明をどう考えたらいいのか。

二、「権威」を振りかざす。「権威」に屈服する。

前記一で述べた問題点をさらに、別の角度から考察しよう。さらに、検察官の第二審の論告を引用する。

「四鑑定人とも現代日本の筆跡鑑定の最高権威であり、……四鑑定人の権威は正に尊重しなければならない。」「戸谷鑑定人は素人である（筆跡鑑定について）」「筆跡鑑定の対象は生きた人間の、癖のある文字で、計測も筆跡鑑定の一方法たること当然であるけれども、故意に筆を曲げ、或は種々の細工を講ずる等のことの多い本件脅迫はがきのようなものの鑑定には不適当である」

第二審の、検察官は、「権威」こそが、判断の基準であると明言した。権威があるから、尊重しろ、裁判の証拠にしろというのでは、まさに封建的、糾問訴訟である。

検察官の外がわの衣が、まくれて、内側につけた鎧がのぞいているといった格好である。

ところで、「権威」ということと、裁判官の言う「専門家の結論」だから信頼するというのとは、異口同音で同じことを言っているのではないだろうか。

我々は、「鑑定」が、信用できるか、出来ないかは、「権威」があるかないかで決める訳にはゆかない。裁判所に「権威」があるから尊重しろと叫ぶのは、「恫喝」にひとしい。

第一審の裁判官には、記録上「権威」に屈服したという直接の証拠はない。だが、原審の裁判官は、検察官から「権威」を尊重しろと開きなおられている。

そして、第一審の裁判官が、「専門家だから信頼するしかない」と述べた言葉は、同時に、原審の裁判官にも共通するる心理ではなかろうか、そして、この専門家という言葉を、権威という言葉に置きかえてみた方が、物事の本質に迫ることになりはしないか。

ことがらは、筆跡鑑定だけでなく、他の鑑定にも、共通していえる。

たとえば、法医学の「鑑定」が法廷に顕出された場合、検察官の論理は、自己の主張にそうものを「権威」で武装し、自己の主張に反するものを、その場合、その場合で、攻撃するのである。

法医学の鑑定問題で、左の事件を引用して例証してみよう（但し、事件の内容に立ち入る訳ではない）。

丸正名誉毀損事件（被告人正木亮他一名）では、被告人弁護人が申請した「鑑定」は、被告人の主張を科学的に裏付ける内容をもっていた。

これに対して反論した検察官の「論告」が、本件にも適合する個所がある。

① 権威をもち出す。

検察官は、本鑑定に対する「反論」として法医学者の「意見書」を法廷に持ち出したのであるが、曰く「斯界の権威である古畑種基氏に問合せたところ、同氏がその任に極めて適した人として推薦したのが、……教授である」云々

検察官は、ここで「権威」を振りかざし、また「権威」が貸借できるものだと言っている。

② 弁護人の鑑定人は直接「現物」に当つていない（局外者とまで言わないが、批判者よりも直接担当したものの意見を高く評価せよということか）

右の引用は、一事例で、他にもあることだが、検察官が、「権威」ということを述べ、裁判所に迫り、本件では「戸谷鑑定人は素人」だと迫るのは、論理とか法則とか科学性を全く無視し客観的な役割は裁判所を自己の「権威」（検察官の）で、支配しようとする意図になるのである。

裁判官が、「権威」に対する無批判な追随をやめ、本当に独立した立場で、あらゆる「権威」に屈しない態度をとるべきである。

だが、現実の事例は、人は専門外のことになると、「権威」否、借りものの「権威」にすら瞞着されることを発見する。

裁判もその例外ではない。

三、美術鑑定における「権威」

1 美術品の鑑定は、一つの側面では、「筆跡鑑定」を包含する。また、美術品における、真贋問題は、「権威」ということが、如何に我々を錯覚させるかの事例を豊富に持つている。

ところで美術品に対する潜在需要はたいへんなものである。どの近代国家をみても、芸術品に対する蒐集と管理のための費用は、相当の額にのぼる。一方真作は限られている。

日本の場合には、特にこれに「流行」が加わるだろう（世界的な意味においてもあるが）。

「南画」には昔から偽作が多いとされているが、なんかのきつかけで「南画」がもてはやされると、「南画ブーム」になり、需要を増せば、必ず偽作が作られる訳である。

昭和二十六年の「ピカソ陶器複製品」のことも、そうである。戦中、戦後にわたる美術の鎖国が、破られ、サロン・ド・メ展、ピカソ展、マチス展が開かれ、まさに泰西名画の流行となつたのである。このような時に、ピカソの陶器の複製品が、ピカソ自身の作品としてまかりとうる余地は充分にあつたのである。そして、著名人が、大枚をはたいて、購入したという話が伝われば、その人の権威というか、名声によつて「社会的評価」が形作くられるのである。

