被告人の司法警察員に対する弁解録取書、被告人の司法警察員に対する第一回供述調書、被告人の検察官事務取扱検察事務官に対する第一回供述調書各一通の取調を求め、裁判官はこれを全部採用したので、検察官は右書類を前記の順序に従い朗読し、証拠調をしたこと、及び第二、三回公判期日に右窃盗の事実に関する証人横山清治等を取調べたことは明白である。そして被告人は窃盗については逮捕以来否認しているのであるから自白調書は存在しないのであり、前記弁解録取書以下の被告人の供述調書はいずれも判示第二事実に関する自白調書であつて窃盗の事実に関するものでないことは原判決説明のとおりである。従つて判示第二事実について補強証拠を取調べた後に前示自白調書を取調べているのであるから刑訴三〇一条違反の問題は生じないのである。論旨は判例違反を主張するが引用の判例は本件に適切でないから所論は採るを得ない。

被告人の上告趣意について。

論旨は窃盗の事実につき証拠の取捨判断乃至事実の誤認を主張するもので適法の上告理由とならない。また強制拷問の主張についてはそれが判決に影響を及ぼさないものであること弁護人の論旨第二点において説明したとおりである。なお記録を調査するも本件につき刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて刑訴四〇八条、一八一条により主文のとおり判決する。

この判決は弁護人宗宮信次の上告趣意第一点について。

裁判官栗山茂の意見は次の通りである。

弁護人宗宮信次の上告趣意第一点について。

私は罰条の違憲性を上告趣意で初めて主張する本論旨は、次の理由で、不適法として棄却さるべきものであると思料する。

起訴状には、訴因を明示して公訴事実を記載し、且つ罰条を示して罪名を記載しなければならないとされている。(刑訴

二五六条)このことは、検察官は、被告人の行つたところを訴因に明示したような事実として把握し、その事実が立証されれば罰条として示した刑罰法規に該当するから、被告人の行つたところを裁判所に対し、右罰条にあたる罪として処断を求めるものであることを起訴にあたり明確ならしめ、被告人をして自己の行つたところの如何なる事実が如何なる罪として起訴されたかを知らしめ、これに対する被告人の防禦権を保護しようとしたものである(刑訴二五六条四項に罰条の記載の誤は「被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞がない限り」公訴提起の効力に影響がないとし、又同三一二条四項に訴因又は罰条の追加又は変更により「被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞があると認めるときは」被告人に充分な防禦の準備をさせるため必要な期間、公判手続を停止しなければならないとしているのは、このことを示すもので法は訴因又は罰条の明示によつて被告人に充分な防禦の手段を講ぜしめようとしていること明らかである。)それ故、訴因と罰条とは、一応裁判所を拘束し、審理の経過につれて立証されたところと訴因に明示されたところとにくいちがいが生じても、裁判所は原則として、検察官の請求により又は職権で、訴因又は罰条の追加又は変更を許し若しくは命ずるのでなければ(刑訴三一二条)、訴因に明示された以外の事実を認定し、又は罰条に示めされた以外の罰条で処罰することはできないのである。この意味において、訴因と罰条とは裁判所の審判の対象となるものということができる。そして裁判所は、職権で訴因又は罰条の追加又は変更を命ずることができることは前記のとおりであるけれども、それは審判の請求を受けた公訴事実の同一性を害しない限度に止まるのであり(刑訴三一二条一項)、罰条の追加変更といつても、起訴状記載の訴因又は右限度で追加変更された訴因に適用すべき罰条の追加変更を命ずるに過ぎない。そして右罰条の追加変更により罰条を調査しなければならないが、それとても、起訴状に記載された罰条が起訴状の訴因又は右限度で追加変更された訴因に適応しなくなつたか否かを調査して、これに適応する罰条を選定するに止まり、その罰条が、憲法に適合するか否を調査するものではない。故に罰条の憲法適否は、当事者から違憲の主張のない限りは裁判所の職権調査の範囲に属しな

三月一八日判決　昭和二六年(あ)第四六二九号

いと解すべきである。又裁判所が犯罪事実を認定し自ら罰条を適用する場合でも、その罰条が既に最高裁判所で違憲と判断されたものでない限り、当事者から主張がないのにその罰条の憲法適否を判断すべきものでもない。何となれば、すべての法令は制定と同時に合憲の強い推定を受け、(Bouvier の法律辞典でも、「法律の合憲性については常に推定が存在する。その反対を主張する当事者は明に立証しなければならない」と言つているように合憲性の推定はアメリカでは通説である。)これが訴訟において争われ最高裁判所で違憲と判断されるまでは、合憲な法令として、行政府並に一般国民のみならず裁判所をも拘束する力を有し、裁判所も違憲の主張のない限りはこれを合憲のものとして、これに従わなければならないのであつて、およそ憲法に適合しているか否かわからないような、あいまいな法令によつて起訴されたり又は治者も被治者も支配されるというような考え方は、法の支配の根本精神に反するからである。そして検察官は合憲のものとして罰条を示し、これによつて処罰を求めているのは当然であるし、被告人も防禦方法として、その違憲性を争わないのに、職権で罰条の憲法適否を判断するのは、審判の対象の範囲を逸脱するもので、違憲法令審査権の濫用である。この理は控訴審においても同様である。なる程、控訴裁判所は控訴趣意書に包含されない事項であつても、刑訴三七七条乃至三八三条に規定する事由に関しては、職権で調査することができるけれども(刑訴三九二条二項)、それは第一審裁判所が前記審判の対象の範囲内でした、第一審判決に関連し、第一審の審判に刑訴三七七条乃至三八三条に規定する事由があるか否かを調査し判断することができることを示したもので、第一審で被告人が罰条の違憲性について主張していない以上、右憲法適否の点は第一審裁判所の審判の対象の範囲外のことであること前記のとおりであつて、右罰条の憲法適否の判断は、第一審判決には含まれていないのである。故に控訴裁判所は職権を以つても、右罰条の憲法適否については審判権を及ぼし得ないものといわなければならない。そこで、罰条に関する法令の適用に誤があつて、その誤が判決に影響を及ぼすこと明らかであることを理由として、控訴の申立をした場合(刑訴三八〇条)を考えて見ると、第一審で罰条が違憲であるとの主張がしてない限り、右法令

の適用の誤とは、第一審判決がした右罰条の解釈適用の誤に帰し、その罰条の憲法適否の判断は含まれていないのである。従つて罰条の合憲か否かは、第一審で当事者からその違憲性の主張があつて、第一審判決がこの点について判断をした場合に限り、刑訴三八〇条の控訴申立の理由となるのであるから、第一審判決の適用した罰条の違憲性を控訴審で初めて主張することは、刑訴三八〇条にも拘らず不適法であり、又刑訴三八〇条に規定する事由は職権で調査することができるとしても、右罰条の合憲か否かは職権でも調査し得ないのである。以上説明したように罰条の違憲性の主張は、訴訟の早い段階で主張さるべきもので、控訴審で初めてその主張をするのは時期に遅れたものといわなければならない。しかし控訴審でも訴因又は罰条の追加又は変更ができるとすれば(刑訴四〇四条)、当事者はその際初めて控訴審で罰条の違憲性を主張することができると解してもよかろう。しかし本件においては、第一審では勿論、控訴審ですら罰条が違憲であるとの主張はされていないのである。従つて、原審控訴判決は、当事者の主張によつても又職権によつても、罰条が憲法に適合するか否かは判断していないのであり、従つて右罰条に関しては憲法の解釈は何等していないのである。それ故当審で被告人が初めて右罰条が違憲であると主張しても、それは刑訴四〇五条にいう、高等裁判所がした判決に対し憲法の解釈に誤があることを主張するものには当らないこと明らかであつて、かかる上告趣意は不適法として排斥さるべきものなのである。(なお刑訴四〇五条に「憲法の違反があること」とは高等裁判所の審判の手続が憲法に反する場合であつて以上の説明はこの場合に関するものではない。)

そもそも、司法権の発動として法律上の争訟を裁判する(裁判所法三条)とは、審判の対象即ち争訟となつていない事項については審判権を及ぼし得ないということである。つまり司法裁判所は、現実の争となつていない事項について抽象的に判断した り意見を述べたりできないのである。このことはさきに昭和二七年一〇月七日言渡した当裁判所昭和二七年(マ)第二三号日本国憲法に違反する行政処分取消請求事件について当裁判所も「我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予

想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行いうるものではない」と判示しているのである。而してこの理は事件それ自体が何等具体的争訟を含んでいない場合であると、争訟事件を処理するに当つて或る事項がその事件の審判の対象たる争訟となつていない場合とにより変りはないのである。されば裁判所がもと合憲として制定された罰条に当事者から何等違憲の主張もないのに裁判所が職権でその合憲性の調査判断をするのは、傍論としてはとにかく（しかし本件多数意見は傍論として判断を示しているとはいえない。傍論は既判力を生じないから傍論としてならば本論旨を不適法として排斥した上で示すべきであるからである。）争訟がない事項を審判の対象として、それに抽象的に判断を加えるということに帰するのであつて、多数意見は前記当裁判所の判例とも自ら矛盾するものと言わざるをえない。私はさきに同趣旨の意見を大法廷判決において（昭和二五年(あ)一五四五号同二六年七月一日言渡。判例集五巻八号一四二一頁以下）述べたのであるが、この問題は違憲法令審査権の根本に通ずるものであつて且裁判所は軽々に職権で法条が合憲か違憲かなどと調査すべきものでないと思うので、この機会に重ねて詳しく述べたのである。

昭和二八年三月一八日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　田中耕太郎
裁判官　霜山精一
裁判官　井上登
裁判官　栗山茂
裁判官　真野毅
裁判官　小谷勝重

裁判官　島保
裁判官　斎藤悠輔
裁判官　藤田八郎
裁判官　岩松三郎
裁判官　河村又介
裁判官　谷村唯一郎
裁判官　小林俊三
裁判官　本村善太郎
裁判官　入江俊郎

被告人の上告趣意

私儀昭和二十六年十月九日仙台高等裁判所秋田支部において古物營業法違反被告事件にて懲役一年の判決を受けたる処、その刑に對して不服として上告に及びましたが、その理由として趣意書を提出致します。今回の事件に就ての控訴の目的は控訴趣意書を御參照下されば御解察のことと存じますが、私としても控訴審における処の裁判進行は異議はありませんが、私の判斷に苦しむのは、証人として出頭致した今武四郎の供述が一審において偽証し、二審にて判然として窃盗事件当時の模様を解決濟であることを眞実である旨を証言致したことによつて、私と島田との関係当時島田より指定されて受取りに行つたものであり、それが間違であるような事になつたという事の眞相、又今回の事件にて越田、本間、今、証人の私に對する処の拷問の模様を私の供述に對してその事実はないとあく迄偽証致したのですが、私との對談によつて裁判長或は傍観者からみても、証人の醜態又言語においても明らかに拷問の事実が明瞭になつた事と思考致していたもので、私としては証人の偽証を眞実として裁定するならば、私の方としても裏付を提出してその模様を明らかに致すと供述した処、それでよしとのことであつたにも拘らず、判決ではそれも認められず且間違つてあのようなことになつた事についても被害者側からみれば証言によるような観点からみるのが当然で、これもその方の証言よりの判決になつたように存じます。

私は決して窃る気持でなかつたもので、当時関係者島田を今武四郎が出頭させ、私が指定品と似通品であつたため間違つたものであるという事がわかり、検察官としてもその眞相が判然としたので勾留もなく解決したものです。

今回のことに對しても、係検事が不起訴としたものを警察ではそのまま留置し、福士[illegible]務官に對してなんとか出来ぬか、起訴してくれとたのんだ処、鑑札がなくて仲介をしているから古物營業違反で起訴してやるといい再度留置し、これ位のこ

とでは罰金だから二年前の事件をつけてやるといつて起訴した結果がそのようになつたものであります。

私は書類上では当局で度々取調べられたようになつておりますが、その都度潔白であるにも拘らず如何にも悪思想の持主であるように発表せば、今回のようにその観点より判定されるのが当然と思います。私は仲介は否定致しません、而しこの仲介も悪意でしたことでないということ如何なる趣旨のもとに致したのか、色々の私としての潔白供述は不起訴とした川嶋檢事が一番了知なのであり、この書類は起用されてはいません。私はこのように二年前解決濟の事件と不起訴事件を併合されて起訴になり、二審において窃盗は解決により潔白であつたことを、今証人の証言で解り拷問の事実も明らかになつたものをこの判決になつたもので裁定の不可解に煩悶する次第です。

このように誰がみても私が当時潔白であり、拷問の事実が明らかであるのにそれを認めぬというのでした。

これは正しい裁判における憲法違反であると存じます。私を起訴致すにあたつて係事務官と警察の川嶋檢事と私に對する陰謀的行為その結果として新聞社の抱込戦術、私への拷問に對する発表を恐れて各種委員会の抱込等、私は自尊心を傷けられ右耳は全然聽き取ることの不可能に迄された現在（拷問の模様控訴趣意書参照下さい）。

この上は貴裁判所の正しい裁定を心から願い上告申上げました。右趣意書と致します。

以上

弁護人宗宮信次の上告趣意

第一点　原判決は、被告人が公安委員会の許可を得ずして古物営業をなしたる故を以て古物営業法第六条、第二十七条に問擬して被告人を処罰した。しかしながら営業選択の自由は憲法第二十二条の保障するところである。人がその生活を維持するため欲するところに従つていかなる職業でも選び、私経済的活動をなす自由は、行政権によつて制限、拘束し得べからざるものである。古物営業法の、公安委員会の許可なくして古物商をなし得ずとし、許可なくして営業をなした者を処罰する法条は、行政権によつて営業選択の自由を拘束、制限するものであつて前示憲法に違反する。かかる違憲立法を適用して被告人を処罰した原判決は破棄すべきである。

第二点　被告人の控訴趣意書に依れば、「私を拘束してより警察の訊問は、自己の弁明は絶對許されず、疑惑と憤怒との交錯した取調でありました。その取調の方法として一室に閉込め、各窓には外部より見えぬ様にカーテン紙など張り、板の間に正座させ、三名の係官が交替で暴行、その時間四時間位三日にわたり、兩腕は傷痕で青褐色に変る程、又眼の打撲による痕色十日以上、右耳は現在になるもかすかにより聽きとることの不可能にまで拷問す。それでもたりぬ今度は精神的に苦しめてやると稱す。手錠、腰縄を打ち、市内を巡回させ、貴様のこの姿を妻や子供に見せてやるといい、自宅の道路中央に起立させるなど、実にその峻烈極まる行為は、私刑的制裁としか思われません。そのため子供の心まで傷け、学校にも行かぬ有様になりました。檢事勾留中も連日の如く、この苦しみをあたえ云々」と原審に愬えた。之に對し原審判決は、「しかしながら、当裁判所において取調べた証人今武四郎、白濱三二、越田時雄及び本間鐵雄の供述によると、被告人は弘前市警察署に於て本件につき取調を受けたとき何人からも強制、拷問、脅迫などにより自白を強要された事実のな

いことが明白であり、また被告人の司法警察官に對する弁解錄取、供述調書などを精査するも、その供述の任意性について疑を生ぜしめるような点は発見できないから右の控許趣旨は到底採用の限りでない」と判示している。

然しながら記錄を精査するに、(1)原審証人本間鐵雄巡査の証言に拠れば（記錄二六四頁裏以下参照）、「白濱警部の命令で私と越田刑事と補助刑事二男と三人で眞鍋の家に連れて行つたことはありました。（問）どういうわけで被告人を家に連れて行つたのか。（答）調べが終つてから白濱警部が、自轉車一台が被告人の家にあるはずだから被告人の家に連れて行つて確認してくるように、又被告人は外にも自轉車を買つている筈だから通り筋にある自轉車店を調べて来いと命を受けたので連れて行つたのです。（問）それで被告人の家に行く途中にある自轉車店を調べたか。（答）調べました。（問）自轉車店何軒を調べたか。（答）四軒に寄つて調べましたが、被告人から自轉車を買つたという店はありませんでした。（問）被告人の家には自轉車が一台あつたか。（答）ありました。（問）その自轉車は贓品か。（答）左樣です。それは後で被害者が出て判りました。（問）その自轉車は被告人の家の何処にあつたか。（答）家の中の奥にある便所の奥の方にありました。その外にも自轉車が二台程あつたようです。（問）その自轉車が贓品であることを被告人は認めたか。（答）その時は或る者から買つたと申立てましたが、盜難届が出たので贓品であることが判つたのです。（問）他の二台の自轉車も被告人のものであつたか。（答）それは被告人のものでなく大家の自轉車でしたので署には持つて来ません。（問）その時被告人の家には誰々がいたか。（答）被告人の妻と大家と、他の借家人が居りました。（問）そこで証人等は被告人が恥かしい思いをするようなことをしなかつたか。（答）被告人には補助刑事をつけて被告人の家の前の所に置き、私と淺田刑事が家の中に入つて調べて歸つたのです。（中略）（問）被告人の家に着いてから被告人に何か尋ねたか（記錄二六七丁裏以下）、（答）何も尋ねません。（問）それなら被告人を家に連れて行つた意味がないね。（答）被告人の家に行つて自轉車の所在が判らないときに、何処にあるのかを尋ねるために連れて行つたのでしたが、大家に尋ねたらある場所がすぐ判つたのでその必要がなかつたのです。（問）自轉車は車体が大きく何処

にでも置けるというようなものでないから、被告人を連れて行く必要はなかつたように思うがどうか。（答）白濱警部はどう考えたか知りませんが、私等は白濱警部の命で連れて行つたのです。（問）証人等は自轉車店四軒に寄つて調べたというが、賣りに来たかどうかは寫眞で調べるのではないか。（答）白濱警部から、ついでに自轉車店に寄つて調べて来いといわれて寄つたのです。」とあり。又誰が被告人を調べたかとの問に對し（記錄二六三丁以下）、同証人は白濱警部、今巡査部長、本間刑事、越田刑事等が、合同又は各別で調べた趣旨の証言をしている（その他越田刑事の証言二六一丁、今武四郎の証言二三六丁以下の同趣旨の証言参照）。

すなわち前記引用の証拠によれば、被告人が控訴趣旨書で記載する如き、今度は精神的に苦しめてやると稱して手錠で市内を巡回させ、貴様のこの姿を妻や子供に見せてやるといつて自宅の道路中央に起立させるなどの行為がなされたことを窺われ、且贓品を捜査するために被告人方の家宅捜索がなされたことが認められる。被告人の主張する三名の係官が交替で暴行の事実については、直接の証拠は記錄になきも、拷問を加えた警察官を証人として呼んだ場合、暴行、脅迫を加えて調べたと証言する警察官のなきことは經驗上裁判所において顯著な事実であつて、白濱警部、今部長、越田、本間の兩刑事及び補助刑事の四、五名が合同又は交々取調べた前記証拠から見て、当時の状況の凡そを窺い得られ、被告人の控訴趣意書の記載が僞に非ざることを推認し得る。之に依つて之を見れば、本件では憲法第三十六条の禁止する公務員による拷問が行われ、又憲法第三十五条に違反して令状なくして被告人の住宅、所持品を捜索したものといわねばならぬ。

又被告人が勾留状により勾留の執行をされたのは昭和二十六年三月五日である（記錄六七丁参照）から、それから十日以内に公訴を提起しないときは被疑者を釋放しなければならない筈である。然るに本件の起訴は勾留の執行より十九日を過ぎた同月二十四日に行われたるを以て、刑訴二百八条第二項により特にその間に裁判官が期間延長の決定をしなければならないのに拘らず、本件記錄中には裁判官の右期間延長の決定書を見ない。して見れば本件被告人に對する最初の勾留

は、被告人を釋放しなければならないのに拘らず繼續して違法に勾留したものである。既に最初の元の勾留が不法である以上、同年五月二十三日附でなされた勾留更新決定も凡て釋放せざるべからざる被告人を不法に勾留した違法の決定たるに歸し、被告人は憲法第三十一条に違反し、法律の定める手續によらずして自由を奪われたものといわねばならぬ。

仍つて原判決の当否を按ずるに、不当に長く抑留拘禁されたのちの自白は当然任意性なしとせられるに鑑みれば（刑訴三一九）、勿論解釋として、不法勾留中の被告人の供述の如きは、公廷における供述たると否とを問わず、当然任意性なしを認めらるべきものである。また被告人が警察において不法な捜索並びに拷問を受けつつ檢察事務官に調べられたその調書の如きも、その任意性が疑われることは言を俟たない。然るに原判決の引用する第一審判決の事実は、かかる任意性の疑われる檢察事務官の調書、被告人の公廷の供述に拠つたものであるから、かかる違法な証拠に拠つた第一審判決が違法たるとともに、違法に確定された第一審判決の確定事実に依拠した原判決も亦違法といわねばならぬ。そしてまた原審自身の訴訟手續も、不法な被告人の勾留手續を以て行われた違法があること前述の如くである。之を要するに本件における憲法違反行為は原判決に影響あるを以て、原判決は破棄すべきである。

因に、原審判決には、前記の如く「被告人は弘前市警察署に於て何人からも拷問などにより自白を強要された事実なきことが明白であり、また被告人の弁解錄取書、供述調書を精査するも供述の任意性を疑わしめるものなし」と說示しあるも、前記引用の証人本間鐵雄等の証言並びに本件記錄によれば拷問が行われ、不法の家宅捜索が行われ、刑訴一九六条に違反して被疑者の名譽が蹂躙され、不法勾留が繼續され来つたことが却つて明白である。又被告人の弁解錄取書、調書などに、拷問によつてこれを錄取したと書かれるためしなきを以て調書の調査で非任意性が発見できないから拷問がなかつたと斷言し得べきものでない。隨つて原判示の說明は本論旨に答えるものでない。隨つて原判示は本上告論旨の提出を毫

も妨げるものでない。

第三点　原判決は控訴趣意第二点について、「原審（第一審）は右窃盗の事実に関する限り犯罪事実に関する他の証拠を取調べる前に右の被告人の弁解錄取書など三通の書類の取調をなしたことが明白である。しかしながら刑事訴訟法第三百一条は、事案について裁判官に豫斷偏見を抱かしめないようにする目的から自白調書の証拠調請求の時期に制限を加え、被告人の自白調書は犯罪事実に関する他の証拠が取調べられた後でなければその取調を請求することができないと規定している。而してこの規定によつて檢察官の証拠調請求が制限を受けるのは、その調書の内容をなす被告人の供述が犯罪事実の自白である場合に限定されることは明文の示すところである。したがつて裁判所が右の規定によつて証拠調の時期に制限を受けるのも、右の如き自白調書についてのみであり、被告人の前科その他の不利益を事実の自認を内容とする調書についてまでは、斯くの如き制約に服しないものと解すべきである（中略）。以上の通りであるから原審（第一審）が右(一)乃至(三)（被告人の司法警察員に對する弁解錄取書、第一回供述調書、被告人の檢察官事務取扱に對する第一回供述調書）の書類を犯罪事実に関する他の証拠の前に取調べたとしても、刑事訴訟法第三百一条に違反するものでもなく、その訴訟手續が法令に違反するとなすこともできない。また所論の被告人に不利益な事項の供述記載の如きは、同条の所謂自白に当らないことは前に說明した通りであるから、この点からも右弁解錄取書などの取調を同条に違反するとなす論旨の失当であることは勿論である。」と說示している。

しかしながら刑事訴訟法第三百一条に所謂自白とは犯罪事実について自己の刑事責任を認める供述のみでなく、その他の自己に不利益な事実を認める供述を含むと解すべきである。判例に徵するに仙台高等裁判所秋田支部昭和二四年(を)第二六号同年十月十二日判決（判例總覽刑事編帝国判例法規出版社(5)二二五頁）に依れば、「被告人の警察員及び檢察官に對する供述調書で不利益な事実の承認を含むものを証拠調の冒頭に取調べることは刑事訴訟法三百一条に違反し、判決破棄

の理由となる。」といい、また最高裁判所昭和二十五年三月二十八日第三小法廷判決（右判例集六二三頁）は、憲法第三十八条第三項の「自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合」の解釋に関し、不利益な証拠とは、被告人に對する公訴犯罪事実を認定するのに役立ち得る証拠をいうと自白を廣義に解すべき趣旨に判示している。自白强要禁止を宣言する憲法第三十八条の第一項には「何人も自己に不利益な供述を强要されない」とあつて、自白とは、獨り犯罪事実について自己の刑事責任を認める供述のみならずその他の自己に不利益な供述を含むことは、右憲法の解釋上からしても至つて明らかである。刑事訴訟法第三百一条の目的とする豫斷偏見を生ずる虞れある情状事項は、他の証拠を取調べた後にする法意からすれば、同条の自白とは憲法第三十八条の場合と同じく、直接犯罪事実を承認する供述のみでなく、その他の被告人に不利益な事実を認める供述をも含むと解すべきである。豫斷偏見は、直接犯罪事実を承認する供述からのみでなく、その他の被告人に不利益な情状事項からも抱かしめられるのである。否、疑獄事件にあつては、寧ろ情状的な、犯罪構成要件的以外の諸事情から裁判官の豫斷、偏見が抱かしめられるものである。原判決が刑訴三〇一条いわゆる自白を以て犯罪事実を直接承認する自白のみに限定されると解したのは、判例と相反する判斷をなしたものであるとともに、本件は憲法第三十八条の解釋とも関連するを以て、刑訴四〇五条に則つて原判決は破棄すべきである。

以　上

昭和二七年(あ)第五二三三号

決　定

本籍並びに住居　栃木県芳賀郡中川村大字馬門一八九二番地
農業兼水車業
石　川　市　三　郎
大正三年五月一日生

右食糧管理法違反被告事件について昭和二七年五月二一日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人芳井俊輔の上告趣意中判例違反の主張については、所論検察官作成の供述調書、関係人の始末書は、これらの書面の意義が証拠となるだけで、その存在や状態が証拠となるものでない場合である本件においては、証拠書類であること当裁判所の判例（昭和二六年(あ)第一七七七号、同二七年六月二六日第一小法廷決定）に照し明瞭であるから、明らかに刑訴四〇五条の上告理由に当らない。その余の主張もまた刑訴四〇五条の上告理由に当らない。なお記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和二八年三月一八日

三月一八日決定　　昭和二七年(あ)第五二三三号

三月一八日決定　　昭和二七年(あ)第五二三三号

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

昭和二七年(あ)第五二三三号

被告人　石川市三郎

弁護人芳井俊輔ノ上告趣意

第一点

原審判決ハ刑事訴訟法第三百七条ノ訴訟手続ノ法令違反ガアツテ其ノ違反ガ判決ニ影響ヲ及ボスコト明デアル。即チ同条ニヨレバ証拠物中書面ノ意義ガ証拠トナルモノノ取調ベヲスルニ付テハ前条ノ規定ニヨルノ外第三百五条ノ規定ニヨル証拠方法ヲ大別スルト人的証拠、物的証拠及証拠書類ノ三ツニナル。人的証拠トハ人ノ言動ニヨツテ供述スル思想内容ヲ証拠トスルモノデアル。物的証拠（証拠物）トハ事実認定ノ資料ト為ルベキ物ノ状況又ハ文書ノ意義デアル。書面ノ意義ガ証拠トナル場合デモ其ノ書面ノ物理的存在ガ同時ニ証拠トナルトキハ矢張リ物的証拠ノ一種デアル。書面ノ存在又ハ意義ガ証拠トサレルノヲ広ク書証ト云フカラ書証ノ観念ハ其ノ一部ニ於テ物的証拠トナル場合ヲモ含ムノデアル。書面ノウチ特ニ書面ノ内容的意義ダケガ証拠トナルモノヲ証拠書類ト云フ。証拠書類ト証拠物タル書面トノ区別ハ公判期日ニ於ケル証拠調ガ前者ハ朗読ノ方式ニヨル、後者ハ展示及朗読ノ方式ニヨル点ニ重要ナル実益ガアル。前者ガ展示ヲ必要トシナイノハ文書ノ成立ガ真正デアルコトガ明白デ其ノ物理的存在自体ハ問題トナラヌカラデアリ後者ガ展示ヲ必要トスルノハ先ズ其ノ物理的存在ガ重要ダカラデアル。茲ニ於テ証拠書類トハ其ノ手続ガ起訴ノ前後ヲ問ハズ裁判所又ハ裁判官ノ前デ法令ニヨリ作成サレタ訴訟書類デ証拠トナルモノデアルトサレ其ノ他ノ書面ハ凡テ証拠物タル書面デアルトサレル。レタモノト雖モ旧法トハ手続構造ガ変ツタ新法下ニ於テハ証拠物タル書面デアリ捜査機関ニヨリ作成サ

昭和二十六年七月九日ノ第一回公判調書ニヨレバ検察官事務取扱ハ、立証ショウトスル事実ハ

第一、石川義意ガ被告人ノ依頼ヲ受ケ野口春信ニ米三俵ヲ売渡シタル事実

第二、被告人ガ右米三俵ヲ野口春信ニ引渡ス様石川義意ニ依頼シタル事実

第三、被告人ガ本件犯行ヲ為シタル事実

第一ノ事実ヲ証スルタメ

(1) 石川義意作成ノ白米預リ事実始末書一通

(2) 検察官小島真作成ニ係ル石川義意ノ供述調書一通

ノ各取調ベヲ請求スルト述ベ尚第二、第三ニ付テハ後ニ取調ベヲ請求スルト述ベタ。

被告人及弁護人ハ右書面ヲ証拠トスルコトニ同意シ併セテ証拠調ニ意見ノナイ旨述ベタ

裁判官ハ

検察官事務取扱請求ノ書類全部ヲ取調ベル旨ノ決定ヲ宣シタ

検察官事務取扱ハ

右ノ各書類ヲ順次朗読シ裁判官ニ提出シタト記載シアルコトハ記録上明白デアル。

之ニヨッテ見ルモ裁判官ハ検察官事務取扱ニ対シ右書面ノ展示朗読ヲ促シタルコトモナク検察官事務取扱モ之ヲ朗読シタルノミニテ之ヲ弁護人又ハ被告人ニ展示シナカッタコトハ明白デアル。石川義意作成ノ白米預リ事実始末書ノ検察事務官小島真作成ニ係ル石川義意ノ供述調書ハ前述ノ如ク何レモ証拠物タル書面デアル。証拠物タル書面ハ単ニ朗読ノミナラズ朗読及展示ノ方式ニヨルベキデアル。之朗読シ展示スルニヨッテ裁判所モ相手方其ノ他ノ利害関係人ハ其ノ記載内容ヲ了知スル機会ヲ得ルト同時ニ相手方其他利害関係人及裁判所ハ其ノ記載事項ノ証拠力ヲ争ヒ之ヲ証拠トシテ許容スルヤ否ヤヲ決スル機会トモナルノデアル。然モ其ノ証拠物タル書面即チ石川義意ノ白米預リ事実始末書、石川義意ニ対スル検察官事務取扱ノ第一回供述調書ノ記載ヲ原審判決ハ証拠トシテ採用シテ居ルカラ之明ニ手続違背ガ判決ニ影響ヲ及ボスベキ

場合デアル。尚更ニ判決ノ事実認定ノ資料ニ採証シテ居ル被告人ノ売渡事実始末書及事実答申書、被告人ニ対スル司法警察員作成ノ第一、第二回ノ各供述書ノ記載モ同様検察官事務取扱ハ請求ノ右書類ヲ朗読シ裁判官ニ提出シタルノミニテ展示朗読セザルコトハ記録上明白デアル。然モ原審判決ハ同様事実認定ノ資料トシテ採証シテ居ル。原判決ガ右書面ヲ証拠調ニ引用シタル不適法ナルニ拘ラズ論旨理由ナシト控訴ヲ棄却シタルハ不当デアル。

此ノ点ヨリスルモ原審判決ハ破棄ヲ免レナイ。

昭和二十四年十月二十五日東京高等裁判所第十二刑事部判決（高等刑事判決特類一号一九六頁）ニヨルモ刑事訴訟法第三百七条ハ証拠物タル書面ガ其ノ意義ガ証拠ト為ルト同時ニ其ノ存在又ハ状態ガ証拠ト為ル場合ハ之ヲ取調ベルニハ朗読ト展示ノ方式ニヨルト規定シタルモノト解スベク云々ト判示シテ居ル。原審判決ハ右判例ニ反スルモノデアル。

第二点

原判決ハ刑ノ量定不当デアル。

昭和二十六年七月九日ノ第一回公判調書ニヨレバ

検察官事務取扱ハ裁判所ニ告ゲ被告人ニ対シ

問　被告人ハ野口カラ契約通リ米三俵ノ代金ヲ貰ッタカ

答　イエ〳〵、弐百四拾円不足デアリマス

弁護人ハ裁判官ニ告ゲ被告人ニ対シ

問　被告人ハ昭和二十四年度ノ米ノ供出ヲ完納シタカ

答　シマシタ

問　被告人ハ野口ニ米一升ヲ幾ラノ割合デ売ッタカ

答　当時ノ公定価格一升六拾七円ノ割合デ売リマシタ

問　被告人ガ野口ニ米ヲ売ルニ到ッタ理由ハ

答　税金ヲ納メル為メト茂木ノ祇園デ金ガ必要ナノデ売リマシタ

裁判官ハ被告人ニ対シ

問　正式裁判ヲ申立テタ理由ハ

答　本件ハ違反ニ相違アリマセンガ野口春信サンニ米ヲ公定価格デ売ッタノニ余リ罰金ガ高イカラ安クシテ戴キタイト思ヘ正式裁判ヲ申立マシタ

問　被告人ノ家族ハ

答　母、姉、妻、弟、子供六人ノ計十二人デス

問　被告人宅ニ於ケル田畑ノ耕作反別ハ

答　畑五段、田三反九畝デス

問　被告人ハ何ノ税金ヲ納メル為メニ米ヲ売ッタノカ

答　所得税七千六百円及県民税ヲ納メル為メ売リマシタト供述シテ居ル。

之ニヨッテ見ルモ被告人ガ売却シタル米ハ自己生産ノ昭和二十四年度産デ之ヲ野口ニ売渡シタノハ昭和二十五年七月頃デアルカラ昭和二十四年度産米タル供出割当ヲ完了シタル後タルコトハ明白デアル。

然モ其ノ動機ハ税金ヲ納付スルタメノ金デアルノミナラズ価格ノ点ニ於テモ、然モ公定価格ノ六拾七円ニテ売渡シタノデアルガ野口ハ其代金ヲ完済セズ残金弐百四十円ハ未ダニ支払ハザル状態デアル。故ニ之ガ残金ノ支払モ受ケザルヨリス

レバ公定価格ヨリ安ク売渡シタル結果トナルノデ決シテ悪質ノモノデハナイ。

蓋シ食糧管理法ノ目的ハ国民ノ食糧確保及国民経済ノ安定ヲ図ルタメ供出完了セシムルニアリ。食糧管理法施行規則第二十二条ニヨレバ米麦ノ生産者ハ食糧管理法第三条第一項又ハ同法第七条ノ規定ニ基キ政府ニ売渡シタル後ニ非レバ其ノ生産シ又ハ小作料トシテ受ケタル米麦ヲ譲渡スルコトヲ得ズトアリ此ノ反面解釈トシテ政府ニ売渡シ供出完了後ハ譲渡スルコトヲ得ルモノト解スルコトガ出来ル。被告ハ本件売渡前既ニ供出ハ完了シタル後ナレバ供出ヲ阻害セズ然モ公定価以下ノ売渡ナレバ当然酌量スベキデアル。

食糧管理法違反事件ハ其ノ違反ノ性格モ極メテ複雑多岐ニ亘リ到底一律的ナル処理ヲ許スモノデナク事件ノ各〻持ッ特殊ナ事情ヲ寸酌シテ適切妥当ナル判断ヲ下シ寛厳其ノ宜シキヲ得ルコトコソ特ニ経済事犯ノ処理ニ当ル者ノモットモ必要トスル心構ヘデアル。

即チ悪質重大ナル違反ヲ厳罰ニ処シ所謂一罰百戒ノ実ヲ挙ゲ然ラザル者ニ対シテハ極メテ寛容ナ態度ヲ以テ之ニ臨ムベク、其レハ結局重カルベキニ重ク軽カルベキニ軽ク処置シ以テ法ノ運用ヲ完カラシムルガ法ノ精神デアル。

被告ノ如キ動機原因並ニ売買ノ価格供出完了後ノ売渡等諸般ノ事情ヲ特ニ綜合シテ考察スルトキハ其ノ判決ハ刑ノ量定不当デアル。

然ルニ原審判決ハ論旨理由ナキモノトシテ控訴ヲ棄却シタルハ不当デアル。

此ノ点ヨリスルモ原審判決ハ破棄ヲ免レナイ。

以　上

昭和二六年(れ)第一三〇六号

判　決

本　籍　朝鮮慶尚北道清道郡錦川面珀谷里番地不詳
住　居　千葉県匝瑳郡椿海村春海二二六番地
理髪業　佐々木幸造こと
崔　万　龍
明治三四年二月一四日生

右に対する物価統制令違反被告事件について昭和二六年二月二七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

原判決を破棄する。
被告人を懲役八月及び罰金五万円に処する。
被告人が右罰金を完納することができないときは金五百円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置する。
原判決判示第三の罪につき被告人を免訴する。

理　由

弁護人福田力之助の上告趣意第一点は判例違反をいうけれど、判例を具体的に示していないから不適法であるばかりでな

三月一九日判決　昭和二六年(れ)第一三〇六号

く、その実質は単なる訴訟法違反の主張を出でないものであり、（旧刑事訴訟法事件の控訴審及び上告審における審判の特例に関する規則八条参照）同第二点は単なる訴訟法違反の主張であり、（所論李南順、崔判九の始末書については原審公判で適法に証拠調のなされていることが認められる。）同第四点は事実誤認の主張を出でないものであるから、いずれも上告適法の理由に当らない。（同第三点は免訴にかかる罪に関する所論であるから説明を与える必要を認めない。）

職権を以て調査するに、原判決は判示第一の事実として、被告人が玄米五〇俵の公定価格超過買受契約をしたこと、同第二の事実として右買受けた玄米の一部を七回に亙り売渡契約をしたこと、同第三の事実として連続一罪をなす甘藷並澱粉の公定価格超過買受契約をしたことを認定し、これ等を併合罪として処断しているのであるが、右判示第三の罪は昭和二七年四月二八日政令第一一七号大赦令一条八七号により赦免せられたのであるから、原判決はこの点で全部破棄を免れない。

よつて刑訴施行法二条、三条の二、刑訴四一一条五号、旧刑訴四四八条、四五五条、三六三条三号により原判決判示第三の罪につき被告人を免訴すべく、また原審の確定した判示第一及び第二の事実に法律を適用すると、行為時法によれば各物価統制令三条、四条、三三条、昭和二二年一一月一日物価庁告示九六〇号及び同年一二月一〇日物価庁告示一一〇八号に、裁判時法によれば前記各法条の外罰金等臨時措置法二条に各該当するから、刑法六条、一〇条により新旧比照をなして軽い行為時法に従うべく、情状により物価統制令三六条により同令三三条所定の懲役及び罰金を併科すべきところ、以上は刑法四五条前段の併合罪であるから同法四七条、一〇条に従い前記懲役刑につき犯情の最も重いと認められる判示第一の罪の刑に法定の加重をなし且つ同法四八条二項に従い各罰金はこれを合算併科することとし、その懲役刑期及び罰金額の範囲内において被告人を懲役八月及び罰金五万円に処すべく、被告人が右罰金を完納することができないときは、同法一八条に従い金五百円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置すべきものとし主文のとおり判決する。

この判決は裁判官全員一致の意見である。

検察官　神山欣治関与

昭和二八年三月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩　松　三　郎

裁判官　真　野　毅

裁判官　斎　藤　悠　輔

裁判官　入　江　俊　郎

弁護人福田力之助の上告趣意

第一点　原判決は、その証拠説明に於て「当庁昭和二十四年(を)第一九六〇号被告人鈴木新一に対する詐欺被告事件記録中、(イ)同被告人に対する司法警察官の昭和二十三年六月九日附、同月十七日附及び同月二十一日附、各聴取書中の記載、(ロ)同被告人に対する同年七月十四日附、司警察官の被疑者訊問調書中の記載、(ハ)同被告人に対する同月二十一日附、検察官の聴取書中の記載」云々と引用した。併し乍ら、旧刑事訴訟法第三百六十条は、罪となるべき事実を証拠に依り認めた理由を説明すべき旨規定し、その証拠の如何なる部分が、犯罪事実の如何なる部分を証明するかを判る程度に記載されなければならないことは、大審院の判例が示すところである。而も、右引用に係る聴取書並訊問調書の記載内容には、本件犯罪事実と矛盾する記載がある。従つて、原判決は採証の法則に違反し、理由齟齬の違法があるから破毀を免れない。

第二点　原判決は、判示第二の(一)同月（昭和二十三年三月）十三日頃、同村佳山広こと李南順方で同人との間に同人に対し、玄米三俵を前記統制額から一万三千九百円余を超過する代金合計一万六千五百円で、(二)その頃、同村崔判九方で同人との間に同人に対し、玄米二俵を前記統制額から九千二百六十九円余超過する代金合計一万一千円で……各売渡の契約をした旨認定し、その証拠として「昭和二十四年(を)第一九六〇号被告人鈴木新一に対する詐欺被告事件記録中……、(二)李南順、崔判九提出の同年六月十二日附、各始末書中の記載」と引用説明した。併し乍ら、右李南順、崔判九の始末書は、原審公判廷に於て証拠調が行われなかつた。又、始末書中の如何なる部分を引用説明したかの記載がない。従つて、判示第二の(一)、(二)の事実については判決に理由を附さないか、又は理由齟齬の違法があるから、原判決は破毀すべきものである。

第三点　原判決は、判示第三の証拠として「鈴木新一に対する同年九月十一日附、検察官の聴取書中同人の供述として、公定価格の点を除き判示第三に符合する甘藷澱粉の売買契約締結事実の記載」と説明している。併し乍ら、右鈴木新一の聴取書を見ると「昭和二十二年九月二十二日頃、香取郡橘村農業会からオーダー引替に千貫の澱粉を受取つた旨」及六百貫は干潟飯場に置き、四百貫は一ヶ月程の後、被告人が持つて行つた旨並代金は合計十万円であつた旨の記載がある。尚「問、崔は、澱粉千貫の代金として二十六万円を支払つたと申立てているがどうか。答、左様なことはありません云々」との供述記載がある。

本件は、物価統制令違反事件であるから、売買代金の額は最重要の点である。従つて、十万円で売つたという証拠により、二十六万円で買つたという違反事実を認定することは出来ない筋合である。之を判示と符合する供述として引用した原判決は、証拠の趣旨を変更したか、若しくは理由齟齬の違法があるから破毀を免れない。

第四点　被告人は、原判決第一及第二の事実について、判示鈴木新一の依頼により、玄米五十俵中二十八俵については売買の仲介を為した旨、原審公判廷に於て弁解している。

原判決引用の、被告人に対する昭和二十三年七月二十七日附、司法警察官の被疑者訊問調書中にも、代金は「崔山某、石原某外四、五名の者から九万円を前渡金として受取り、之を鈴木新一方へ持参した」趣旨及「斯様にして、一応私が買受けた形式になつて居る米が、直きに運搬してくるという鈴木の話であつた」旨の供述記載がある。又、同調書中には、鈴木新一が昭和二十二年春頃、「匝瑳郡食糧調整副委員長の名刺」を持参したことがあり、同人は米を多量に保存していて之を融通することが出来るものと、被告人は愚かにも誤信し、結果に於ては右鈴木新一の詐欺等の犯行に利用されたものである。原判決引用の島田良吉こと申甲龍、河本福全こと李福全、金尚順、李又植等提出の各始末書の記載も殆んど同様の形式で、被告人から買受けた旨窺われる記載があるが、同人等は何れも金を前渡し、鈴木新一から買受けるものであることを諒知していたものである。要するに、原判決には重大な事実の誤認があるから之を破毀されたい。