そして、こんどは、これを意識的に適用したらどうなるだろうか。

刑事事件になつた、有名な「春峯庵事件」は、「権威」を利用した意識的な、「贋作登場事件である（以下芸術新潮一九六五年二月号一二三頁以下、肉筆浮世絵の怪、白崎秀雄）

一九三四年（昭九）五月十二、十三の両日、芝の美術倶楽部で「春峯庵什襲浮世絵展観入札」なるものが行われた。札元は倶楽部役員の川部商会、荷主との仲介者は上野の浮世絵商の老舗清水源泉堂。これより先、各新聞は一斉にこの売立を報じ、たとえば四月二十六日付朝日は、「珍らしや、写楽の肉筆現る」とかく。「日本にたつた一枚しかかつた写楽の肉筆は大震災で灰になつたが、此程大作二点が旧大名の秘庫から発見され（中略）同時に諸大家の肉筆十七点も発見された。」「笹川博士語る。秘蔵されてゐるのは某大名華族で春峯庵と号されてゐる。十九点の肉筆は写楽を初めいづれも得難い珍品揃ひで、評価は合せて十五万円から二十九万円のものではないかと思ふ。」

笹川臨風博士は当時東洋大学、駒沢大学などの教授で、浮世絵の最高権威とされていた存在。四月中には「春峯庵華宝集」と「春峯庵什襲浮世絵展観入札図録」という二種類の前例のない豪華図録が刊行され、趣味家や美術商関係に配られたが、その序文に笹川博士は次のように書く。

「これほどの大作名品が今まで深く埋蔵されて其道の人にも知られなかつたのは、まことに奇蹟といはねばならない

（中略）浮世絵はかつて版画に於てのみ其声価を有して、肉筆画の真価が認識されて、隠れたる肉筆画は次第に世に現はれ、之を愛蔵する者も多くなりて、市上の価格は驚くべきほどに昂騰した。或は展観に或は売立に、肉筆画の名品も少からず陳列されて古美術と比肩するやうになつたが、春峯庵蔵弃の如き巨幅大作は甚だ稀である。春峯庵の名宝一たび出でて浮世絵界は此に新しい紀元を画すに至らう。」

入札の当日は関西からも趣味家や商人が集まつてすこぶる盛況だつたが、まもなく贋物だという噂がひろがり始めた。前記のような贋作技法に目のきく研究家や商人が気づいたのである。表具師の中には表装から贋作を嗅ぎつけた者もあつた。伝世の古画に仕立てられる贋作は、㈠絵を真作らしく描く、㈡描いた絵をいためて古びをつける、㈢もつともらしく絵を表装する、という三つの作業が不可欠である。㈢のためには古い軸や屏風の絵をはいだり切つたりして応用するのだが、南画には珠珍や綸子、美人画には緞子・金襴と用法がきまつている。裂地があつても寸法が合わねば使えず、なかなか適切なものを探し出すことは容易ではない。ために、春峯庵の絵にはやむなく綸子を用いたものや、表装の上と下とでちがう裂を使つていたものがあつた。とくに「大名華族の秘蔵品」などには、こういうことはまちがつてもないものなのである。

かくて、五月十四日の入札で総価格二十万円のうち九万円が売約ずみになつていたのが次々にキャンセルされ、ついに売れたのは二千四百円ということになつてしまつた。五月二十三日、朝日は以下のように書く。「幽霊名門で釣り、ニセ逸品売立、一流学者や鑑定家を担ぎ」「先づ八万円で骨董商が買ひ受く、悪用された偽作画家」「二十一日、飯田町の大神宮職渋谷吉福以下関係者七名を警視庁に留置取調べてゐる。この犯罪は渋谷が一昨年六月頃から思ひ立ち、画家の下谷区黒門町に住む矢田千九郎の息子二人に制作を依頼、これを表具師の千九郎が各時代別に表装、貴重な浮世絵が出来たわけで、渋谷はこれを骨董商小松悌八他二名に売立れば儲ると云つて八万二千円で売渡し、〝春峯

庵〟なる架空の名門を作つて計画を進め、本年三月権威者笹川臨風・大曲駒村・野口米次郎氏等を招待、笹川博士等は非常に感心してその推薦を引受けた。」

矢田三千男氏が本誌五七年十二月号に発表した手記「真説・春峯庵事件」によれば、笹川博士は推薦に当つて五千円の謝礼をうけとつていたとのこと。また、まもなく首謀者の一人として金子孚水氏が検挙された。矢田手記では、要約すると、金子氏がプロデューサーで、矢田三千男氏がディレクター、矢田修・金満の兄弟が贋作の筆者ということになつている。実際の結末としては、笹川博士は最高権威の座から完全に滑り落ち、金子氏と修氏が刑を科せられた。―以下略―