以　上

昭和二六年(あ)第三一九六号

決　定

本　籍　東京都墨田区寺島町六丁目一〇四番地
住　居　同区隅田町四丁目一四六番地
露店商
増　田　美　由
大正四年二月一日生

本　籍　東京都台東区浅草三筋町一丁目二番地六
住　居　同区浅草今戸町一丁目一三番地
革加工業
加　藤　善　四　郎
明治三五年二月二〇日生

本　籍　東京都墨田区隅田町四丁目一一〇九番地
住　居　同町四丁目一四六番地
無　職
関　照　美
昭和四年五月三日生

右被告人増田美由に対する賍物牙保、賍物運搬、賍物収受、被告人加藤善四郎に対する賍物故買、被告人関照美に対する

三月一九日決定　　昭和二六年(あ)第三一九六号

三月一九日決定　　昭和二六年(あ)第三一九六号

住居侵入窃盗、窃盗未遂被告事件について、昭和二六年四月一三日東京高等裁判所の言渡した判決に対し原審弁護人堀博一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

弁護人堀博一の上告趣意について。

第一審判決が論旨第一点所論の被告人増田美由に対する賍物牙保同運搬及び同収受の各判示事実を、また論旨第三点所論の被告人加藤善四郎に対する賍物故買の判示事実を、各認定したのは、いずれも所論各被告人の自白の外、同判決挙示の証拠をそれぞれ綜合認定の資料に供しているのである。そしてそれらの証拠を綜合すれば、第一審判決の前示各事実認定はこれを肯認するに足るものと認められる。所論知情の点に関する直接の証拠がそれぞれ各被告人の公判廷外の自白だけであつたとしても、右自白はいずれも前示自白以外の各証拠によつて補強されその真実性が認められるのであるから、この点に関する違憲の主張はその前提を欠き採用することはできない。また論旨第一点所論の刑法二五七条所定の刑免除の原由たる事実は、いわゆる罪となるべき事実に該当しないのであるから、この点に関する事実認定を共同被告人の司法警察員又は検察官に対する供述調書だけでなしたとしてもこれを目して違法ということはできない。次に同第二点の所論は量刑を非難するに外ならない。

されば論旨はいずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和二八年三月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩　松　三　郎

裁判官　真　野　毅

裁判官　斎　藤　悠　輔

裁判官　入　江　俊　郎

三月一九日決定　　昭和二六年(あ)第三一九六号

被告人　増田美由
同　関照美
同　加藤善四郎

弁護人堀博一の上告趣意

第一、(一)　増田美由に対し、第二審判決は弁護人の控訴趣意書第一点に対し、「原判決挙示の証拠によれば」「同被告人の犯行を裕に認めることができ」とあるが、この挙示の証拠とは盗難品であることを立証する証拠以外は、関の公判に於ける供述と増田の公判廷外の自白とである。関は、無関係なることを陳述して居り、結局「裕に認めることが出来る」証拠としては、増田の公判廷外の自白のみである。刑事訴訟法第三百十九条第二項によれば、「斯る自己に不利益な証拠が、自白唯一つである時は有罪とされない」との明文があるに不拘、之を有罪とした原判決を支持する第二審判決は、違法である。即ち、斯る違法の故にその結果、増田の犯罪なりとする重大な事実誤認を犯したものである。

(二)　控訴趣意書第二点に対する判断に於て「事実は相違ない」旨増田が供述し、且「知情の点は、否認したものと推認しうべき形跡もない」と述べているが、増田は貰い受けた点を認めたのであつて、知情の点は明らかに否認している。即ち、第二審判決は、此の点に於て重大な誤謬を犯し、証拠に依らず事実を認定した違法がある。

(三)　控訴趣意書第三点に対する判断に於て、増田と関とは同居に非ずとして、刑法第二百三十七条の適用を排除している。併し、第二審判決は証人関きみのが増田、関等が一緒に住んでいること、寝起きは別だが、同居しているのと同じだと証言していることを認め、又昭和二十四年七月二十七日附検事に対する供述調書に於て、増田が「隣り

といつても長屋だから、壁を壊して往来出来る様にした」と述べたことを援用している。之は、明らかに同居の形態である。食事及配給の世帯は別だといつても、同居の形態は何ら崩れるものではない。当時、同一家族内でも配給に有利な点があつた為、世帯を別にしたことは世上いくらも行われたことで、食事も別にすることも夫婦、或は親子の都合により何ら同居の観念と反しない。むしろ、壊した壁を通して自由に往来していたことは、同居であるという親密さを表現するものである。

判決は又、増田の司法警察員作成の供述調書をとり上げているけれども、増田は当時累の妻の家族に及ぶを恐れ、出来るだけ関係のない様な供述をしているものであつて、又此の点に関する自己に不利益な唯一の証拠でもある。従而、此の唯一の不利益の事実を述べた増田の自白調書のみを以て、同居の事実を誤認した第二審判決は、違法たるを免れない。

以上増田に関する第二審判決は、いずれの点に於ても判決に影響を及ぼすべき違法、或は重大なる事実の誤謬を犯し、著しく正義に反するので破棄せられ度い。

第二、関照美に対しては、第一審判決の刑の量定は相当だと認定している。併し、関は今後不具となるの虞れのある傷害を受け、精神的、肉体的苦痛は甚しいものがあり、又現在深く悔悛して居るので、又動機についても憫諒すべき点があり、初犯なので、懲役七年の実刑は甚しく不当であると思われるから、最後の御判断を賜わり度い。

第三、加藤善四郎に対しては、公判廷外の「加藤の知情の点の自白を綜合して、同被告人につき原判示事実全部を認定したのは、相当である」としている。併し、之は明らかに法令に違背している。

判決は、此の前に於て賍物を買受けた事実を優に認めることが出来るとして、之を客観的事実につき確認があつたものとしている。併し、問題は二つに分れるのであつて、構成要件の一たる賍物たる物件の買受は、認めているので問題はない。構成要件の他の一つたる知情の点を争つているのである。

知情の点の自白につきその真実性が保障される為には、知情につき他に確証が必要でなければならぬ。併し、第一審判決摘示の証拠中に「白石等が窃取して来た賍物を、賍物とは知らずに買受けた」との加藤の主張を覆えすに足る確証、補強証拠は何処にも見出されない。

第二審判決は、「犯罪構成要件の一つ一つに亘つて、裏付け証拠を必要としない。綜合して認定するのだ」というけれども、結局犯罪構成要件一つ一つの成立が重要なのであり、その一つ一つの認定に十分な証拠を必要とするというべきである。殊に、知情の如き極めて主観的な問題については、知情ありとする、或はありと疑わしむるに足る客観的な証拠を要すると解すべく、さもなくば捜査過程に於ける誘導訊問が、結局無実の罪人を作る可能性なしとしないのである。

憲法及刑事訴訟法の自白を証拠とすることの制限も此の趣旨であつて、知情に関する公判廷外の自白のみで、知情の裏付証拠なしに知情ありと認定することは出来ない。結局、法令違背の判決である。仍而、著しく正義に反すると思われるので破棄せられ度い。

以上

昭和二六年(ヨ)第三九一八号

決　定

本　籍　愛知県幡豆郡幡豆町大字東幡豆字番上一一番地
住　居　横浜市中区上野町一丁目二九番地　浜田とよ方
土　工
田島英一こと
蜂　須　賀　榮　一
明治二八年九月一七日生

本籍並住居　千葉県君津郡大貫町岩瀬七八三番地
鮮魚運搬業
刈　込　熊　吉
明治三六年一〇月一八日生

本籍並住居　同所同番地
漁　業
刈　込　猪　吉
昭和二年五月二九日生

本籍並住居　横浜市金沢区洲崎町一六二番地
釣船業

三月一九日決定　昭和二六年(ヨ)第三九一八号

一

本　籍　東京都大田区大井鮫洲町一二番地
住　居　横浜市中区石川町二丁目六二番地　吉原テイ方
釣船業
黒川三治郎こと
黒　川　三　次　郎
明治三九年九月一九日生

本籍並住居　千葉県君津郡湊町湊四〇番地
廻漕業
幸　田　三　千　男
大正九年八月一五日生

右者等に対する各貿易等臨時措置令違反幇助、関税法違反幇助、被告人幸田三千男、同石渡元吉に対する関税法違反被告事件について、昭和二六年五月一〇日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人蜂須賀栄一の原審弁護人佐久間和及びその余の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

本件各上告を棄却する。

理　由

二

石　渡　元　吉
明治二一年五月一日生

被告人黒川三次郎の弁護人林幹二の上告趣意について。

論旨第一、二点の所論はいずれも単なる訴訟法違反の主張を出でないものであり、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

（所論公訴状の記載は、たとえ密輸入貨物の表示に「内容不詳の」附記があるとしても、密輸幇助事件の公訴事実の記載として罪となるべき事実の特定につき何等欠くるところはない。しかも原審の是認した第一審判決は、証拠により内容不詳とはいえ、その密輸入貨物たることを認定した上、被告人の利益のため、その原価により罰金額を高めることなきように、その原価の三倍が三万円を超えないものとして処理しているのである。原判決にはその点に関し何等違法のかどは存しない。）

被告人幸田三千男の弁護人林幹二の上告趣意について。

論旨第一、二点の所論はいずれも単なる訴訟法違反の主張を出でないものであり刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人蜂須賀栄一、同刈込熊吉、同刈込猪吉の弁護人佐久間和の上告趣意について。

論旨第一点所論貨物の原価については第一、二審判決ともその三倍が三万円を超えないものと認める旨判示し、以て所論関税法七六条但書を適用すべき場合でないことを明らかにしているのであり、引用の判例に反する判断をしているものではない。（論旨が三万円を超えると認定した旨主張するのは、恐らくは原判旨の誤解に出でたものであろう。）その他の所論は単なる訴訟法違反、事実誤認の主張を出でないものであり、また同第二点の所論は量刑不当、事実誤認の主張に帰着し、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人石渡元吉の弁護人佐藤幾太郎の上告趣意について。

所論は憲法違反を云々するけれどその実質は事実審の裁量に属する事実認定、量刑を非難するに帰着し刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

なお記録を精査しても本件では刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。よつて同四一四条、三八六条一項三号

三月一九日決定　昭和二六年(あ)第三九一八号

三月一九日決定　　昭和二六年(あ)第三九一八号

に従い裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和二八年三月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩松三郎

裁判官　真野毅

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　入江俊郎

被告人　黒川三次郎

弁護人林幹二の上告趣意

原判決を破棄して、無罪の判決又は差戻し乃至移送の判決を求める。

第一点　本件は、公訴提起の手続が其の規定に違反した為無効であるに拘らず、公訴棄却の判決を為さなかつた違法がある。

第一審判決第四に依れば、被告人黒川三次郎は「昭和二十四年六月二十七日頃の午後十一時頃横浜市金沢区須崎町被告人自宅附近で中国人某に依頼せられ、同所の運河に坐礁した相被告人高橋徳治の漁船から石油罐二倍大の内容不詳の荷物約三十梱を、其の荷物が密輸入品であることの情を知りながら自分所有の黒三丸に積み替えた上、対岸に同被告人等と共に陸揚し以て中国人某が免許を受けないで貨物を輸入する行為を幇助し」とあるが、右事実は公訴状第五の(三)に該当するものである。而て右公訴状に於いても被告人が陸揚げした荷物は内容品不詳である。(公訴状第一の二を援用した記載であつて、右第一の二には内容品不詳の旨を明記している)そこで問題となるのは、密輸入貨物として公訴状に内容不詳の貨物と記載したことが、果して刑事訴訟法第二百五十六条の要求している「罪となる可き事実を特定した」記載と言えるか否かの点である。

思うに関税法第七十六条の一にしても第七十六条の二にしても、其の密輸入貨物の原価の高低に依つて罰金額の基準を求めているのであるから、従つて本件公訴状に特定すべき罪体としては少くとも密輸入貨物の原価を特定するの必要がある。然るに前記の如く本件公訴状には単に内容不詳の貨物と記載してあるに過ぎず、到底原価を知るに由なく遂に

罪体を特定せざる違法がある。

果して然らば、第一審は此処に鑑み本件公訴を棄却すべきに拘らず、却て有罪の実体判決をなして居り、第二審も亦第一審判決を肯認しているのであるから破棄は免れないものと考える。

第二点　第一審判決は証拠によらずして事実を認定している。原審も亦此の第一審の違法を寛仮し、第一審判決を維持せる違法がある。

即ち、第一審は前記内容不明の貨物を原価の三倍が三万円を超えないものと認むと独断し、是れが具体的証拠は固より之を示さざるのみならず、其の挙示する証拠を綜合するも之を認める事が出来ない。而て第二審は此の第一審の態度を批評して被告人の利益に事実認定をしたものと看做し、遂に証拠に依らざる事実認定を寛仮しているのである。

以上の理由に依り原判決を破棄して、無罪又は差戻し乃至移送の判決を求める次第である。

以　上

弁護人佐久間和の上告趣意

第一点　原審判決（従つて第一審判決）は刑事訴訟法第四〇五条第二事由、即ち最高裁判所の判例と相反する判断をしたものである。

一、原審判決（従つて第一審判決）によれば被告人等は

昭和二十四年四月中旬石油缶大の荷物（内容不詳）七十梱

昭和二十四年七月二十一日頃内容品不詳の荷物石油缶大約三十梱

昭和二十四年八月三日頃米国製ストレプトマイシン等在中の千八百三十六万余円に相当する百十梱を

船名不詳の外国船より第三大京丸に積みかへて、それぞれ大貫海岸又は上総湊沖に廻送して中国人張忠等の無免許輸入を幇助したというのである。

尤も、被告人刈込態吉、同猪吉は右の廻送につき各々二回づつ関係したのであるが、

内容品不詳の品物は、原価の計算の出来ぬことを表示したものではあるまいか、原審における弁護人の控訴趣意書の内容を簡単ではあるが、此処に援用することにしたい。

内容品不詳の品物につき原審及第一審裁判所は約十梱が原価の三倍が三万円を超えると認めると判定した。

被告人等は、石油缶大の南京袋で包み麻縄でしばつてあつたといつているが、其の在中物のなんであつたかは、又その

被告人　蜂須賀栄一
　　刈込態吉
　　刈込猪吉

価額がどの位のものであつたかは知らぬし、想像もして見た事がない。しかも、其の七十梱三十梱の品物は現実には在在したかどうかも判然しない。只被告人等が左様にのべている為に石油缶大の品物の運搬を信ずるのみである。空想によつて思い措かれたる密輸入薬品である。これを十梱の価格の三倍が三万円を超えると認めるとなすは実に大胆に失すると信ずる。

二、昭和二四年(れ)第二八三七号昭和二十五年四月十八日最高裁判所第三小法廷の判決によれば「国税法第七十六条第一項の違反罪の罪となるべき事実については、無免許輸出若しくは輸入の貨物の原価を確定しなければならない」と判示せられている。

本件犯行当時の関税法第七十六条は其の但書において「犯罪に係る貨物の原価の三倍が三万円を超ゆる時は罰金はその原価に相当する金額の三倍以下とする……とあり、どうしても貨物の原価を確定せねばならぬし、又原価が確定し得る物件でなければならぬ。原審判決従つて第一審裁判所のいうが如く、推測によつては原価は算定出来ぬ。空想して或は神がかり式できめるなら可能であるが、本件の場合は現物の存在したのは第三回目の八月三日頃の廻送物件のみであるが、第三回目の物件で第一回、第二回の物件を推定しこれの価格を算定することは法律上許されない事である。世俗的の推理では第三回目の石油缶大の品物の在中物が、ストレプトマイシン其の他であつたから第一第二回の物件もそれと同様の物であつたろうとはいえるが、証拠に基く判断を要する法律上の問題は左様に軽々しくは判定出来ぬと信ずる。第一回、第二回の物件につき其の片鱗でもどこかにあるならばまことにはつきりするが、被告人の供述をのみ証拠として在中物を推認することは危険千万であり、只被告人等を陥れんとする判定といわなければならぬ。

三、第三回目の米国製ストレプトマイシン以下千八百三十六万余円に相当する在中貨物百十梱の廻送をしたという事実も被告人等は之を確認していたのではない、矢張り第一回、第二回と同様に石油缶大の内容不詳の品を輸送したにすぎぬ。被告人等が廻送の幇助をした品が斯かる高価な品というということは当初から夢想だにしなかつた処である。

原審判決従つて第一審判決がこの点を精査せず被告人等を有罪としたことは上述の最高裁判所の判例と相反する判断をしたものである。

第二点　原審判決（従つて第一審判決）は刑事訴訟法第四一一条第二の刑の量定が甚だしく不当であるに該当する。

一、仮りに被告人等の行為が密輸入幇助の罪責ありとしても、本件において推定出来ることは中国人張忠、区某等が密輸入を画策した事に止まる。密輸入品が第一回、第二回はなんであつたか判然せず又その張忠、区某等が逮捕されていないので事件の内容もはつきりしていない。被告人等が若干の金を貰い船の心配や輸送の手伝に利用されたという事案である。

敗戦後の生活のきびしさは国民のひとしく身にしみて体験したところである。被告人等も生活の苦しみの中にあえぎつつあつたからこそ、些細なる御金のために深くも考えずに利用されたのである。其の立場は憎むよりもあわれを催すばかりである。

被告人蜂須賀栄一は既に老年になり最近は、脳溢血で口がきけず半身不随である。本件に連坐して心労を重ねたことの結果である。これに実刑を科することは中国人の逮捕されない事に比して余りにきびし過ぎることである。

刈込熊吉は、船の没収を科せられている。刈込熊吉は此の船一艘で魚類の運送を営み、家族、船員三四名の家族を養つている。この船を没収されれば四、五家族が生活の途を失い路頭に迷うことは必然である。船の没収につき十分の考慮が払われねばならぬのに原審並に第一審判決は之を無視して終つた。

刈込猪吉は被告人の父刈込熊吉の所有船大京丸の機関士であり、何等密輸入行為につき関知するところがない。他の船頭と同様の立場であり、船主の刈込熊吉が十分な責任を負わされるのであるから、刈込猪吉に有罪の判決を与える根拠

も理由もない。刈込猪吉は父熊吉から小遣銭を支給されて船の運転をしたまでの事である。

被告人等は千葉県大貫海岸に住む純朴な漁民又は魚類運送業者である。たまたま幾らでも稼がねば生活が出来ぬので、本件の如き不明確な運送に関与したのみである。密輸入の品の姿さえ見ぬのに関税法その他きびしい法律によつて裁かれるということは夢想だにしなかつた所である。

将来は今回の事件で十分警告されているので被告人等は勿論、あのあたりの海岸の人々は絶対に斯かる愚行に参加しないであろう。

判決のきびしさは場合によつては適切であるが本件被告人等の場合は原審判決通りであつては被告人等を死に追いやるばかりである。

敢て最高裁判所の御判断を仰ぐ次第であります。

以上

被告人　石渡元吉

弁護人佐藤幾太郎の上告趣意

一、千葉地方裁判所第一刑事部が昭和二十五年九月十一日言渡したる判決、即ち被告人石渡元吉を懲役一年六ケ月罰金一万五千円に処する判決を言渡し、その理由として被告人石渡元吉は昭和二十四年四月下旬頃の午後四時頃中国人である区発南等より依頼され、東京湾内第二海堡附近の海上で船名不詳の外国貨物船から海上に投下された石油罐二倍大位の内容不詳の荷物約六十梱の内約四十五梱を、或は密輸入品であろうとの情を知りながら吉原茂平所有の漁船イケス丸に積込んだ上、前記港町海岸迄廻送した所で幸田丸より約十五梱を右イケス丸に積替え、自分の所有の倉庫に六十梱を陸上げし、同年八月三日頃の午後九時頃中国人区発南及び被告人幸田三千男から依頼され、前記港町海岸に航行して来た大京丸から自分所有の八幡丸に米国製サントニン合計約二百六十三オンス、米国製サツカリン合計約五千九十七ボンド、米国製プラスチツクバンド合計約三千七百六十四本在中の荷物、合計約百十梱を右貨物が密輸入品であることの情を知りながら積替えた上、同所自分所有の倉庫に陸上げし以て中国人区発南等が免許を受けないで貨物の輸入をする行為を容易にさせて幇助し。

二、この外、昭和二十四年四月下旬頃右八幡丸に前記港町の倉庫に保管してあつた前記荷物中の約四十五梱を積込んだ上、これを同所より横浜市金沢区富岡海岸へ廻送し、以て密輸入貨物の運搬をしたりとの理由を以て、被告石渡元吉に対し判決を千葉地方裁判所が言渡しましたので、原審東京高等裁判所に右の刑は量刑が他の被告、即ち幸田三千男と同等にして本件犯罪の動機は被告石渡元吉が元隣りであつた被告幸田三千男より頼まれて、何も知らずに敢行した行為で

ありまして、元より被告石渡元吉が自分自身に於て思い付いてした事ではありませんから、幸田三千男より軽く処罰することが相当であると思いまして、東京高等裁判所に量刑不当の理由を以て控訴致しました処、昭和二十六年五月十日原審高等裁判所第八刑事部はこれに対し控訴棄却の判決を言渡しました。

申上げる迄もなく、日本国憲法第十三条は、すべての国民は個人として尊重される生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とさると規定されております。

本件に於て被告石渡元吉が被告幸田三千男との罰情を比較した時、被告幸田三千男に頼まれて何も気付かずに犯罪行為を敢行し、それも後で密輸品であるということを知つたという事実は、本件記録上幸田三千男及び被告石渡元吉の供述に依つても明かであります。

故に刑の量定に付いては、被告石渡元吉は被告幸田三千男より軽く処罰致さねばならないと思います。その外被告石渡元吉については経歴、家庭状況、生活状況等を斟酌する時は、被告幸田三千男より尚更軽い処罰を受くべきものと思います。

然るに原審東京高等裁判所は、第一審千葉地方裁判所の量刑を維持して控訴棄却の判決を言渡したのであります。被告石渡元吉は等しく日本国民である以上、憲法第十三条の規定する通り、立法その他の国政の上即ち裁判の上に於ても最大の尊重を受ける権利を持つているのであります。

然るに第一審、第二審裁判所共これを看過して、個人として尊重さるべき憲法が与えられたる権利を蹂躙していると申上げて差支えないと思います。

故に原判決は、この点に付いて憲法第十三条に違反する判決でありまするから、破棄されて然るべきものと信じます

るが故に本上告を致しました次第でございます。

以上

被告人　幸田三千男

弁護人林幹二の上告趣意

原判決を破棄して無罪の判決又は差し戻し乃至移送の判決を求める。

第一点　本件は、公訴提起の手続がその規定に違反した為無効であるに拘わらず、公訴棄却の判決をなさなかつた違法がある。

本件被告人幸田三千男に対する公訴事実中、公訴状第八の一、二、三、の事実の要旨は、被告人幸田が昭和二十四年四月下旬頃、原審相被告人吉原和雄及び中国人区発南、隣某等と共に被告人幸田所有の釣船幸田丸に乗船して第二海堡附近に航行し、中国人の合図にて船名不詳の外国貨物船が海中に投下した石油缶大の荷物（内容品不詳）十五箇位――公訴状第八の一には前記荷物と表示してあるが、右前記とは右公訴状第七の一に記載してある「石油罐大の荷物（内容品不詳）」を受けていること明瞭である、以下同断――を拾い上げ、上総湊沖迄廻送し同所に於て、いけす丸に積替え、二、三日後右吉原和雄、中国人区発南と共に吉原所有の釣船吉原丸に乗組み、相被告人石渡元吉方倉庫より前記内容品不詳の荷物十五箇位を積込み、横浜市元町附近に廻行し陸揚げし、

同月下旬又は五月上旬相被告人石渡元吉所有船八幡丸にて、前回同様内容品不詳の荷物四十五梱を前記倉庫より横浜市金沢区富岡海岸迄輸送し同地に陸揚げし、

以て区発南の密輸入行為を容易ならしめたというのである。

玆で問題となるのは、密輸入貨物として公訴状に「石油罐大の荷物（内容品不詳）」と記載したことが、果して刑事訴

訟法第二百五十六条の要求している「罪となるべき事実を特定した」記載になるか否かの点である。

思うに、関税法第七十六条の一にしても第七十六条の二にしても、その密輸出入に係る貨物の原価の高低に依り罰金額を異にする旨を明記しており、貿易等臨時措置令第四条もまた同断であつて、その他関税法第七十四条と関税法第七十六条の区別、同法第八十三条の追徴規定、国税徴収法準用規定に照らしても、更らに税法罰則の構成理念や関税課税規定の沿革から言つても「物」、「貨物」自体の具体的に明確であることを必要とし、畢竟関税法、貿易等臨時措置令の諸規定は、物自体を課税乃至処罰の対象として課税及び量刑の基準を貨物の種類、数量、価格に求めていることは洵に明白である。

従つて本件に関する限り、公訴状に特定ずべき罪体とは「処罰基準を明確になし得る程度にその貨物を特定せる事実である」といわなければならない。

然るに本件公訴状に於いては、単に石油罐大の荷物（内容品不詳）と記載しているのみであるから、到底処罰の基準を得る事が出来ず、関税法第七十六条の二及び貿易等臨時措置令第四条を適用することも出来ないのである。

以上の理由で本件公訴状は罪体を特定しておらない。

然り而して、第一、二審共にこの事を看過し、本件公訴を棄却することなく実体の判決をなしたのであるから破棄は免れないものである。

第二点　第一審は、証拠に依らずして事実を認定し、及び採証の原理に反して統験則上無価格の証拠を採用し、経験則に反した事実認定をしており、第二審もまたこの判決を維持せる違法がある。

第一審判決を査閲するに、前記公訴事実の第八の一、二、三、に対応する事実認定は原審判決の

に於いて判示する処であるが、

(イ)　公訴状にいわゆる内容品不詳の荷物に関し、判決の措辞概ね公訴状の記載を踏襲し、加えて壇に「原価の三倍が三万円を超えないものと認める」と認定している。而かも右原価認定の資料となる可き証拠は、その判決の挙示する証拠の中に発見する事が出来ないのであつて、畢竟第一審はこの点に関して証拠に依らずして事実を認定している。

(ロ)　更に一歩をさかのぼつて、右「内容不詳の貨物」が輸入貨物なりや否やに関する証拠を案ずるに、これに関しては被告人幸田及び相被告人等、訴訟関係人の供述があるだけである。

これ等の者は単に主犯者区発南等に使役せられた人夫に過ぎない。同人等の計画実行に深く参与してはおらないのである。而して捜査当局はこれを責めて「外国船――我が国の港から出て行く船であることに不拘――から海上に投下せられた荷物であるから密輸入品又は不正の品と思うた」旨の供述を得たに過ぎない。

故にこれ等の供述は、被告人等に犯意の存在することを認定する証拠となす事は出来ても、客観的に区発南等を主犯とする「密輸入行為及び輸入貨物なる客観的事実」を証明することは出来ない。従つて此の客観的事実は別に証拠を求めて立証しなければならない筋合である。然るに本件には他に適当な証拠はなく、右貨物の内容さえ不詳であつて密輸入品なりや否やを断じ難いのである。然り而して、第一審が被告人の推測による供述（犯意立証の証拠）を採り直ちに密輸入行為及び輸入貨物なる客観的事実認定の資料とした事は、明らかに論理上の飛躍であり経験則に反する事実認定である。この第一審判決を肯認した第二審判決も、また同様の違法あるものである。

以上の理由に依り原審判決を破棄し、無罪の判決又は差し戻し乃至移送の判決を求める次第である。　以　上

昭和二六年(あ)第四一八五号

決定

本籍　栃木県河内郡国本村大字岩原五五〇番地

住居　同所六九六番地の三

農業兼日雇

鈴木紋三こと

高橋文作

明治三四年四月二五日生

右の者に対する窃盗被告事件について昭和二六年七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

弁護人菊地三四郎の上告趣意第一点は判例違反をいうけれどもその実質は単なる訴訟法違反事実誤認の主張に帰するし（第一審判決は数多の証拠を挙示しておりこれ等の証拠によれば同判示の各窃盗の事実はこれを首肯するに難くないのであつて、これより証拠の乏しい事案に関する論旨引用の判例が本件に適切でないのは多言を要しない。）同第二点は要するに量刑不当の主張を出でないものであつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

三月一九日決定　昭和二六年(あ)第四一八五号

三月一九日決定　　昭和二六年(あ)第四一八五号

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

昭和二八年三月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩　松　三　郎

裁判官　真　野　毅　輔

裁判官　斎　藤　悠　入

裁判官　入　江　俊　郎

昭和二六年(あ)第四一八五号

被告人　高　橋　文　作

弁護人菊地三四郎の上告趣意

第一点　刑事訴訟法第四〇五条第三号の違反あり。

一、原判決は、訴因第一、第二の事実を窃盗と認定して、その証拠に

(一)　被告人両名の当公廷における昭和二十五年九月二十二日には大沢村方面に行き、其の日は大沢村駅前の店で両人共飲酒して眠りたる旨の供述、文内の自分は賄博が好きである旨及文作の自分は失業して梅沢一三方に数回古着の売子として使い呉度旨懇情に行きたる関係上、同人をよく承知しおる旨の供述。

(二)　当公廷の証人梅沢一三、度辺フミ、福田治作、小安静子、梅沢タマの各供述。

(三)　昭和二十五年九月二十八日附今市地区警察員巡査部長関源四郎作成に係る被告人文内方捜査差押調書中の記載。

(四)　昭和二十五年十月二日附栃木県織維衣料企業組合専務理事梅沢一三の衣類十四点、外一点の任意提出書の記載。

(五)　同年九月二十七日附右同人の衣類任意提出書の記載。

(六)　同年八月二十三日附被害者小貫庄太被害届書中の記載。

(七)　同年九月二十三日附被害者齊藤伝一郎の被害届書中の記載。

(八)　同年九月二十七日附、同月二十九日附及同月三十日附齊藤伝一郎の被害品仮送付受書の記載。

(九)　河内郡富屋村食糧配給主任増淵泰久の答申書の記載。

(一〇)　昭和二十五年九月二十九日附高橋文内の司法警察員に対する供述書の記載。

㈡　昭和二十五年九月二十五日附齋藤伝一郎提出答申書の記載。

証拠品として竹行李一個の存在。

の証拠の標目を示している。

然しながら、此の何れの証拠を以てしても、被告人が現品を所持していた事実は認められるも、被告人を窃盗罪の立証関係につき昭和二十五年六月五日広島高等裁判所の判決は、賍物を所持している者は、その所持の理由について立証する責任があり、その立証が出来ない以上窃盗等の本犯と認めてよいとするというような立証責任の原則が訴訟上規定されておるのならば又格別であるけれども、現行刑法、刑事訴訟法上このような原則が容認されないこと勿論、どこ迄も積極的に犯行自体を確実に証拠立てるものがなければならない、とある。

然らば本件の第二審の判決は、前記判決と相反する判断をしたものであるので、刑事訴訟法第四〇五条第三号に該当し破棄せらるべきものと信ずる。

第二点　刑事訴訟法第四一一条二号の違反あり。

原判決は、本件につき懲役一年六ヶ月の刑を言渡しているが、被告人は前科なく又事犯さして重大ではない。而も本件は被告人が先に別件（目下東京高等裁判所第五刑事部に係属中）の事実につき検挙され、且釈放された後検挙されたもので本来なれば、此の三個の訴因は併合罪として一の刑を以て処断さるべき筋合であるが、本件は昭和二十五年十月十九日起訴となり同年十二月二十五日宇都宮簡易裁判所において判決があり、別件は昭和二十六年三月二十三日起訴となり昭和二十六年五月二十五日同一裁判所において懲役一年六月の言渡を受けているのである。

斯くて、当然一罪として処断せらるべき事実が、二つの刑を以て言渡されているので被告人には極めて不利益となり

第二審判決においては当然考慮せらるべきに拘らず、敢えて斟酌せられなかつたのは、刑の量定甚だしく不当であり、原判決を破棄するに非ざれば、著しく正義に反すると認められるので原判決は破棄せらるべきものと信ずる。

以　上

昭和二六年(あ)第四五〇三号

決　定

本　籍　門司市大字門司一三九一番地
住　居　同市吉野町二丁目一三九一番地
　　人　夫　畦　森　二　郎　大正一五年一〇月一日生

右に対する窃盗被告事件について昭和二六年一〇月二二日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人相川耕平の上告趣意は、原審において主張判断を経ていない第一審判決に関する事項を新たに主張するものであるばかりでなく、挙示の判例は何れも本件に適切でなく刑訴四〇五条の上告理由に当らない。（第一審判決によれば、被告人が他人の保管にかかる被告人以外のものの所有に属する財物につき他人の所持を排してこれを自己の支配下に置いた旨の事実を認定しているのであり、窃盗既遂の判示として何等欠くるところはない）。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

三月一九日決定　　昭和二六年(あ)第四五〇三号

一

昭和二六年(あ)第四五〇三号

昭和二八年三月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩松三郎

裁判官　真野毅

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　入江俊郎

三月一九日決定

二

昭和二六年(れ)第四五〇三号

被告人　畦森二郎

弁護人相川耕平の上告趣意

第一点　窃盗罪の保護法益は財物に対する占有である。他人の占有する財物の占有を侵奪するところに窃盗罪が成立する。従つて窃盗罪の構成要件を判示する場合には、其の財物の占有関係を明白ならしめねばならない。御庁判例（昭和二三年(れ)第一九一三号、同二四年四月二六日三小廷判決）が「窃盗罪は、他人の管理する財物を窃取すれば成立し、その財物が何人の所有に属するかは問うところではない」とせらるるのも一面此の趣旨を示しているのである。然るに、原判決には財物の占有者を具体的に示していない。即ち、本件第一審判決によれば「被告人は……米占領軍保管の……を窃取し」と判示せられ、一応財物の保管者として米占領軍を挙示せられているけれども、本件窃盗罪に於ける財物の占有者の特定として、只単に米占領軍と示すだけでは米占領軍と云う観念が、米国派遣の日本占領を任務とする軍隊一般を指称する称呼に過ぎないのであるから漠然に過ぎる。此の場合、宜しく米軍に属する如何なる地位に在る誰の占有であるかを具体的に判示すべきである。然らざれば、占有者を特定していると云い得ない。畢竟本件は、冒頭判例の「他人の管理に属する」と云うことについて、同判例と異つた判断を下したものと云う外ない。

第二点　窃盗罪は、無主物については成立しない。唯、其の財物の所有者が個人なると国家、其の他の団体なると占有者のものなると否と等の差異を問わぬに過ぎない。御庁判例（昭和二三年(れ)第一五六五号、同二四年二月二二日二小廷判決）が「窃盗罪は、財物が其の所持を侵害された者の所有にかかるかどうかを問わず成立する」と判示せられているのは此の趣意に外ならぬ。従つて其の財物については、所有者の存することが審理の過程に於て確認せられて居らなければならない。本件について観るに、所有者については全く明らかにされていないのみならず、証拠である米軍門司港司令部保安部

曹長ゼ・デイ・エヴアンス作成の盗難報告書には、止めた米兵の物と思料せらるとありて所有者の不明を、延いては無主物なるかを窺わせしめる記載しかない。これをそのまま採証せられた原判決は畢竟占有者のあるところ、所有者の有無は問わないとの観点に於て判決せられたのであつて、斯かる判断は刑法第二三五条の解釈を誤り、且つ冒頭判例に反する判断を下したものと云う外はない。

第三点　窃盗罪の既遂となる時期は、他人の物に対する支配を排し自己の支配下に収める時であつて、此の理は御庁判例（昭和二三年(れ)第八三〇号、同年十二月四日二小廷判決）の判示するところであり、又衣類窃盗に対する既遂時期について、東京高等裁判所判例（昭和二四年新(を)第三四三号、同年十二月十日十二刑事部判決）が「衣類等の財物はこれを屋外に持出さなければ、窃盗の既遂と認めることはできない」と判示せられている。

本件は米国軍支配下の船舶内に於て行われ、未だ其の目的とした着用もしないところを直ちに同船舶内に於て警備員に発見せられたのであるから、斯かる程度の行為に於ては未だ財物を自己の支配下に置いたとは云い得ない。然るに、これを窃盗の既遂を以て論じたのは刑法第二三五条の解釈を誤り、且つ前掲判例に反する判断を下したものである。

以上の理由を以て原判決は破棄せらるべきものと信ずる。

以上

昭和二六年(あ)第四五八九号

決定

本籍　群馬県群馬郡倉賀野町三九九番地
住居　東京都足立区千住緑町八番地　秋葉練治方
鳶職　上原次郎　大正五年二月一七日生

右の者に対する窃盗被告事件について昭和二六年八月三〇日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理由

弁護人千速賢正の上告趣意第一点は判例違反をいうけれども、その実質は、事実誤認を前提とする法令違反の主張に帰するし、（論旨引用の判例は本件のように犯罪の日時が一日乃至数日を隔てゝ行われ、目的物も銅線、バビット、砲金屑のごとく種類を異にし、従つて、犯意が単一とは認められない案件には、いずれも、適切でない。）同第二点は量刑不当の主張であつて、共に、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

三月一九日決定

三月一九日決定　　昭和二六年(あ)第四五八九号

よつて同四一四条、三八六条一項三号、一八一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。

昭和二八年三月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　斎藤悠輔

裁判官　真野毅

裁判官　岩松三郎

裁判官　入江俊郎

昭和二六年(あ)第四五八九号

被告人　上原次郎

弁護人千速賢正の上告趣意

一、原判決は従来の最高裁判所判例と相反する判断を為し法律の適用を誤りたる違法あるものである。

本件は原審に於て林弁護人が控訴趣意書で詳細に陳述している通り、「被告人は勤務先でエレベーターの解体工事に従事している中その解体作業にともない古い金属が多量に出て来たので、その金属屑の一部を持ち帰つたと言う事案であつて、右は丁度大工が家屋建築中出来た木屑を持ち帰るのと同様の性質のものである。而して右大工の場合等は役得として大目に見られ起訴される様な事はないのである。被告人の所為も全く右の大工の行為と同様世間一般に役得として大目に見られ犯罪視されていない」「犯情極めて軽い」事件である。然かも本件事案を精査するに、その行為たるや日時は幾分異なると雖も昭和二十六年二月九日から同年二月二十一日に至る僅か十三日間に繰返された行為で、犯行の場所も被害者も、同一場所同一人であるし、又窃取したものとしても、前記原審弁護人の言う通りエレベーターの解体作業に伴い発生した金属屑である。これは明らかに単一の犯意の発現たる一連の動作であつて、包括的に単一の窃盗罪を以て処断すべきものであつて、数個の窃盗罪ありとして併合罪を以て処断すべきものでない。最高裁判所昭和二十四年七月二十三日第二小法廷判決（最高裁判例第三巻八号一三七三頁）もこの趣意であると解する。名古屋高等裁判所昭和二十五年六月十四日金沢支部判決（高裁特報第五号六八頁）も同様である。然るに原判決は「法律に照らすに被告人の所為は各刑法第二三五条に該当するところ以上は刑法四五条の併合罪なるにより」云々として「同法第四十七条により」法定の加重を為している。これは明らかに原審が充分なる事実の審理を尽さず法律の解釈を誤まり従来の最高裁判所の判断に反した判決を為したも

のである。本件を包括一罪として所断するか数罪併合として所断するかは判決に影響を及ぼすこと明瞭だから当然原判決は破棄さるべきものと信ずる。

二、又原判決は前記原審弁護人の言う通り「犯情極めて軽く」「被告人は完全に被害を弁償し示談も成立しており改悛の情極めて顕著なものがあるから」懲役十月の刑に処することは刑の量定甚しく不当であると信ずる。この点においても原判決は破棄さるべきものである。

以　上

昭和二七年(あ)第四九七八号

判　決

本　籍　鹿児島県鹿屋市中名七三六六番地の一
住　居　福岡県小倉市清水町四丁目五一七番地
古物商　木谷久雄
大正一二年四月一五日生

右に対する強盗殺人、住居侵入被告事件について昭和二七年八月五日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。
当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

弁護人鈴木熊七の上告趣意について。
所論は結局事実審の裁量に属する量刑を非難するに帰し、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。
被告人の上告趣意について。
原審が事実認定の資料とした証拠中に、被告人の司法警察員に対する第四回乃至第七回供述調書の存することは、所論のとおりである。しかし、該供述調書における被告人の供述が、所論のように取調の衝に当つた警察員の強制と誘導とに基ず

三月一九日判決　昭和二七年(あ)第四九七八号

三月一九日判決　　昭和二七年(あ)第四九七八号

くものであることを認むべき証跡は記録上存在しない。（第一審において検察官から右供述調書につき証拠調の請求があつた際にも、被告人の弁護人はこれを証拠とすることに同意しているのであり、その他被告人側から前示調書における供述の任意性を争つていない。）また、原判決は所論のように被告人の自白を唯一の証拠として判示事実を認定したものではなく、所論自白の外に数多の証拠を綜合認定の資料に供しているのである。そしてそれらの証拠はいずれも右自白を補強するに十分であり、結局原判決挙示の証拠を綜合すれば、原審の事実認定はこれを肯定するに足るものと認められる。されば所論憲法違反、訴訟法違反の主張は、その前提を欠くものであつて、畢竟論旨は事実審が適法になした事実の認定を非難するに帰着し、上告適法の理由に当らない。なお記録を精査しても本件では刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて刑訴四〇八条、一八一条一項に従い裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二八年三月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩　松　三　郎

裁判官　真　野　毅

裁判官　斎　藤　悠　輔

裁判官　入　江　俊　郎

昭和二七年(あ)第四九八七号

被告人　木谷久雄

弁護人鈴木熊七の上告趣意

一、原審判決は量刑甚しく不当なる判決である。

弁護人は二回に亘つて一件記録を精査したものであるが第一審の裁判並に原審裁判は本件の結果に重点を置えた裁判であると信ずる。如何となれば結果から見れば強盗であり、殺人あり、更に第一審裁判は強姦の点も有罪と認定したものである。従つて此の結果論から看る時は誠に極悪非道の犯罪と云ふ事が出来る。然しながら其の動機並に経過から見る時は極悪非道の犯罪と言えるか否や疑問の存する所である。一件記録に依れば被告人古物商である所営業も思ふ様に行かず、更に妻は病気に罹り、更に家屋の建築代は請負人に請求せられた為めに思案の結果窃盗でも犯して其の急場をのがれんとして本件を犯したものである。従つて始めから強盗や殺人を仕様と計画したものではない。始めは空巣に入ろうと思つて居たものである。故に被害者が外出したと思つて入つた処未だ被害者は外出せず驚えて泥棒々々と連呼した為めに其処にあつたタオル等で殺害したものであつて被告人は最初窃盗の目的で入つたものであるから何一つとして兇器等は持参しなかつたものである。全く偶発的に時の情勢に依つて誤つて殺して仕舞つたのである。誠に被害者は不幸であつたのである。故に一件記録を精査しても兇器を以て殺害した点は少しもない。

殺害の手段は前頸部を扼圧して死に至らしめたものであるから、極悪非道な犯罪と認定して極刑の死刑の判決は甚しく量刑不当と言ふ事が出来る。故に原審判決は此の点に付いて破棄を免かれない。

其の他の点に付いては被告人の上告趣意書を援用する。

以　上

被告人の上告趣意

本件につき福岡高等裁判所の判決は（強姦を除く）原審と同じく事実誤認の違法があります。長崎市警察署の司法警察員の一方的取調べで強制されたる誘導訊問に依つて作られましたる自暴自棄的な何等任意性のない自白調書を以つて極刑に処せられましたる事は私として誠に不合理な事と存じますので今一度上告し茲に其の理由を申述べさせて頂きます。

第一　本件につき長崎市警察署の司法警察員の取調べで私の意志は全然無視され発言出来得ない立場に追込まれ司法警察員の云ふ通り自白をせざるを得ない様になつてしまつたのであります。即ち前日の汽車のつかれもとれない内に朝早くより夜遅くまで取調べられ休む暇とて与へられず数人の刑事（司法警察員）によつて囲まれあだらう、こうだらうと聞かれ又何回と同じ事を言はされ故意に精神的困乱に落入るやうに仕向けられたのであります。又刑事達は私に「自分達の（刑事）言ふ通りに何んでも白状しなければ憎まれるぞ、憎まれれば十年ですむ処が十五年も行かねばならぬぞ」と度々言ひ聞かされましたので、私としても留守と思つて空巣に這つたのが家人が居て結果に於ては強盗となり又気絶してゐたと思つたのが死に至つてゐた事は事実でありますので少し位悪く書れても検察官や裁判官に対し憎まれぬやうにと思つて司法警察員の言ふ通り認めたのであります。