春峯庵事件は、結果として、二千四百円しか売れなかつたということになり、余りにも早くから、底が割れてしまつた訳であるが、この事件で、偽作登場の典型的事例がうかがえるのである。

新聞が書きたてたのは、大家笹川臨風博士――浮世絵の最高権威――が、推しているという単純な理由である。従つて、笹川博士そのものの権威が、浮世絵が、真作か、偽作かの判断を回避してしまうのである。

では、笹川博士は、どうしてこういうものを推したのか、笹川博士は、骨董商たちが推していたからだということになりはしないか、その骨董商たちも、持ち込んだ人間たちが推したからか、或いはそう思い込まされたのではなかろうか。

かくて世人は、新聞が書き、笹川博士のお墨付きということで、信じて疑わぬということになるのである。

つぎに有名なオランダのファン・メーヘレン事件を検討してみる（以下の記述は注一の著書による）。

この作品（贋作）を最初にみたのは、オランダ美術の高名な研究者A・ブレディウスで、ブレディウスはデルフトの画家フェルメールのもつとも重要な作品のひとつだと激賞し、つづいてアムステルダムの画商の手を経て、ロッテ

ルダムのボイマンス美術館長ハンネマ博士も、もちろん、これをフェルメールの新発見の作品として購入し、この美術館に七年間、展示した。

メーヘレンの偽作は、後に述べるように、「偽作」としても、傑作であつたし、本来のフェルメール作品の系列の盲点をついていたという事情があつたにせよ、最初の美術の研究者が、激賞したということは、メーヘレン自身、大いに、「利用」しただろうし、ボイマンス美術館長が、鑑定する際に「自分より前に、研究家が、鑑定している作品だから……」、フェルメールの作品なのだろう……」という心理が働かなかつたという保証は、全然ないとは言えないであろう。

我々の記憶にも新しい「永仁の壺」事件は、作者の加藤唐九郎が、自分の作であると公表した。しかし、国立文化財の委員？　の何名かは、これを「古瀬戸」だと判定し、専門家がそう判定するのだから、間違はないだろうというような、「考え方」が、一般に流布されていたことは事実である。

我々は、専門家も、だまされるのだと変な同情心を起す前に、「権威」が利用され、「権威」という名の錯覚で物事を判断してはならないという教訓をくみとるのである。

2　だからこそ、美術品の世界に於ける、真贋の判定は、まるで真剣勝負である。その意味では非常に実戦的ですらある。真贋論争は、いよいよ盛んになり、偽物と鑑定との戦いは、いよいよ高度になつている（芸術新潮一九六四年一月号、真贋①鈴木進）

何故だろうか、

中心は、真実こそ尊重すべきであり、「偽物」という人間性の冒読に対する行為に対する排除であろう。だが、事柄はそれだけではない。前に述べたように、真剣勝負であり、実戦的という意味は、「財産」としての評価である。

財産的価値をめぐる、血みどろの争いがあるからこそ右のような言葉のひびきも出てくるであろう。

美術の鑑定家たちは、従つていろいろな教訓をくみとつている。

その一つは、出所を徹底的に追究することである。偽作には、必ず「出所」のあいまいさがつきまとつているからである。美術商や鑑定家は、又、その美術品の、隅から隅まで調べようとする。まさに、真剣勝負だからである。

前記春峯庵事件では、表具師たちが、表装のずさんさから、偽作のにおいをかぎつけた。

メーヘレン事件にしてもしかり、永仁の壺にしてもそうである。

出所のあいまいさを徹底的に追究することは、実戦家たちの尊い教訓だつたのである。

だが、それだけではまだ充分ではない。

どうしても、作品そのものにたいする調査法を確立しなければならない。

近代科学が応用され、新しい発見、発明はどんどん利用されていつたのである。

永仁の壺は、人間のカンが当てにならないことを螢光線X線分析法という科学による、材質の試験で明かにした。つまり古瀬戸なら含有しているはずの「物質」が、加藤製永仁の壺にはなかつたのである。

前述のメーレン事件も、最後には、科学検査の方法によつて軍配があげられたのである。

ロスアンゼルスに住む美術の収集家ウイリアム・ゲッツの「ゴッホ」の作品に、かけられた、アメリカのTメン（財務関係の調査をする役人）たちの活躍も、科学的鑑定が、鑑賞的鑑定に対して優位を占めた例であり、前記のメーヘレン事件とならんで、真価を発揮している（注二、芸術新潮一九六四年十二月号一三四頁、久保貞次郎、鑑定の先達・狩野亨吉による）

そして、もと、旧制一高の校長をつとめ、のちに京都大学に転じた狩野亨吉が、提唱した「科学的方法に拠る書画