又やつてゐなゐ強姦迄も「局部の毛は少なかつたか」とか証拠があるの何んのかんのととう〳〵やつたように認めさせられましたのであります。

又それが為に最初に奥さんと格闘した際に大声で騒がれたので騒がれぬやうにとしらず〳〵の内に首を絞めて居りました処がぐつたりとなり気絶されたのと思ひましたので気がついて又騒がれぬやうにと逃げて近所の人に知らされぬやうに

と布団で巻いた云々では強姦が出来ない為に司法警察員の言われた通り又証拠等とうまく合つて行くやうに作られたのであります。そうして司法警察員の言はれたり通する事が私にとつて一番良い事だと思ひこまされた為に第一審に於て思はぬ結果をまねきました。結局私が余りにも幼稚な考へしかなかつた為ですが幸にも高裁に於て取上げられ裁判の結果強姦は無罪となりましたが強姦を除く外は原審通り殺意あつての強盗殺人となりました事は心外でなりません。強姦をしてゐないと言ふ事実を考へ又今まで私が申述べましたやうに司法警察員の手柄の為に口車に乗せられたのであつて何等任意性のない自白である事が明かに解る事と思ひます。

又只今より申述べます事によりましても尚一層よく解る事と思ひます。

第二　「判示冒頭から同女を玄関横四畳半の間に連れ込み同所に身体を仰向けにしてころがしその抵抗を抑圧して先づ奥四畳半の間の座机抽出内から兼先久道所有の現金参千円を強取して再び前記玄関横四畳半の間に引返し隆子（奥さん）に対し現金の所在を追求をしたまで」とありますがこれは司法警察員の迎合的誘導訊問に依る自白であります。それが証拠には座机の抽出より三千円強取し奥さに現金の所在を追求をした云々とありますが司法警察員、検察官の調書にも其の時には奥さんは猿ぐつわをされ両手を縛られていた事になつてゐります。又第一審証人田代博士の証言中に「猿ぐつわをされ両手を縛られていても強いて抵抗し大きな声を出せばそれは猿ぐつわの関係でうめき声程度であらう」との趣旨の証言を見ましても、司法警察員の調書事実は迎合的誘導訊問に依るものである事が明らかに解る事と思ひます。

第三　「ズロースで更に同女の両足を縛つて再び奥四畳半の間及び六畳の間を隈なく物色したことから両手指で全く無抵抗の同女の前頸部を強く扼圧し、よつて同女をして間もなく同所に於て窒息死亡せしめて殺害したまで」の原判決が認定した通りの事実であり、右事実を原判決に摘示の医師友永得郎作製の昭和二十六年五月二十六日付鑑定書を除いたその余の原

判決に挙示の証拠を綜合して認定するとありますが司法警察員、検察官の調書の通りでありますれば奥さんの首を絞める時にはもう布団で逃げられぬやうに巻いて上下を紐で縛つてあつたと思ふ、さすれば奥さんの顔には布団が巻いてあつたしたのであります（検証調べの時の三十枚程の写真の中にあるやうになつてゐれば）、布団の上から首を絞めたやうになります。又私が殺又布団の下に手を入れて首を絞める事は出来ないと思ひます。

ない。これらに依りましても司法警察員の一方的調書である事がよく解る事と思ひます。

又控訴趣意書に書いてあります通り、泥棒〳〵と大声で叫び騒がれ私もびつくりして前後の考へもなく夢中で叫ばれぬやうにと奥さんの横辺からだきつくやうにして私の右手が奥さんの左肩より首の後を通り右肩辺に廻し左手で首を絞めたのであります。そうすると奥さんがぐつたりとなられたので気絶した事と思ひました。そして翌日福岡で証人飯川君の処で新聞を見て初めて死んで居た事を知つたのであります。此の事は飯川君も第一審で証人として申述べてくれた事でよく解ると思ひます。

又私が今申述べました事が証人田代博士の証言及び鑑定と一番よく一致する事と思ひます。何故なれば、これが事実であるから。

第四　「自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には有罪とされない」との憲法及び刑事訴訟法の精神は、本件の如く犯罪の動機手段等が量刑に重大な関係がある場合にも其の立法の精神は充分考慮せらるべきものと信じます。本件に於て原判決の認定する本件上告趣意書第二、三項に記載の事実は私の自供を訂正して居るので、各憲法及び刑事訴訟法の立法精神からしましても其の

然るに私は高裁の公判廷に於て従来の自供を外しては之を認むる資料は全然存在しない。

有利な供述を採らるべきものと思料します。

況んや録上第一、二、三項に記載する如く司法警察員に対する供述は強制と誘導に基く不任意の供述で検察官及び第一審公判廷に於ける供述も已むを得ず之を踏襲したもので全く事実に反する点が多いのであります。

以上申述べましたやうに悪い事とは云ひながら只の窃盗の目的で空巣に這入つたのが家人が居て泥棒〳〵と大声で叫び騒がれ前後の考へもなく夢中で首を絞めたのが死に至らしめたのでありました。何等殺意なくものはずみで強盗殺人となつたのであります。此の点よくお含み下さいまして御同情あるお裁きあらん事を重ねてお願ひ申し上げます。

以　上

昭和二七年(あ)第五一九九号

決　定

本　籍　朝鮮慶尚北道尚州郡青山面青山里
住　居　岡山県上房郡高梁町大字南町一九五番地
山　人　夫

保久田こと
金　喜　一
大正一三年五月二〇日生

本　籍　朝鮮慶尚南道咸陽郡瓶谷面道川里
住　居　岡山県上房郡高梁町大字南町一九五番地
無　職

河　哲　相
当三二年

本　籍　朝鮮慶尚南道山清郡山壮面洪界里二五四番地
住　居　岡山県川上郡宇治村大字遠原字下遠原
山　人　夫

福森こと
李　寿　源

三月一九日決定　　昭和二七年(あ)第五一九九号

三月一九日決定　　昭和二七年(あ)第五一九九号

本　籍　朝鮮全羅南道順天郡別良面鶴山里四九二番地
住　居　岡山県川上郡宇治村大字宇治字石田　二
山人夫　昭和五年九月二七日生

国本二郎こと
李　洪　圭
大正三年六月一五日生

右に対する各酒税法違反被告事件について、昭和二七年八月七日広島高等裁判所岡山支部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。

当審における訴訟費用は被告人金喜一、同河哲相、同李寿源の負担とする。

理　由

被告人金喜一、同河哲相、同李寿源の弁護人新藤信平の上告趣意は量刑不当の主張であり、被告人李洪圭の弁護人徳田実の上告趣意は単なる法令違反と量刑不当の主張であつていずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。（原判決に「国本二郎事李供圭」とあるのは「国本二郎事李洪圭」の明らかな誤記であること記録上明白である）。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四一四条、三八六条一項三号、（なお被告人金喜一、同河哲相、同李寿源に対し各同一八一条を適用する）によ

裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和二八年三月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判官　斎藤悠輔
裁判長裁判官　松三郎
裁判官　岩入俊
裁判官　江

三月一九日決定　　昭和二七年(あ)第五一九九号

被告人　金喜一
同　河哲相
同　李寿源

弁護人新藤信平の上告趣意

一、原判決の刑の量定は重きに過ぎ甚だしく不当であり破毀すべきものである。

金喜一は焼酎原料醪一石八斗と四斗四升計二石二斗四升を製造した、李寿源は同醪一斗を製造した事実について夫々金は懲役八月（猶予二年）罰金二万五千円、李は懲役五月（猶予二年）罰金二万円に処する旨の各判決の言渡が有つたのである。乍併金喜一は当時二十六歳、李は二十一歳の青年であり且異国に生活しながら定職なき不遇な境遇に在つた為め斯る犯行を為したのであり、且前非を悔え将来を誓つて居るのである又河は当時二十九歳なるも両親弟妹等八人家族であつて定職なく赤貧の結果犯した犯行であつて何れも真に同情すべきものである　然るに原判決は之等事情を顧みる事なく前記重刑を言渡したのは刑の量定甚だ不当であるにより破毀の上軽き刑を言渡すべきものである

以上

弁護人徳田実の上告趣意

一、原審が右被告人に対する酒税法違反事件の裁判として昭和二十七年八月七日言渡した判決書によると被告人の表示として「岡本二郎事季供圭」と為し控訴判決を言渡してゐる。然れ共本件記録編綴の昭和二十五年十月二十七日附岡山地方検察庁高梁支部検察官事務取扱副検事仁科俊一郎の起訴状によると「岡本二郎事季洪圭」に対し本件事犯の起訴が為された事が明であり、其他第一審の第一回公判調書記載、被疑者供述調書、質問顛末書、告発書記載によるも被告として起訴された のは正しく季洪圭であることが認められる。然るに不拘原審判決は被告を季供圭と表示してあり其間表示の相違がある。此相違は単に書損として看過さるべきで無く検察官起訴の被告に対し適法な判決が無かつた事に帰着し違法な判決と云はなければならない。判決は裁判所の権威ある意思表示であり、それにより起訴された者に対し科刑権が確定的に表示され訴追者においては誠に重要な利害を持つに至る文書である以上其誰人が科刑されるかは尤も厳正に表示さるべきで苟も誤記脱字等によつて刑の執行に於ても疑義を惹起するが如きものであつてはならない。故に前記原審判決は被告人を特定するためその本籍住所生年月日を併記してゐるにしても肝要な氏名の表示が相違してゐる以上単に誤記として認容さるべきでなく又之れが匡正の途もないのであるから原審判決を破棄の上適正な判決を再びせられん事を願ふものである。

二、仮りに原審判決が上告人に対し適法な判決とし是認されるとするもその量刑は著しく重きにすぐ。本件事犯は無免許にて焼酎醪約三斗五升を製造したといふにすぎぬ事犯で且製品は没収し被告人が他に処分換金した事実も認められぬ単に製造したに終つたこの事犯に懲役刑を課してゐるのは寔に不当に重いと思料され原審は部落民の他の者等が行つてゐた密醸

造に被告人が重要な関係ありとし環境を悪質に見て重刑を課したものと思料されるが本件被告人には右様の大規模密醸造に関係なく妻の病気と生活難から返礼用其他に醸造の動機が有つたのである。被告人にして実刑に服さんか現に貧困の被告の家庭は生活に途なきに至り妻子はこの悪い生活環境の下で餓死するに等しい結果に陥ることは本件記録によつて窺知出来る　如斯被告人に対しては寛大に罰金刑のみを撰択処罰されるが相当と思ふのである。

以上の理由によつて刑事訴訟法第四一一条の破棄の理由ありと思料するので相当御裁判を仰たい次第である。

以　上

昭和二七年(あ)第五七四八号

決　　定

本　籍　鳥取市吉方四八四番地
住　居　同市同町五一二番地

公衆浴場経営

池　内　源　太　郎

大正二年一〇月六日生

右の者に対する物品税法違反被告事件について、昭和二七年一〇月一日広島高等裁判所松江支部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

弁護人下田三子夫の上告趣意は刑の変更廃止を云々するけれどもメリヤス類を課税の対象から削除した所論の法律には、その附則第八項に、「この法律の施行前にした行為に関する罰則の適用については、なお従前の例による」旨規定されているから、刑法六条及び刑訴三三七条を適用すべき余地はない。所論は刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和二八年三月一九日

三月一九日決定　　昭和二七年(あ)第五七四八号

三月一九日決定　昭和二七年(あ)第五七四八号

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩松三郎

裁判官　齋藤悠輔

裁判官　入江俊郎

昭和二七年(あ)第五七四八号

被告人　池内源太郎

弁護人下田三子夫の上告趣意

本件犯行当時物品税法第一条第一種丁類七十七号（後に同丁類六十七号）によつて同法の課税物件として指定され同法第十八条によつてその違反罪が規定されていたメリヤス類は昭和二十四年十二月二十七日法律第二八六号によつて削除された結果本件裁判時においては本件メリヤス類は本法違反罪の対象とならなくなつているものである。このことは結局本件裁判時にあつてはメリヤス類に対する処罰規定が廃止されているということと同一である。そうすれば本件の場合は正に刑法第六条にいう「犯罪後の法律に因り刑の変更ありたるとき」及び刑訴法第三三七条にいう「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき」に該当するものである。従つて本件は免訴せらるべきものである。

然るに原判決がこの挙に出でず、刑法第六条及び刑訴法第三三七条を適用しないで有罪の判決を言渡したのは正に刑訴法第四一一条第一号の場合に該当すると思料するので原判決は破棄せらるべきである。

以上

決　　定

本　籍　鹿児島県鹿児島郡吉田村五二六番地
住　居　神奈川県愛甲郡厚木町二七三六番地　服部喜太郎方
　　砂利人夫
　　梶　原　純　秀
　　昭和三年一二月八日生

右に対する窃盗被告事件について、昭和二七年五月二九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

弁護人外池簾治の上告趣意は、原判決は、大審院の判例又は憲法三一条に違反するとはいうが、刑訴四〇〇条但書に依つて判決をするには、所論のように事実の取調並びに証拠調及び控訴裁判所において取り調べた証拠を資料として覆審を為し、弁論を繰返し、被告人弁護人をして最終の陳述をさせなければならないものでないことは、当法廷の判例であるから（判例集四巻四号六四八頁以下参照）、所論は、その前提を欠き刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

三月一九日決定　　昭和二七年(あ)第五九二九号

一

三月一九日決定　　昭和二七年(あ)第五九二九号

昭和二八年三月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　齋藤悠輔

裁判官　岩松三郎

裁判官　入江俊郎

被告人　梶原純秀

弁護人外池簾治の上告趣意

第一点　原判決は法律の定めた手続に依り日本国憲法の規定に依らないで被告人に刑を科した違法がある。原判決の趣旨とする処は第一審判決に於ては法律の適用に於て累犯加重を為して居るに拘らず、事実の摘示に於ては被告人に何等前科のある事実を認定していない。

従つて第二審判決は理由に齟齬があるとして第一審判決を破毀し差戻し若しくは移送の手続を採らずして直ちに判決をしたものである。夫れは訴訟記録及原審裁判所が取調べた証拠に依り直ちに判決が出来るから更に判決するとして原審判示の通り判決したものである。

因つて原審の審判手続を調査する為、原審第二回公判調書並第三回公判調書を閲するに、被告人を出頭せしめたる事実あるを以て所謂控訴の爾後審査のみの為め開廷したるに非ざるに拘らず、弁護人は弁護人及被告人より提出に係る控訴趣意書に基いて弁論し、検事は各論旨は孰れも控訴の理由なき旨意見を述べたるのみにて結審し、昭和二十七年五月二十九日を判決宣告期日として告げたのみである。刑事訴訟法第二九三条に依れば検事は証拠調が終了した後に於ては、事実及法律の適用に付必ず意見を陳述しなければならない事になつている。

原審第三回公判調書に於て明かな事は、証拠調終了後所謂最終の陳述に於て訴訟関係人は何れも意見を陳べないと記載してある。従つて検事が何等事実及法律の適用について意見を陳べてゐない事実である。

凡そ斯くの如く刑事訴訟法第四百条但書に依つて判決をするには、事実の取調並証拠調及控訴裁判所に於て取調べた証

拠を資料として覆審を為し、弁論を繰返し、被告人弁護人をして最終の陳述を為さしむべき精神なること同法第四百四条に「第二編中公判に関する規定は控訴の審判について準用す」とあるより観るも洵に明かである。何となれば同法第三七八条第三七九条第三八一条及第三八二条に基いて控訴の申立ありたるときは訴訟記録及第一審裁判所に於て取調べた証拠に現われている事実であつて、判決に影響を及ぼすべき事由あることを信ずるに足る場合には、同法第三九七条に依り第一審判決を破毀しなければならないと規定せるに反し、同法第四〇〇条但書には控訴記録並に原裁判所及控訴裁判所に於て取調べた証拠に依つて云々と規定し、新に控訴審に於て取調べたものを裁判の資料と為せばなり、旧刑事訴訟法の解釈としては大審院に於て原審の確定したる事実に依り裁判する場合には所謂破毀自判と云ひ、上告審の爾後審査のみに依り判決したるも原判決は証拠に依らずして事実を認定したる違法ありとして原判決を破毀する場合には、必ず自ら事実の審理を為すか又は原裁判所に差戻すか又は同等の他の裁判所に移送せる慣例は以て参考とするに足る。而して新法控訴審の規定を通覧するに主として爾後審査の制度に則り原判決を破棄するときは事件を原裁判所に差戻すか又は原裁判所と同等なる他の裁判所に移送するを原則とし、又原裁判所に於て確定したる事実に対し法律を適用するときには所謂破棄自判の場合もあるべく此等の場合には訴訟記録及原裁判所に於て取調べた証拠は、右爾後審査の資料たり得べき事明かなり、然れども控訴裁判所に於て取調べた証拠を追加せる叙上第四〇〇条に依り被告事件に付更に判決する場合には、第一審の公判に関する規定を準用して事実審を反覆すべき事贅言の要を見ない。由是観之原審に於ては訴訟手続の解釈に関する錯誤あるものと謂ひ得べく、而も刑事訴訟法中重要なる事項たる事実説の要ない。大審院に於ても訴訟手続中重要なる点に違背あるときは原判決を破毀し、否らざるときは上告を棄却したる判例あるから此違背は刑事訴訟法第四百五条第三号に当るのみならず、日本国憲法第三十一条には「何人も法律に定める手続によらなければその生命若しくは自由を奪はれ又は其の他の刑罰を科せられない」とあり、本件は刑事訴訟法第四百五条第一号の事由にも当り該違法は判決に影響を及ぼす

事明かな場合である。尚同法第三百八十条の違背は職権調査事項たる事、同法第四百十一条の規定上明かなれば茲に職権の発動を促す場合にも該当す。

以上何れの見地よりするも原判決は破毀を免れない。

以上

昭和二六年(あ)第一九八九号

判　決

本籍並びに住居　大阪府南河内郡北八下村大字野遠二七七番地

農　業　菅　根　清　蔵　明治三四年七月一五日生

右の者に対する食糧管理法違反被告事件について、昭和二六年三月三〇日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

弁護人矢部善夫の上告趣意について、

憲法三七条三項前段所定の弁護人を依頼する権利は被告人が自ら行使すべきものであつて、裁判所は被告人にこの権利を行使する機会を与え、その行使を妨げなければ足るものであること、及び同項後段の規定は被告人に対し弁護人の選任を請求し得る旨を告知する義務を裁判所に課しているものでないことは、既に当裁判所大法廷の判例とするところである（昭和二四年(れ)第二三八号、同年一一月三〇日大法廷判決、昭和二四年(れ)第六八七号、同年一一月二日大法廷判決参照）。本件記録によると原審は被告人に対し控訴趣意書提出最終日を昭和二五年一〇月一四日と定めて通知し、被告人は同年一〇月九日

三月二〇日判決　昭和二六年(あ)第一九八九号

三月二〇日判決　昭和二六年(あ)第一九八九号

自ら作成した控訴趣意書を提出し、原審は昭和二六年三月一二日弁護人奥田忠策を国選し、右国選弁護人は同日の公判期日において異議なく被告人の控訴趣意書に基き陳述し弁論を終結していること及び原審においては弁護人を選任し得る旨の告知をしなかつたことが判るのであるが、原審における右手続が憲法三七条三項に違反するものでないことは前示判例に徴して明白であるから、論旨の第一はその理由がない。

次に論旨第二は、刑訴四〇五条所定の適法の上告理由にあたらない。また記録を調査するも本件につき刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて刑訴四〇八条一八一条により全裁判官一致の意見により主文のとおり判決する。

昭和二八年三月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

昭和二六年(あ)第一九八九号

弁護人矢部善夫の上告趣意

被告人　菅根清蔵

第一、原判決には、被告人に対し弁護人を選任するかどうかをきめる機会を与えないで、審理した憲法違反の事由がある。

公訴の提起があつたときは、裁判所は遅滞なく被告人に対し、弁護人を選任することができる旨及び貧困、その他の事由で弁護人を自ら選任することができないときは、裁判所に弁護人の選任を請求することができる旨を知らせなければならない。即ち、弁護人を選任するかどうかをきめる機会を与えねばならないと刑事訴訟法第二百七十二条に定められてある。この規定は、同法第七十六条、第七十七条と同様、被告人の基本的人権を尊重し、擁護しなければならないとする人権保障のために設けられた憲法第三十七条第三項に由来するものであつて、上訴審においてもこの規定が当然準用せられるものであることは、刑事訴訟法第四百四条、第四百十四条の解釈上疑いないところである。

本件被告人は、昭和二十五年八月四日控訴申立をしたのであるが、原審においては被告人に対し単に「控訴趣意書提出の最終日を同年十月十四日」と指定して通知しただけで、弁護人を選任するか、どうかをきめる機会を与えたと思われる形跡がないのである。してみると、原審においては被告人の人権保障については、少しも考慮しないで審理したこととなるから、原審の判決は憲法第三十七条第三項に違反したものといわねばならない。

第二、原判決には、不当に弁護権の行政を制限した違法の事由がある。

原審の第一回公判期日は、昭和二十六年三月十二日午前十時に開廷され、国選弁護人奥田忠策が出頭して、被告人提出の控訴趣意書に基いて弁論をして結審となり、同月三十日午前十時、控訴棄却の判決が宣告されたことが記録によつて明白である。原審が、被告人に対し弁護人を選任するか、どうかをきめる機会を与えなかつたことは前項に記載した通りで

あるが、弁護人選任書によれば弁護士奥田忠策は、同年三月十二日国選弁護人に選任されたのであるから、その選任は公判開廷の直前に行われたものである。してみると、奥田弁護人はその時以前において、本件に関する一切について調査したこともなく、又は何事も知らなかつたのであるから、公判廷に出頭しても事案の内容については全く白紙の状態で臨んだのであつて、ただ単に形式的に公判廷の員数に加わつただけのものであつた。原審のやつたこのような弁護人選任の方法は、被告人の人権保障の面から考えて果して合理的、且つ妥当な措置といい得るであろうか——甚だ疑問とせざるを得ないものがある。

控訴の審理は、控訴趣意書だけを対象とするのであるから、控訴趣意書の内容如何は被告人の運命を左右する最も重要な事項である。そうして、控訴趣意書を立案作成するについては方式、内容について厳格な制限が法定せられておるのであるから、専門的智識に暗い通常人には容易になし得ない訴訟技術である。それ故、被告人の人権を擁護し、その利益のためには専門的智識、経験ある弁護人をして、犯人犯行に関する一切の事情を調査、検討せしめた上で、弁護人をして控訴趣意書を立案提出させることが合理的、且つ妥当の措置として要請せられる所以である。

本件においては、控訴趣意書が被告人自身から提出せられ、弁護士奥田忠策が公判開廷の直前に弁護人に選任せられたのであつたから、既に弁護人として本件事案の内容を調査して、控訴趣意書を作成することができない情況に在つたのであるから、原審においては、故意に弁護権の行使を制限したものと断定することができる。

以　上

昭和二六年(あ)第二一一九五号

決　定

本　籍　八王子市追分町二〇番地
住　居　東京都江戸川区東小松川五丁目七〇二番地
塗　装　業
丹　羽　一　一
明治四三年一一月三日生

右の者に対する恐喝被告事件について昭和二五年一一月一六日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人桑名邦雄の上告趣意第一点について。

原審第二回公判調書（二〇一丁）によれば「被告人は当公廷で身体の拘束を受けない」との記載があつて、被告人が同公判法廷に出頭したことは明かに観取できるのであるから、論旨のごとき違法の主張は当らない。

同第二点について。

新刑訴法下の控訴審においてはその性格上、所論のごとき刑訴二九三条、刑訴規則二一一条等の第一審に関する規定の準用がないことは当裁判所の判例とするところである（昭和二五年(あ)第一四一五号、同年一〇月一二日第一小法廷決定。判例

三月二〇日決定　　昭和二六年(あ)第二一一九五号　一

三月二〇日決定　昭和二六年(あ)第二一九五号

集四巻一〇号二〇八七頁以下参照)。論旨は憲法違反の前提を欠くので理由がない。

同第三点について。

論旨は、量刑不当の主張であつて、刑訴四〇五条の適法の上告理由に当らない。

また同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和二八年三月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

弁護人桑名邦雄の上告趣意

第一点　原判決の基礎となる第二回公判調書(昭和二十五年十月二十四日)に於て、被告人が当該法廷に出頭したか否かの点を記載しておらない。即ち、刑事訴訟法第四〇四条及び同第四八条の違反であつて、著しく正義に反するものであり、刑訴第四一一条に基き上告の理由とする。

第二点　若し、原審第二回公判廷(昭和二十五年十月二十四日)に被告人が出頭せるものなりとせば、被告人と出頭の弁護人に対し、最終の陳述をする機会を与えたことを右公判調書に記載することを要するのである。

然るに、右公判調書を検査するに、被告人、若くは弁護人に最終陳述の機会を与えたこと、又は被告人、若くは弁護人が最終陳述したことの記載がない。

これ即ち、刑事訴訟法第四〇四条、第二九三条、刑事訴訟規則第二一一条、第四四条の違反であるばかりでなく、憲法第二一条の言論の自由の保障に対する剝奪であり、憲法第三一条の明定あるに係らず、法律の定める手続によらない自由の剝奪である。憲法違反として、著しく正義、国憲に反するから、刑事訴訟法第四一一条に基き上告の理由とする。

第三点　本件恐喝罪として、懲役一年は刑の量定が甚しく不当である。其の詳細は、

(1)　被告は、第一審相被告李百石と共に、旧情を温め飲酒し、両名連行して

(2)　同業者で、昵懇者青野福太郎宅訪問に際し、同人が被告のポケットに千円差入れた。(青野の証言、両被告の供述)

同業者昵懇者黒須長一郎宅訪問の際、同人が其の宅前途上で李に千円手渡した。(両被告の供述)

同業者昵懇者外山荒次郎宅訪問の折、同人が其の玄関先で李に千円貸与し、翌日返還済。(外山の証言、両被告の供

述）

(3) 右被害者三名より、御寛大処置願の第一審提出の上申書。
(4) 塗装業の定職。永年、江戸川区東小松川五の七〇二番地定住。
(5) 妻の外、五児を擁し、円満家庭で再犯の虞なく、
(6) 前刑昭和二十二年一月十七日言渡、窃盗罪懲役一年、但し三年間猶予は、同二十五年一月十六日の満了で解消し、
(7) 改悛情顕著で、塗装業に専念中である。

仍つて、刑事訴訟法第四一一条に基き上告の理由とする。

以　上

昭和二六年(あ)第二二八七号

判　決

本　籍　都城市大字五十町一九〇番地
住　居　同市横市町上袈原　北山栄方
　　ブローカー
　　平江義治こと
　　北　山　宏
　　大正九年一〇月一〇日生

右に対する賍物収受被告事件について昭和二六年五月一八日福岡高等裁判所宮崎支部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。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

弁護人河村範男の上告趣意第一点について

簡易裁判所の事物管轄に属する刑事事件が簡易裁判所に起訴された後、検察官においてその訴因罰条の変更を請求し、同裁判所がこれを許可したためその事件が簡易裁判所の事物管轄に属しないこととなつた場合においても、同裁判所が刑訴三三二条により事件を管轄地方裁判所に移送することを妨げないものと解すべきである。（ただしかかる場合においては、簡

三月二〇日判決　　昭和二六年(あ)第二二八七号

三月二〇日判決　　昭和二六年(あ)第二二八七号

易裁判所が訴因罰条変更請求の許可の決定を留保したまゝ移送するを可とする。）而して記録に徴すれば、本件は当初窃盗事件として岩川簡易裁判所に起訴せられ、その審理中昭和二五年一〇月一七日検察官より賍物収受として訴因罰条変更を請求し、同日同裁判所はこれを許可した上刑訴三三二条により事件を鹿児島地方裁判所鹿屋支部に移送したものであることが認められる。（当時の裁判所法三三条によれば賍物収受罪は未だ簡易裁判所の事物管轄に属せしめられていなかつた）されば右移送の決定が違法というに足りないことは前判示のとおりであり、所論違憲の主張はその前提を欠くものであつて理由がない。

同弁護人の爾余の上告趣意並びに被告人の上告趣意はいずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても本件につき同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条、一八一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。

昭和二八年三月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

弁護人河村範男の上告趣意

第一点　原判決は刑事訴訟法第三百十二条第一項の規定に違反し訴因変更を許容し、且刑事訴訟法第三百二十九条の規定に違反したる移送手続を許容し、審判の請求を受けない事件に付判決し因て憲法第三十一条に違反し、法律の定める手続に依らずして被告人に對し刑罰を言渡した違法がある。

(一)　昭和二十五年九月二十二日、猪ヶ倉重利、丸山某との窃盗の共犯として起訴された被告人に對し、検察官が同年十月十七日訴因を賍物收受と変更した。

刑事訴訟法第三百十二条に所謂公訴事実の同一性を害しない限度、換言すれば訴因の変更が許される範圍は、訴因として構成される基礎事実が同一であり且新旧訴因間に決定的な爭点の変更が存しないことを要すると解せられる。

「被告人は猪ヶ倉重利、丸山某と共謀の上、川野旅館客室に於て高本秀雄所有の現金一千五百四十二円他懐中時計、衣類等六点を窃取した」との旧訴因と「被告人は岩川驛待合室に於て窃盗犯人猪ヶ倉重利からその窃盗にかかわる現金三百円及び懐中時計一個外衣類等四点をその賍物である情を知りながら收受した」との新訴因は犯罪の場所、被害品共犯者の有無等に於て其の基礎事実が著しく相違し且両訴因間に決定的な爭点の変更があり、被告人の防禦權に実質的な不利益を生ずるものである。従つて右訴因変更は刑事訴訟法第三百十二条第一項の規定に違反し違法と謂うべく、賍物罪としての起訴なかりしことに歸する。

仍つて原判決は審判の請求を受けない事件につき判決し、因て憲法第三十一条に所謂法律の定める手続に依らずして

被告人に對し刑罰を言渡したものであつて、憲法違反として破棄を免れないものと思料する。

(二) 岩川簡易裁判所は昭和二十五年十月十七日檢察官より訴因及び罰條変更の申請に基ずき昭和二十五年十月七日裁判所法第三十三條第三項及び刑事訴訟法第三百三十二條に則り本件を鹿兒島地方裁判所鹿屋支部に移送する旨の決定をしており、之は同日の岩川簡易裁判所第三回公判調書の記載に徴し明認される。

本件移送の決定ありたる當時、裁判所法第三十三條第二項の規定によれば、簡易裁判所は、原則として禁錮以上の刑を科することをえず、ただ刑法第二百三十五條の罪若しくはその未遂又はそれらとの想像的併合罪又は牽連犯で窃盗罪として罰すべきものについては、三年以下の懲役を科することができることになつている。從つて選擇刑として罰金を定められている事件につき、罰金を言渡さない場合、窃盗罪又はその未遂として処斷する事件で三年を超える懲役を科すべき場合には、簡易裁判所は管轄を有するが、判決をすることができない。そこで裁判所法第三十三條第三項は、

「訴訟法の定めるところにより事件を地方裁判所に移さなければならない」としており、右の訴訟法の定めるところが即ち刑事訴訟法第三百三十二條である。從つて簡易裁判所が裁判所法第三十三條第三項刑事訴訟法第三百三十二條の規定により管轄地方裁判所に決定を以て事件を移送する場合は簡易裁判所と地方裁判所とが競合管轄を有する場合に関し、本件の如く簡易裁判所が事物管轄を有せざるに至つた場合は即ち刑事訴訟法第三百二十九條に依り判決で管轄違の言渡をしなければならない。

然るに同裁判所が前記の如く移送の決定をしたのは前記法條の解釋適用を誤り、移送手續はその規定に違反し無效であつて事件送致の效力は生じないから、原判決は審判の請求を受けない事件に付判決をしたことになる。仍つて憲法第三十一條の所謂法律の定める手續に依らずして被告人に對し刑罰を言渡した場合に該当する。

叙上の理由に依り原判決は憲法の違反あるものとして破棄を免れないものと思料する。

第二点　原判決は採証の法則を誤つた結果事実の誤認があり、其の誤認は判決に重大なる影響を及ぼすことが明らかである。

(一) 原判決は

「しかし、原判決に擧げた証拠を綜合すると、被告人が原判示日時、場所に於て猪ヶ倉重利から受取つた現金は同人が他から窃取してきた贓物であり、被告人が贓物であることを知りながら同人から右現金を無償譲渡を受けた事実を認めるに十分であつて、記錄を精査しても、原判決の認定に誤があるものとは思われないから、論旨は理由がない。」と判示しているが、此の点に付原判決は重大なる事実の誤認がある。

被告人が猪ヶ倉重利から受取つた現金三百円に付贓物たるの認識がなかつたことは被告人が第一審公判以来終始主張し續けているところである。

之は昭和二十五年九月二十八日岩川簡易裁判所第一回公判調書、同年十月十七日同裁判所第三回公判調書中の被告人の各供述記載に徴し明らかなるのみならず、被告人が現金三百円を猪ヶ倉重利から受取つた趣旨は、被告人が右猪ヶ倉方に於て靴を盗まれたことがあり其の弁償の意味であつて、從つて右金三百円が贓物であるとの認識は右金員授受の当時被告人には寸毫も存しなかつた。

昭和二十五年十二月二十一日鹿兒島地方裁判所鹿屋支部第二回公判調書中、被告人の

「問、その時、現金を貰つたか、

答、衣類を鞄に入れた後猪ヶ倉から三百円貰いました。

問、その金は何故受取つたか、

答、私は鹿兒島市で猪ヶ倉の家に遊びに行つたとき靴を盗まれた事があります。そのとき猪ヶ倉と同居していた大園という人が家で靴がなくなつたので、申譯ないが私が弁償するからと言つて猪ヶ倉と一緒に岩川町に汽車で行くと

き猪ヶ倉に五百円持たせてやるからとの事でありました。そして猪ヶ倉と一緒に岩川町まで行つたのでありますが汽車の中、猪ヶ倉が私に對し二百円位御馳走してしまつたので殘額三百円はまだ猪ヶ倉から貰う金があると思つていたのでその三百円を受取つたのであります。」

なる旨の供述記載並びに之に照応する昭和二十六年五月十一日福岡高等裁判所宮崎支部第二回公判調書中、証人猪ヶ倉重利の証言中

「問、岩川驛で証人から被告人に對して金三百円渡したか、

答、はい渡しました。

問、其の理由は、

答、それは其の時の以前に私の家で被告人の靴が紛失したことがありました。其の弁償として義兄大園清光から渡してくれと言つて五百円を預つていたもので三百円丈を渡したのです。

問、二百円はどうしたか、

答、其の二百円は私が費いました。

問、其の金は盗んだものではないか、

答、左様なことはありません。（中略）

問、証人から被告人に對し三百円渡した時刻は、

答、それは驛で一夜を明かした朝方でありました。

問、証人は家を出る時幾何の金を所持していたか、

答、大園から預つた五百円以外に三千円許り持つて居りました。」

なる旨の供述記載に徴すれば、猪ヶ倉重利は義兄大園清光より被告人に對し盗まれた靴の弁償として金五百円を渡すべく托され、右金員中二百円許りは車中食物を買い殘額三百円を被告人に渡したのであつて、猪ヶ倉は右五百円の外現金三千円許り所持して被告人と行を共にしたこと明らかである。

然るに原判決は原審に於ける証人猪ヶ倉重利の証言、並びに前記被告人の各供述が詳細に金員の出所經路を詳述しているに拘らず、之を採用せず強いて之を贓物にして且之が授受に際し被告人に於て贓物たるの情を知悉していたと為すは、採証の法則を誤り重大なる事実の誤認あるものと謂わねばならぬ。

(二) 原判決は第一審判決を是認し、被告人が懐中時計一個を贓物たるの情を知り乍ら收受したことは重大なる事実の誤認がある。

前記証人猪ヶ倉重利の証言中

「問、それから被告人に對して懐中時計一個を渡したことがあるか、

答、あります。

問、其の時計を渡した理由は、

答、其の時計は私が丸田から預つていてくれと言われて預つていたもので、便所に行く時シャツのポケットから落していかぬと思つて被告人に渡したものでありました。私はその時はシャツ一枚でありました。

問、丸田は証人に對し何と言つて預けたか、

答、只預つてくれと言つて渡しました。

問、証人は何と言つて被告人に渡したか、

答、私も只預つてくれと言つて渡しました。

問、丸田は其の時計はどうしたものか、

答、それは知りません。」

なる旨の供述記載、昭和二十五年十二月二十一日鹿兒島地方裁判所鹿屋支部第二回公判調書中、被告人の

「問、その猪ヶ倉から懐中時計を受取つた事があるか、

答、猪ヶ倉が私のポケットの中に懐中時計を入れたのであります。

問、懐中時計を被告人に渡すとき猪ヶ倉は何んと言つたか、

答、中山から金のかたに取つたと言いました。

問、その時被告人は何故時計を受取つたのか、

答、朝の一番列車が五時過ぎでしたので要ると思つて時計を預つたのであります。

問、被告人が時計を貸してくれと言つたのか、

答、私が時刻を猪ヶ倉に聞いたところ、猪ヶ倉は時計があるから貸してやると言つて渡したので借りたのであります。

問、その時、時計は猪ヶ倉のものであると思つて居たのか、

答、時計も良い加減なものであると思つて居りました。（中略）

問、被告人はその時自分の時計を持つていたか、

答、時計は持つて居りませんでした。」

なる旨の供述記載に徴する時は、被告人は当時、時計を持つていなかつたので猪ヶ倉重利に時間を聞き同人から時計を借りたものであつて、右時計に付贓物たるの認識なかりしものである。時計が良い加減なものと思つたとの被告人の供

述自体から右時計が贓物であるとの認識あつたと断定するには証拠不十分であり、かえつて被告人の供述の全趣旨を証人猪ヶ倉重利の証言と考覈綜合すれば贓物たるの認識なかりしことは明らかである。

然るに原判決が証人猪ヶ倉重利の証言を毫も顧慮するところなく被告人が贓物たるの認識を有し、懐中時計を收受したと認定し、何等右証言を排斥すべき根拠なきに拘らず之を排斥したのは採証の法則を誤り、重大な事実の誤認あるものと謂わねばならぬ。

然るに原判決が之に對し懲役刑を言渡したのは採証の法則を誤り、不当の証拠に基ずき事実を認定した違法があり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する場合に該当すると認められる。

仍つて刑訴上の理由に基ずき原判決は破棄を免れないものと思料し茲に上告に及ぶ次第である。

以　上

被告人の上告趣意

第一審、第二審共明らかに事実を誤認しているものでありまして、其の誤認が判決に重大なる影響を及ぼしているのであります。

一、誤認の点に就て

(イ) 第一審に於ける記錄に、私が時計を預る時変に思わなかつたかと言う問に對し「変に思つた」と述べました事は、猪ケ倉重利とは数年来の交際であり、後日問題が法的観念に照合されると常識にては割り切る事の出来ない意義をもつて法の線上に並べたてられるのでありますが、私達不斷の生活圏内に於ては別段そんな事を意に介したり深く追究もせず、預つたからと言つて決して不思議な事でもないのであります。一言、一言を取立て探究して行つてこそ始めて理論が生じて来るのでありまして常識的には決して不自然な事ではないと言い得るのであります。逮捕後に於て訊問を受け始めて盗品であつたと聞かされ、その意識を前提として前後の状況を精考する時に於て始めて変な点もあつたと、うなずかれたのであります。

(ロ) 第一審に於ては猪ケ倉重利の住居が不明の為証人として訊問する事能わなかつたのでありますが、第二審廷に於て証人として喚問を受けたにも拘わらず猪ケ倉重利の証言は証拠權として採用されていない。

二、次の点に於ける法の解釋

(イ) 本件時計の直接の窃取者である正犯は何等法的責任を追及されて居らない。單に預つたと言うだけの私のみ責任を追及されている理由。

(ロ) 当初本件は簡易裁判所に公訴を提起されたものでありますが、審理中証人丸田正博の証言により犯罪構成の根拠が覆えされるや、同法廷に於て訴因を変更され地方裁判所へ移管された件につき、その事が刑事訴訟法に反してはいないか、果して妥当な事であるかと思われるのであります。

三、第一審廷に於ける佐藤弁護人の見解に依れば、簡易裁判所に於ける検察官の訴因変更は不当であると述べられてありますが、此の点につき佐藤弁護人の記録を御参照下さいまして再度の審理を願わしく思います。

四、以上の如き点を総合致してみまするに第二審に於ける有罪の判決は不当であります。

五、私は其の時計に関しては何等の事情も知らず、預つていたと言う事は第二審に於ける証人猪ケ倉重利の言に依つても明瞭な事であります。本件については私は何等刑事上の責任を負う必要は認めないのであります。当然無罪の判決が至当だと思うのであります。

以上

昭和二六年(あ)第二三一一号

判決

本籍　兵庫県印南郡大塩町六三四番地

住居　兵庫県加古郡母里村草谷五九番地

農場主　山本栄　大正五年九月一一日生

右に対する麻薬取締法違反被告事件について昭和二六年三月三〇日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し原審弁護人橘一三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

弁護人前堀政幸の上告趣意第一点について。

およそ所持という行為乃至容態が一個あるか数個あるかを決定するのは、必ずしも人と物との間に存する実力支配関係にあるのではなく、その行為乃至容態が社会生活上有する個別性的意義にあり、殊に所持を犯罪として観察する場合においてはその刑罰法規、手続規定等の立法の目的に立脚してのみ正当に理解し得るのである（昭和二三年(れ)第九五六号、同二四年五月一八日大法廷判決参照）。この理を推せば、物の所持の継続中新たにその物の所持を禁止する刑罰法規が施行せられた場合においては、爾後法的評価を異にした別個独立の所持が成立するものと解するを相当とする。而してその施行後継続せ

三月二〇日判決　昭和二六年(あ)第二三一一号

られる所持に対しては法令上特にその適用を除外する明文の存しない限りその新法規が、適用せられるのは当然である（昭和二五年(れ)第一一一八号、同年一〇月二六日第一小法廷判決参照）。論旨は罰則施行前の所持と罰則施行後の所持とをもつて継続する一個の所持であるとの見解に立ち、施行後の所持に対しても罰則の適用がないと主張するに帰し到底採用するを得ない。されば原審が麻薬取締法施行後の所持を対象とした本件において同法所持罪の罰則を適用したのは相当であつて、これに対し判例違反を主張する論旨は理由なきものである。また従つて本件の場合、届出義務違反の罪責を問い得るに止まり麻薬の所持そのものは依然適法であると前提して論旨に展開された違憲論もまたその前提を缺き採用するを得ないものである。

同第二点及び弁護人橘一三の上告趣意について。

論旨はいずれも量刑不当の主張であつて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

その他記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八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。

昭和二八年三月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

弁護人前堀政幸の上告趣意

第一点　原判決は麻薬取締法第三条第一項、同法第四条第三号及び同法第五十七条第一項の適用を誤り、右各法条に違反しない被告人の所為を右各法条に違反する所為なりとして、被告人を有罪と認めたから、昭和二十五年(れ)第一一一八号昭和二十二年政令第一六五違号反事件につき最高裁判所第一小法廷が昭和二十五年十月二十六日に言渡した最高裁判例と相反し因て憲法第三十九条及び同第二十九条の各規定に違反し破棄せらるべきである。

即ち原判決は第一審判決が『第二、被告人山本榮は麻薬取扱者でないのに、㈠昭和二十四年七月二十七日被告人肩書自宅で被告人沼田から正当の事由なく麻薬である鹽酸モルヒネ末五瓦（証第四号等）ナルコポン末五瓦（証第三号等）を代金五千円で譲受け、㈡同年八月頃前同所で鹽酸ヂアセチルモルヒネ一八・一瓦（証第五号等）及麻薬である鹽酸エチルモルヒネ末五瓦（証第六号等）を正当の事由なく所持し』と事實を認定し、之に對する法令の適用として『被告人山本の第二の㈠の所爲は……に第二の二の㈡鹽酸ヂアセチルモルヒネの所持の点は麻薬取締法第四条第三号第五十七条第一項に、第二の二の㈡鹽酸エチルモルヒネの所持の点は麻薬取締法第三条第一項第五十七条第一項に該当し……』と判示したのを是認し被告人の控訴を棄却しておるのである。然し判示犯罪事實中判示第二の㈡の鹽酸ヂアセチルモルヒネ（「ヘロイン」とも略記す）及び鹽酸エチルモルヒネの所持は、原判決も亦謂うておる通り「証拠上その所持は昭和二十年八月十五日の終戰以前から繼続していたものと認めざるを得ない」ものである。

然らば終戰前から薬剤師である被告人山本榮がその資格において終戰前から当時の関係法令たる薬剤師法、薬品營業並薬品取扱規則麻薬取締規則等によつて右兩種の薬品を業務上所有し所持していたことが適法であつたことは明白である。

斯くして被告人山本榮の本件「ヘロイン」及び鹽酸エチルモルヒネの所有及び所持はその「行爲の時」即ち昭和二十年八月十五日以前たる日に於て正に適法であつたのであり、その後の所有又は所持の持續は正にその「適法な所有又は所持」の結果であるのであるからこれを新たな獨立、別個の所有又は所持と爲すことは事理に反するのである。從つて過去に於て適法であつた所爲の結果であるそれらの藥品の占有の常續的狀態を捉えて之を違法となすことは國民の正常な法律生活を劫かし著しく正義に反するのであつて、憲法第三十九条が「何人も、實行の時に適法であつた行爲……については、刑事上の責任を問はれない……」と宣言しておるのは正に右の如き不正義を排除せんとするものと解さなければならないのである。蓋し所持なる概念は占有の持續的狀態を當然のこととするからである。

論者或は物の所有又は所持の如き持續的狀態は、立法者の好み欲する時点を捉えて、これを分斷し、爾後の所有又は所持を非合法化することも亦立法者の自由であると主張するかも知れないのである原判決も同じ見解に立つのかも知れないが、その既に所有又は所持せられている物は財物であつて必ず何人かの私有財産であるわけであるから、それの所有又は所持を唯單に非合法化することはそれの所有者のその財物に對する所有權を犯すの結果を生ずるのである。從つてそのことは明かにか法第二十九条が「財產權はこれを侵してはならない。財產權の內容は公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。私有財產は正當な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」と謂うておるところを蹂躙するものである。憲法第三十九条は斯様な憲法第二十九条に觸れる問題の惹起をも豫想し、人權擁護のため、斯る不正義を避けんとする何らかの立法措置を講ずべきことを立法者に要請しておるのである。

從つて既に適法に保護せられ來つている財產權をその後の立法によつて溯つて消失せしめ又は收奪するには特に憲法第二十九条の要求するところを滿たすために財產權の侵害を直接明示する法律を以てすべきは勿論更に何らかの經過的措置を定める法律を以てすべきが當然である。されば單に財產權の目的たる物の所有又は所持を禁ずることによつて、國民の或る者が

既に禁止前憲ら適法に所有し來つた財產を消滅せしめ又は收奪する結果を生ましめるが如き法令は、右の憲法第三十九条及び第二十九条の双方の規定に二重に違反するものと謂うべきである。

以上の如くして私有財產たるべき或る物の所有又は所持を非合法化するに立法上の顧慮がなされていることが認められない限りその立法時以後の新たな獨立の所有又は所持をのみ非合法化するものの即ちそれ以後の財產權の享受又は處分のみを非合法化するものであつて、その立法時以前の實行の時に適法であつた所有又は所持の持續的狀態がたとえ立法時以後に及んでも、それ以後の持續狀態までを非合法化するものではないと解すべきである。さもなくば、右に述べた意味で二重に憲法違反を犯すことになるのである。

(一) 抑々法令の解釋に當つてはその法令又は法令の解釋が憲法に違反しないかを常に反省することを怠つてはならないのである。そして法令の合憲的解釋の結果として法令の不備が發見せられても亦已むを得ないのである。元來法令は間然するところなき筈のものであつて、そこに法令の自由にして無限な解釋が成り立ち得るとなすが如きは、法令が凡俗な國民に對して向けられているものであることを忘れた獨善論であつて採るに足らないのである。

(二) 從つて法令の解釋に當つては法令の字句を離れてはならないのは勿論ではあるが、法令も又歷史を持つ生きた法秩序の成長の結果であると見るべきであるから、その法令の字句の現に存する所以を探求するに當つては生きた法秩序の成長の過程を顧みる必要があり、それが所謂法令の沿革による法の歷史的な解釋であるのである。殊に法令の向けられている凡俗な國民は法令の改廢の歷史の中に在つてその生活の歷史を繰り拡げて來ておるのであるから、法令の改廢が凡俗な國民の生活に與える影響を顧慮して、改廢から生ずる國民生活に於ける既成事實としての法的秩序の混亂や、これから生ずる國民への所謂既得權の侵害を最少限に止めるの配慮がなされるべきは理の當然であつて、憲法第二十九条や同第三十九条はこのことを要請しているものとも謂うべくそこにこそ、法令改廢に際し所謂經過規定が周到に用意せられ

る所以があるのである。

(三) されば法令の改廃に伴ひ経過規定が用意せられるときには、實行の時に適法であつた行爲の結果の持続状態を一擧に違法なりとした例は殆んど絶無であつて、必ずや一定の爾後処置を規定し例えば、(1)何ら特別の手続行爲を要求せずして過去の適法状態をそのまゝ新法令による適法状態と見做すか、(2)又は一定の期間を定めて一定の特別の手続行爲を要求した上で過去の適法状態を現在の適法状態に置き換えるか、(3)若しくは、その一定の期間を徒過するときは既成の適法状態を消滅せしめるなど特別の考慮を拂つているのである。

(四) そこで麻藥についての取締法令の沿革こそ本件で犯罪とせられた所爲が果して犯罪とせらるべきものなりや否やを判定する重大意義を持つのであるが、それは凡そ次の如きものである。

(い) 藥劑師法（大正十四年四月十四日法律第四十四条）

被告人山本榮は藥劑師であるが藥劑師法によれば

(イ) 藥劑師は藥品の製造及び販賣を爲すことを得る（同法第一条第二項）

(ロ) 藥劑師は毒藥又は劇藥を配伍したる調劑を爲すことができる（同法第十一条第一項參照）

(ろ) 藥品營業並藥品取扱規則（明治二十二年三月十六日法律第十号）

藥劑師たる山本榮は藥品（從つて毒藥劇藥をも含む）を製造販賣することができるのであるが、藥品營業藥品取扱規則によれば

(イ) 毒藥劇藥は職業上必要と認めたる者（從つて藥劑師を含む）よりその藥名、數量、使用の目的、年月日及住所、氏名、職業を記し且捺印したる証書を差出しさえすれば買受け又は授與を受けることができる（同規則第三十条第一項參照）

(ロ) 藥劑師藥種商、製造業者の間に於ては其の藥劑師藥種商製藥者たるの証明書を以てしさへすれば毒藥劇藥を賣買することができる。（同規則第三十四条）

(ハ) 藥劑師藥種商製藥者間に在りては指定藥品を販賣し又は授與することができる（同規則第三十七条の二、第一項）

(ニ) 毒藥劇藥の品目は内務省令を以て之を定める（同規則第三十五条）

(ホ) 指定藥品とは内務大臣の指定した藥品を謂う（同規則第三十八条の三）

(は) 毒藥劇藥又は指定藥品を定める法令

(イ) 鹽酸エチルモルヒネ、鹽酸ヂアセチルモルヒネはそれぞれ指定藥品の一つである（昭和七年六月二十七日内務省令第二十二号の藥品表參照）

(ロ) 鹽酸ヂアセチルモルヒネは毒藥の一つであり且藥局での常備藥の一つである（昭和七年六月二十五日内務省令第二十一号、第五改正日本藥局方の毒藥表並常備藥表參照）

(ハ) 鹽酸エチルモルヒネは劇藥の一つである（同藥局方劇藥表參照）

(に) 麻藥取締規則（昭和五年五月十九日内務省令第十七号）

藥劑師たる被告人山本榮は藥品營業者に屬するわけであるが、麻藥取締規則によれば

(イ) 藥品營業者が同業者又は醫師、歯科醫師、若くは獸醫師に麻藥を讓渡すには相手方の資格を証する警察署長の証明書を徴すべきであるが、相手方が自己の知人たるそれらの有資格者であるときはその必要がない（同規則第十七条第一項）

(ロ) 藥品營業者は麻藥の受拂に関し所定の事項を備付の帳簿に記載しておけばよい（同規則第十八条）

(ハ) 鹽酸ヂアセチルモルヒネ（ヂアセチルモルヒネの鹽類）及び鹽酸エチルモルヒネ（エチルモルヒネの鹽類）はそ

れぞれここに謂う麻藥の一つである（同規則第一條）

かくして藥劑師たる被告人は少なくとも終戰前に於ては鹽酸ヂアセチルモルヒネ（ヘロイン）又は鹽酸エチルモルヒネを業務上適法に所有し得、從つて之らを適法に所持し得るものであつたのである。即ち、同被告人の本件ヘロイン及び鹽酸エチルモルヒネの所有並びに所持という行爲は、その行爲の實行の時に適法であつたのである。そして昭和二十年八月十五日の終戰日を迎え、次いで憲法の改正を經て、內務省令等を失效せしめる昭和二十二年法律第七十二號「日本國憲法施行の際現に效力を有する命令の規定の效力に關する法律によつて前記各內務省令の罰則の效力はやがて失效するのであつたが被告人山本榮の本件麻藥の所持の適法性はそれによつて何ら傷けられるものではなかつたのである。

（ほ）

然しその後聯合國占領軍の占領政策によつて所謂麻藥の取締に變化を來したことは次に述べる通りである。

聯合國最高司令官より日本政府に對する昭和二十年十月十二日附覺書

「日本國內ニ於ケル麻藥ノ生產及ビ記錄取扱文書ニ關スル制限」及び之と關連する二つの厚生省令

聯合國占領軍の占領政策としての所謂麻藥取締の强化は、早くもその占領の初期にあたり先づ昭和二十年十月十二日附「聯合國最高司令官ヨリ日本政府ニ對スル覺書」たる「日本國內ニ於ケル麻藥ノ生產及ビ記錄取扱文書ニ關スル制限」として現はれ、その第四項には『「粗製阿片」「半精製阿片」「喫煙用阿片」「粗製コカイン」「半精製コカイン」「ヘロイン」「印度大麻」ハ凍結（轉賣不能）セ山レ且ツ是等ノ「移轉」「破壞」「使用」「販賣」又ハ之ニ就テノ『文書』『記錄』ノ破棄ヲ禁止ス、但シ限合國最高司令部ヨリ命令アリタルモノハ此ノ限リニ非ズ』と示され、茲に所謂麻藥一切の凍結が指令せられたのである。之に機緣して國內法令として公布施行せられたのが昭和二十年勅令第五百四十二號「ポツダム」宣言受諾ニ伴ヒ發スル命令ニ關スル件に基く法令たる

（1）昭和二十年十一月二十日厚生省令第四十四號「鹽酸ヂアセチルモルヒネ及其ノ製劑ノ所有等ノ禁止及沒收ニ關スル件」（即日施行）

（2）昭和二十年十一月二十四日厚生省令第四十六號「麻藥原料植物ノ栽培、麻藥ノ製造、輸入及輸出等禁止ニ關スル件」（即日施行）であるが、右厚生省令第四十四號に依れば「鹽酸ヂアセチルモルヒネ及其ノ一切ノ製劑ハ之ヲ所有、使用、破棄、販賣、購入、贈與、受贈、分配又ハ輸送スルコトヲ得ズ」（第一條）とあり、又「鹽酸ヂアセチルモルヒネ及其ノ一切ノ製劑ヲ所有スル者ハ其ノ品目、數量及所在場所並氏名及住所（法人ニ在リテハ其ノ主タル事務所ノ所在地、名稱及代表者ノ氏名トス）ヲ其ノ所在場所ヲ管轄スル地方長官ニ速ニ届出ヅベシ」（第二條）とあつて之等の規定によれば、鹽酸ヂアセチルモルヒネ及其の一切の製劑は凍結せられるとともに同省令施行當時現に適法にそれらの藥品を所有する者即ち被告人の如きはその所有するそれらの藥品を凍結せられるとともに、所定事項を、その藥品の所在場所即ち兵庫縣を管轄する地方長官に速かに届出づべき義務を課せられたのであるが、爾後の所有又は所持を禁止せられたわけではないのである。

このことは右第一條が「破棄」を禁止しているところから見て洵に明らかである。

蓋し同省令は現にそれらの藥品の所有者が所定の届出を爲すことを期待し、届出を受けた上は地方長官に於て之を「沒收シ之ヲ保管ノ上厚生大臣ノ指示又ハ聯合国最高司令部ノ要求ニ基キ之ヲ引渡ス」べきこととしていた（第三條）から、同省令は現にそれらの藥品を所有する者の爾後の所有從つて所持を不法と宣言するところがなかつたのである。

ここに破棄を禁じ乍ら却つて爾後の所有及び所持を禁ずるため直接それらの藥品の提出を命じなかつた同省令の立法上の法意が歷然としていたわけである。

蓋し「凍結」は新たな行爲の禁止を目的とするに反し、「届出」は凍結狀態の闡明を目的とするところから凍結された麻藥の所持の持續こそが前提となるのである。從つて同省令第四条が「第一条ノ規定ニ違反シタル者及前条ノ規定ニ依ル沒收ヲ拒ミ又ハ忌避シタル者ハ三年以下ノ懲役若ハ禁錮、五千円以下ノ罰金、科料又ハ拘留ニ処ス（第一項）第二条ノ規定ニ依ル届出ヲ爲サズ又ハ虚僞ノ届出ヲ爲シタル者亦同ジ」と定めたとしても右届出を爲さずして所有を繼續した者を以て第一条の違反に問擬すべき謂はれはなくまた唯第二条に違反した罪責を問ひ得るに止まるべきものである。さもなければ右藥品の所有者にして届出を怠りたる者が、更に不法所有の刑責を免れんとすれば右藥品を破棄その他の方法によつて手放す外はなく、かくては凍結違反の罪責を問はるゝことゝなり、所謂前門の虎、後門の狼であつて進退ここに谷まると謂う外ないのであるから、法令が国民を故意に網するとなすが如き法令の解釋は到底成立の余地がないのである。

この点では同じボッダム勅令に基き公布せられた彼の舊「銃砲等所持禁止令」がその第一条に於て「銃砲火藥類及び刀劍類（以下銃砲等といふ）は、これを所持することができない。……」と定めて一擧に行爲の時に適法であつた行爲を非合化する如く見せかけながら、その實その附則第二項に於て「この勅令施行の際現に銃砲等を所持する者（その相續人を含む）で、この勅令後も引續きこれを所持しようとするものは、この勅令施行後四ヶ月以内に、第一条第一項の定めるところに準じて、許可を申請しなければならない。その申請に對して許否の処分があるまでは同項の規定による許可を受けたものとみなす」と定めておるのと、その精神を等しくしながらその立法の形式に於て余程趣を異にするところがあるのを比較留意すべきである。

從つて第一審判決がその摘示事實の第二の㈡の鹽酸ヂアセチルルルヒネにつき被告人が終戰前から昭和二十四年八月まで所持を持續していた事實を以て麻藥取締法第四条に違反する所爲なりとなしたのは、前示省令第四十四号第一

条乃至第四条の解釋を誤つたものである。即ち被告人は同省令第二条の届出をしなかつたのであり、その所爲は同省令第四条第二項によつて処罰せらるべきものであつたけれども、藥品の所有乃至所持は引續き適法とせられたわけであるから右届出違反行爲後の所持と雖も之れを重ねて同省令第一条の違反として同第四条第一項によつて処罰せられる理はないのである。

而して右の届出義務違反者につきその違反事實の発覺することなかりしため、右令が期待したところに反し右藥品を沒收するの機会を失ひ、法令の好まない所有が持續せられたとしてもそれはそれとして亦已むを得ないのであり、若し届出義務違反が発覺したときは時效完成が成立するか否かを檢討の上然るべく処置すれば足るのである。而して法令違反の檢擧洩れによるこのような法の好まない事態の発生は一切の刑罰法規について免れないところであるから麻藥の取締に関してのみ異を立てるわけには行かないのである。

(ヘ) 麻藥取締規則

其の後所謂ボッダム勅令に基き昭和二十一年六月十九厚生省令第二十五号「麻藥取締規則」（即日施行）の制定施行を見るとともに、その第四十二条を以て特定資格者以外の麻藥の所有又は所持を禁じその違反者を処罰することとした（第五十六条）とは謂え、特にその附則第五十九条に於て「この省令施行の際現に麻藥を製劑、小分、販賣、授與又は使用している者は、この省令施行の日から一月以内に住所地又は所在地の地方長官を經由し厚生大臣に報告しなければならない」と定め、この報告義務の違反者を処罰する旨を定めた（第五十六条第三号）のである。この場合茲に「麻藥」とは所謂「ヘロイン」（即ち鹽酸ヂアセチルモルヒネ）を含まないものと解すべきである。何故なら前示昭和二十年厚生省令第四十四号が並存していて「ヘロイン」の届出義務を定め、違反者を処罰することを定めたからには、それを以て足るから先の未届出者をして

その未届事實の発覚に因る刑罰を覚悟してまで新たに麻薬取締規則による新たな報告義務を履行せしめんとするが如きは凡そ期待不可能のことであり法令の能く求むべきところではないからである。

されば昭和二十年厚生省令第四十四号は未だ廃止せられず依然存続併存せしめられたわけである。茲を以てヘロインの届出義務違反に對してはそれを以て律し、その余の麻薬の報告義務違反に對しては麻薬取締規則を当てんとするの二本建となつたものと解するのが正当であるのである。

而して同規則第五十九条所定の成規の報告がなされた『ヘロイン』以外』の麻薬について、その報告後それが如何なる取扱を受けるかについては、回規則は何ら言及していないのであるから、それらの麻薬が「ヘロイン」の場合の如く届出後に一切が没収せられるものでないことは明らかである。従つてその「ヘロイン」以外の麻薬の所有が引続き適法とせられる趣旨であることはいよいよ明白である。

加之右麻薬取締規則第六十条は「この省令施行の際現に麻薬（註、勿論「ヘロイン」以外の麻薬を指すものと解せられる）を製剤、小分、販賣、授與又は使用している者で、この省令施行後その業を継続する意思を有する者は、本令施行後一月以内に第四条の規定による手続（註、麻薬取扱者たるの免許を受ける手続）をしなければならない。（第一項）。前項の手続をしようとする者に限り、その手続が完了するまでの間は、なほ従前の例によつて麻薬を販賣授與又は使用することができる（第二項）」。と定め、更に同規則第六十一条は「この省令施行の際現に麻薬を製剤、小分、販賣、授與又は使用している者でこの省令施行後にはその業をしない者は、その麻薬を厚生大臣の指定する者に賣渡さなければならない」と定めておるのである。

之によつて觀れば、同規則第六十条は同規則施行前から同規則第三条に謂うところの麻薬取扱者に該当し因て特に同規則第四条に定める如き麻薬取扱者免許を受けなくても業務上麻薬を適法に取扱ひ得た藥剤師（同規則第三条第三

項に謂う麻薬製剤業者又は麻薬小賣業者に該ると解す）其の他醫師等の如きは、同規施行当時所有又は所持する麻薬をその施行後一月以内に厚生大臣に報告しなければならないけれども、同規則施行後一月以内に改めて同規則第四条による麻薬取扱者の免許を受ける手続を履めば、麻薬を販賣、贈與又は使用することができるのであるから、その「報告した麻薬」についても、また「報告しなかつた麻薬」についても、当然適法な所持又は所有を持続することが認められていることが明らかである。従つて一月以内に第四条の手続をした者は、報告義務違反の刑責を負うことはあつても報告していない麻薬を販賣、贈與、又は使用することは適法とせられるわけである。そして若しその者例へば藥劑師が同規則施行後は麻薬取扱者の免許を受けてまで麻薬製劑業者又は麻薬小賣業者たる業を継続する意志がないか、又第六十条の手続期間を徒過したため、その業を継続し得なくなつたか、或は又一旦その業を継続の意思を以て右の免許を受けた後その業を抛つに至つたときは改めてその報告せられ又は報告せられていない麻薬やその報告後新に所有するに至つた麻薬にして、その当時現存するものを厚生大臣の指定する者に賣渡せばよいのである。（尤も報告せられていなかつた麻薬については報告義務違反の發覺を防ぐ努力がなされるであろうが、このことは法理には関係がない）。従つて同規則施行の際その業を継続する意思を持たなかつたか、又は第六十条の手続期間を徒過した者と雖も、同規則施行の際その者が所有又は所持した麻薬の所有又は所持を適法に持続し得ることは何等の疑を容れないのである。

而して同規則第六十条の規定は何ら強制すべきものを定めていないから、これに関する罰則の存在する理由はないが、同第六十一条（廃業後の手持麻薬の譲渡）の規定に違反する所爲は同規則第五十六条（第一号によつて三年以下の懲役又は五千円以下の罰金に処せられることとせられているのであるから、同規則施行の際業務上適法に麻薬を所有又は所持した藥劑師が、当時その麻薬につき成規の報告をしなかつたのみでなく、同第六十条の手続期間を徒過した

か、又は当時既にその業を継続する意思を抛ちながら、同第六十一条の賣り渡しを行はなかつたときは、それぞれの罰条に觸れ二個の犯罪とせられることが明かにせられているわけである。従つて同規則が斯くも特別の罰則を設けていることは左様な違反行爲の違反者が麻藥の不法所有者又は不法所持者として同規則第四十二条、同第五十六条によつて有罪とせられる法理が成り立ち得ないが故に法が特別の考慮を拂つたことを示すものであり、更にこの事理の根底には同規則施行の際業務上適法に麻藥を所有又は所持した者は同規則の施行によつて直ちに麻藥の不法所有者又は不法所持者とせられるべきものでないとする法理が横てついていることを明かにしているのである。

而して鹽酸エチルモルヒネも亦同規則に謂う「麻藥」たることに爭はないのである。

従つて第一審判決がその摘示事實の第二の㈡に擧げている『ヘロイン」ではない麻藥』である「鹽酸エチルモルヒネ」は被告人山本榮が終戰前から藥劑師として業務上適法に所有し所持していたものであつて、麻藥取締規則施行後一ヶ月以内即ち昭和二十一年七月十八日までに成規の報告を爲すべきであつたのである。然るに同被告人はこの報告義務を盡さなかつたことは疑を容れないのであるから同被告人が同規則第五十九条に違反した事實は明かであると謂えるのである。

又同被告人が同規則の施行の際か又はその後何時の日にか同規則第六十一条に謂う「その業をしない者」の範疇に屬するに至つたことは略々推測に難くないのであるから、同被告人は本件鹽酸エチルモルヒネを厚生大臣の指定する者に賣り渡さなければならなかつたのであるが、同被告人がこの同規則第六十一条の賣渡の義務に違反していることも殆んど疑を容れないところである。

然し前述の如く同規則第五十九条及び同第六十一条並びにそれらの違反行爲に對する罰則の存在する所以はその根底に従前からの適法な麻藥の所持の持続を適法と認める法理の存するが故であるから、被告人山本榮の本件鹽酸エチ

モルヒネの所持を同規則によつて違法として処罰する法令の根拠はないのである。

㈢ 麻藥取締法

然るところ其の後麻藥取締法令は遂に統合調整せられるとともに罰則の強化又は緩和が行はれるの日を迎えたのである。即ち昭和二十三年七月十日法律第百二十三号麻藥取締法公布施行を見るとともに、前示厚生省令第四十四号「鹽酸ヂアセチルモルヒネ及び其の製劑の所有等の禁止及沒収に関する件」及前示「麻藥取締規則」はともに廃止せられたのである（同法附則第六十五条）

然し同法附則第七十四条に依れば「第六十五条に揭げる法令廃止前にした行爲に對する罰則の適用については、同条に揭げる法令はその廃止後もなおその效力を有する」と定めておるのであるから、被告人山本榮についての前叙の昭和二十年厚生省令第四十四号違反（所有ヘロインの届出義務違反）及前叙の麻藥取締規則違反（ヘロイン以外の麻藥所有の報告義務違反等）の各所爲は公訴時效完成までは、それぞれそれらの舊法によつて処斷せらるべきものである。

従つて麻藥取締法第四条第三号及第五十七条が前示昭和二十年厚生省令第四十四号第一条を承繼して「ヘロイン」の所有を禁遏したとは謂え、それは唯同省令第一条を承繼しただけであつて過去の實行の時に於て適法になされておる「ヘロイン」の所持の同法施行後への持続狀態を捉えて新たに犯罪とする法意を持ち得ないことは先に詳述したところと同斷である。

而して又同法第三条第一項及び第五十七条第一項が麻藥取扱者以外の麻藥（註、この場合の麻藥は「ヘロイン」以外の麻藥を指すことは明かである）の所持を禁遏しておるのも、舊「麻藥取締規則第四十二条及び同第五十六条第一号を承繼しておるだけであつて、これも亦過去の實行の時に於て適法になされておる「ヘロイン」以外の麻藥の所持

の同法施行後への持続状態を捉えて新に犯罪とする法意を持ち得ないことはやはり先に詳述したところと同断である。

これらの法理は同法附則第七十四条が経過規定として「第六十五条に掲げる法令廃止前にした行為に對する罰則の適用については、同条に掲げる法令は、その廃止後もなおその効力を有する」と宣言していることによつていよいよ明かである。而してこの附則規定を設ければこそ同法はこの経過規定を設けただけで殊更に前叙昭和二十年厚生省令第四十四号第二条の規定（手持ヘロイン）の届出規定や前叙麻薬取締規則第五十九条同第六十条及び同第六十一条の如き経過規定（「ヘロイン」以外の手持麻薬の報告規定）を設けずとも既に犯されている手持麻薬一切につきての届出違反乃至報告違反を処罰し得ることができ、従つて同法施行にあたり、新たに当時の手持麻薬についての取扱規定を定める経過規定を設ける必要がなかつたばかりでなく、左様な経過規程を設けて却つて既に前叙の届出乃至報告義務に違反している手持麻薬の取扱につき疑義紛淆を生せしめることを防ぐため唯単に主として同規則の従前の諸規定によるヘロイン以外の麻薬の取扱の手続や、地位や資格をそのまゝ生かすような同法第六十六条乃至第七十条同第七十三条及び第七十五条の如き諸規定をその経過規定として定めておるに過ぎないのである。

斯くして法令改廃の沿革に顧みて

㈠ 「ヘロイン」についていえば、昭和二十年厚生省令第四十四号「塩酸ヂアセチルモルヒネ及其ノ製剤ノ所有等ノ禁止及没収ニ関スル件」に於ては、その第一条によつて「ヘロイン」の所有は一般に禁止せられたけれどもその第二条は明文を以て右第一条の適用を除外する規定として設けられ、同省令施行当時の手持「ヘロイン」については成規の届出をなし且没収の手続のなされるまでは、その所有乃至所持を非合法とせらるることはなかつたのであり、唯第二条の定める成規の届出をなさない行為はその第四条の規定によつて処罰せられることとせられたのである。

而もこの省令を吸収統合したが故にその後身であるとせられる麻薬取締法に於ては同省令第一条の後身である同法第四条が設けられたに拘らず同省令第二条の後身たる何らの規定は設けられなかつたけれども、却つて同法第七十四条（附則）によつて同省令第四条とともに同第二条は存続せしめられるが故に、それらの規定は依然同省令第一条の後身たる同法第四条の適用を除外する規定としてその意義を持続しておることは明白である。又

㈡ 「ヘロイン」以外の麻薬についていえば昭和二十一年厚生省令第二十五号「麻薬取締規則」に於ては、その第四十二条によつて麻薬取扱者以外の者の「ヘロイン」以外の麻薬の所有乃至所持を一般に禁止したけれども、その第五十九条乃至第六十一条は明文を以て右第四十二条の適用を除外する規定として設けられ、同規則施行当時の手持のヘロイン」以外の麻薬については、成規の報告をなしさへすればその後麻薬取扱者たることを罷めても厚生大臣からその譲渡先の指定がなされるまで引続きその所有乃至所持を継続し得るものとなし、且同規則施行後一月以内ならば何らの手続をなさずして、その麻薬の販賣、授與又は使用をさえなし得るとなし因て同規則施行時の手持麻薬につきのその後引続いての所有乃至所持そのものを毫も非合法とはせられておらず、唯その規則施行時の手持麻薬につき成規の報告をなさない所爲又は麻薬取扱者たるの業を廃した後その手持麻薬を厚生大臣の指定する者に譲渡さない所爲のみが同規則第五十六条の規定によつて処罰せられることとせられておるだけである。

而もこの省令（前同規則）をも吸収統合したが故にその後身であるとせられる麻薬取締法に於ては前同規則の第四十二条の後身である同法第三条が設けられたに拘らず、同規則第五十九条乃至第六十一条の後身たる何らの規定も設けられなかつたけれども、却つて同法第七十四条（附則）によつて、同省令（前同規則）第五十六条とともに同第五十九条乃至第六十一条は存続せしめられたが故に、それらの規定は依然同省令（前同規則）第四十二条の後身たる同法第三条の適用を除外する規定としての意義を持続しておることは明白である。

以上論述した如く憲法第三十九条並同第二十九条に鑑み且麻藥取締法令の沿革に則して麻藥取締法第三条第一項及び同第四条第三号を解釋するときは同法条が同法施行前適法に實行せられた麻藥所有又は所持の行爲の當然の結果たるその後の持續狀態に適用せらるべきものでないことは極めて明白である。現に昭和二十五年十月二十六日最高裁判所第一小法廷が昭和二十五年(れ)第一、一一八号昭和二十二年政令第一六五号違反事件につき言渡した判決に於て「或る物の所持の繼續中新にその物の所持を禁止する刑罰規定が施行せられた場合、その施行後依然繼續せられる所持に對して、法令上特にその適用を除外する明文の存しない限りその新法規の適用せらるべきはむしろ當然である」と判示しておるところは逆論的には叙上の結論の正當であることを裏書しておるのである。

然らば第一審判決が被告人山本榮の判示第二の㈢の塩酸ヂアセチルモルヒネ及び塩酸エチルモルヒネの所持所爲を麻藥取締法第三条第一項、同第四条第三号及同第五十七条第一項に問擬したのは明かに憲法に違反して、法令の適用を誤つたものであつたのである。

然るに原判決は「終戰前までは比較的取締がゆるやかであつた麻藥は終戰直後連合國最高司令官から麻藥一切の凍結が指令せられ、これに對応して昭和二十年厚生省令第四十四号及び第四十六号が公布施行せられ次いで昭和二十一年厚生省令及び同第二十五号（麻藥取締規則）が公布施行せられたところ、これら各省令を統合して昭和二十三年七月十日麻藥取締法が公布施行せられるに至つたのである」。「而して、塩酸ヂアセチルモルヒネについては右省令第四十四号により第一条でその所有その他処分及び現狀変更を禁じ第二条でこれを所有する者は地方長官に速かに届出ることを命じ第三条で地方長官においてこれを没収し、これを保管の上厚生大臣の指示又は連合國最高司令官の要求に基いて引渡すことを命じ、第四条でこれら違反に對する罰則を設けているのであつて、その後身である麻藥取締法第四条ではその所持、輸入、製劑小分、施用のための交付、譲受又は譲渡の一切を擧げて無条件にこれを禁じ、麻藥たる塩酸エチルモルヒネについて

は前記麻藥取締規則により第四十二条で特定資格者以外の所有又は所持を禁じ、第五十九条でこの省令施行の際現に麻藥を製劑、小分、販賣、授與又は使用している者は一月以内にその麻藥の品名及び数量を厚生大臣に報告することを命じ、第六十一条でこれらの者でこの省令施行後にその業をしない者は、その麻藥を厚生大臣の指定する者に賣り渡すことを命じ、第五十六条で、これらの違反に對する罰則を設けその後身である麻藥取締法第三条第一項では麻藥取扱者以外の所持その他の処分を禁じているのである」と判示して麻藥取締法令改廃の改革につき一応正當な理解を示しながら、案外にも「ところでかようにある物の所持の繼續中新たにその物の所持を禁止する刑罰法規が施行せられた場合、その施行後依然繼續せられる所持に對して、法令上特にその適用を除外する明文の存しない限り、換言すれば届出義務の規定以外に新法規施行前に入手した物の所持については新法を適用しない旨の明文がない限り、入手の前後を問わず新法規の適用せらるべき法規制定の建前上むしろ当然である。なんとなれば新法規制定に当り施行前より所持する者に對し一定の期間をおいて届出等に関し特別の規定を設けているのは、あるものはその後の所持一切を禁じ、他は一定の条件の下にその所持を許容して對策の万全を期する趣旨と解すべきであるからである」。「それゆえに所定の届出を怠り、届出期間経過後依然所持を繼續する者は届出を怠つた点において届出違反と届出期間後不法に所持する点において所持違反の二重の罪責に問はれるのである」。（註、傍点は当弁護人これを附す）と判示して第一審判決を是認支持し、且「この場合届出違反の罪責を問い得るに止るとの所論は獨自の見解である」として被告人の控訴を棄却したのである。

惟うに右に引用した原判決の判示中「ある物の所持の繼續中新にその物の所持を禁止する刑罰法規が施行せられた場合その施行後依然繼續せられる所持に對して法令上特にその適用を除外する明文の存しない限り、換言すれば、届出義務の規定以外に新法施行前に入手した物の所持については新法を適用しない旨の明文がない限り、入手の前後を問わず新法規の適用せらるべきは法規判定の建前上むしろ当然である」との見解は前示最高裁判所判例が「或る物の所持の繼續中新た

にその物の所持を禁止する刑罰規定が施行せられた場合、その施行後依然繼續せられる所持に對して、法令上特にその適用を除外する明文の存しない限り、その新法規の適用せらるべきはむしろ當然である」。「論旨はかかる場合新法規施行前に入手した物の所持につきその届出等に関し特別の規定を設けなければ新法規を以てこれを取締ることはできないと主張する。しかし立法の妥当性の問題としては格別、法令の效力上の問題としては到底賛同し得ないところである」と判示した見解と軌を一にせんとして形式上それと略々同一の立言を用ひながらその實、同判例と相反する謬論に至つておるものである。

即ち右判例に謂う「法令上特にその適用を除外する明文「なるものは原判決の判示する如く必ず「届出義務の規定以外に新法規施行前に入手した物の所持については新法を適用しない旨の明文」でなければならないという法理は存しないのである。

勿論原判決判示の経過規定的な「届出義務の規定」なるものが一般的に常に新法規の適用を除外する規定として理解せられなければならないものではないのであらうが、苟くも麻薬取締法令改廃の過程に明示せられた既述の諸法条乃至規定を合憲的且体系的に理解せんとする限り、憲法第三十九条及び同第二十九条の各規定に照らし、且つは麻薬取締法令改廃の過程に明示せられた既述の諸法条乃至規定を合憲的且体系的に理解せんとするときは既述の如く、届出義務乃至報告義務を定めた各規定を基点として関係法令を綜合すれば、それらの諸規定が麻薬取締法令改廃に際し新法の適用を除外することを立言した明文として理解せられなければならないことが明白である。

既述の如く「ヘロイン」に関しては、昭和二十年厚生省令第二号及び第三条が同省令施行時の「手持ヘロイン」について同第一条の規定の適用を除外することを明かにした特別規定の明文として存在し、且麻薬取締法施行にについても同法第七十四条を根拠として同じ「ヘロイン」の繼續所持につき依然同法第四条の規定の適用を除外することを明かにした特別規定明文として存續しておるのであり、「ヘロイン」以外の麻薬に関しては、麻薬取締規定第五十九条乃至第六十一

条の各規定が同規則施行時の「ヘロイン」以外の手持麻薬について、同規則第四十二条の規定の適用を除外する旨を明かにした特別規定の明文として存在し、且麻薬取締法施行についても、同法第七十四条を根拠として同じ「ヘロイン」以外の麻薬の繼續所持について依然同法第三条の規定の適用を除外する旨を明かにした特別規定明文として存續しておるのである。

然るに原判決が麻薬取締法にはその判示する如き「届出義務規定」が定められていないことや、それの前身法令である昭和二十二年厚生省令第四十四号及び麻薬取締規則には「届出義務規定」の外には、原判示の如き「新法規施行前に入手した物の所持については新法を適用しない旨」を直接立言した明文のないことを根拠として、前示判例に謂うところの或る物の所持の繼續中新にその物の所持を禁止する刑罰規定が施行せられた場合、その施行後依然繼續せられる所持に對して、法令上特にその適用を除外する明文」が存在しないものと解しておるのは、全く法令解釋の態度に欠くるものがあつて、法令の解釋を誤つたものであると謂わねばならないのである。

殊に原判決が「所定の届出を怠り届出期間経過後依然所持を繼續する者は、届出を怠つた点において届出違反と、届出期間後不法に所持する点において所持違反との二重の刑責に問はれるのであるのである」と判示した点は、理論上如何にも明解であるようであるが、その實直ちに馬脚を露はす謬見である。

即ち若し右原判示の如き見解を採るときは

(い)

「ヘイロン」について謂えば、昭和二十年十一月二十日厚生省令第四十四号第二条の届出を怠つて依然それを所持する者は届出期間経過の瞬間に同省令第二条違反と第一条違反の罪に問はれ、それらの罪の公訴時効の完成を見るまでは昭和二十三年七月十日法律第百二十三条麻薬取締法第七十四条によつて、前示厚生省令第四条の罪として処罰せられるこ

ことなり、凡そ同省令が態々第一条違反の罪と、第二条違反の罪とを分つた上同じ法定刑を定めていることが全く無意義なことになるのである。

(ろ) 又「ヘイロン」について謂えば、右省令第二条の届出を怠つた者は届出違反の外に第一条違反の不法所持の罪責を免れんとして所持の「ヘロイン」を廃棄すれば新たに同第一条の凍結違反の罪責に問はれることとなりいわゆる前門の虎後門の狼であつて進退ここにきわまると謂うの外なく、かくては法令が故意に國民を網することとなるのである。

この点に関し、原判決は「それはもともと重大なるべき届出義務をないがしろにして、爾後の所持が禁止されていることを知りながら届出を怠つた所持者みづからが招いた結果であつて法令の罪ではない」と判示したのであるが、果して正論と謂うべきであらうか。立法者が立法するにあたり一つの罪を犯した者は当然に二つの罪を犯したこととするために殊更に二個の罰条を用意するが如きことがあり得るのであらうか。一般規定と特別規定、原則規定と除外乃至例外規定との関係は理由なく存在するのであらうか。多言を要せずして原判決の見解は誤つておると謂うことができるのである。

(は) 更に又、「ヘロイン」について謂えば、前示省令第四十四号の施行に際し成規の届出を怠つて依然「ヘロイン」を所持して麻薬取締法施行時に至つた者は同省令第二条の届出違反の刑責の外に同第一条違反の不法所持の刑責に問はれるなること且同法第四条の「ヘロイン」所持の刑責に問はれることとなるのである。

而も同法第七十四条によつて、同法施行前の「ヘロイン」所持の罪は依然同省令第一条違反の罪として同省令第四条によつて処罰せられなければならないのである。従つて同一物についての罪一不可分に継続する所持について、同法施行の時を境として法定刑を異にする同省令第一条違反の罪と同法第四条違反の罪とを認定しなければならない背理となるのであるが、立法者が果してかような結果を豫想したと見ることができるであらうか。

(に) 右と同様の背理は「ヘロイン」以外の麻薬についても生来するのである。即ち、麻薬取締規則第五十九条の届出を怠つては依然「ヘロイン」以外の麻薬の所持を継続する者は、その届出を怠つた瞬間から届出違反の罪責は勿論同規則第四十二条に違反してその麻薬を不法に所持するの罪責にも問はれるのみでなく、麻薬取締法施行後に至れば同法第三条に違反して麻薬を不法に所持するの罪責をも負はしめられることとなり、而も同法第七十四条により前同規則第四十二条違反の罪として同規則第五十六条によつて律せられ、同法施行後の所持は同法第三条違反の罪として同法第五十六条によつて律せられなければならないことになるのである。

かくては同一麻薬について單一不可分に継続する所持につき法定刑の異なる三個の罰条が適用せられるの背理となるのである。

ところが原判決は恰も右の(は)及び(に)の背理の論難に応えんとするかの如く「物の所持とは人が物を保管する實力支配関係を内容とする行為であるが、ある物の所持の継続中新たにその物の所持を禁止する刑罰法規が施行せられ、その後依然継続せられる所持はいわゆる継続犯として純然たる單一罪であつて、その行為終了によつて犯罪は完成するが故に行為完了時たる新法を適用すべきものであるから、原審が昭和二十四年八月頃被告人が自宅において判示麻薬を所持していたことを処罰し之に對し新法たる麻薬取締法を適用したのはもとより正当である」(註、傍点は弁護人之を附す)と判示したのである。

然し若し右判示が麻薬取締法令の具体的規定を離れ、單に理論上麻薬の不法所持は講学上の所謂継続犯なりとなし、それ故に所持なる行為がたとえその行為の始期に於て適法であつても、その終期即ち原判示の謂う行為の完了時に於て違法とせられておるならば、それを違法とする法令によつてその行為を律すれば足るとするものであれば、先に引用した如く原判決自らが「ある物の所持の継続中新たにその物の所持を禁止する刑罰規定が施行せられた場合、その施行

後依然繼續せられる所持に對して、法令上特にその適用を除外する明文の存しない限り……新法規の適用せらるべきは法規制定の建前上むしろ當然である」と判示しておるのは全く矛盾であり又無意義に歸するのみでなく、敢て前示最高裁判所判例の判旨と相反するものと謂はねばならないのである。

加之講学上の「繼續犯」なるものは決して右判示所論の如き犯罪を謂うものではなく、玆に論義を重ね來つておる麻藥不法所持行爲の如きはむしろ講学上「狀態犯」と謂はれるものなのである。勿論ここでは用語の選擇如何によつて問題の本質が見失はれてはならないのである。

抑々「物の所持」とは「人が物を保管する實力的支配關係を內容とする行爲である」から、現實的には「所持」の行爲の結果として恒に占有の持續狀態を伴うべきものなのである。

然し刑法理論上所持犯の犯罪構成要件充足するためには唯單に或る時点に於けるある物の「現實の占有」が爲されておればよいのである。

從つて「占有持續の狀態」の如きは所持犯における現實の「所持」行爲の結果にすぎずして、決して所持犯の犯罪構成要件をなすものではないのである。從つて犯罪の結果については更に犯罪の成立する謂われはないのである。この点は彼の「重婚」罪が「狀態の繼續」をその構成要件としないのと同斷である。

然るに原判決は所持犯に在つても、彼の「不法監禁」罪の如く「狀態の繼續」がその犯罪構成要件であるとなすか、又は彼の結果犯又は結合犯と同じであるとなしておるようであつて、それは明かに謬見と謂はねばならないのである。

顧みるに麻藥取締法令は所持の始められたときを以て直ちに所持の行爲は完了し、爾後の占有の繼續狀態は「所持」行爲の結果に外ならぬと見ておればこそ法令施行前からの所持の爾後措置のため及び疑義を一掃するため叙上縷說の如き數々の所謂經過規定乃至除外規定（届出乃至報告規定をも含めて）を設け新法施行前からの麻藥の繼續的所持につい

てはその麻藥所持を違法とする規定の適用を除外する趣旨を明かにする特別規定としておるのである。かくしてこそ立法上亦憲法第三十九条及同第二十九条の各規定に合致し麻藥取締法令の合憲性が保たれておるのである。

然るに原判決は叙上の法理を無視して、幾多の謬見に捉はれ因て法令の適用を誤つておるのである。それらの謬見については既にこれを指摘したのであるが、玆に要約すれば左の如くである。

㈠ 原判決は講学上の所謂「狀態犯」と所謂「繼續犯」との理解を誤り、彼此混同したか又はその彼此取違えておるのである。その爲め麻藥の不法所持の如き犯罪行爲ははその不法の所持が始められたその時に於て直ちに完了し因て犯罪として成立するものであること、從つて爾後の所持の繼續は、その犯罪行爲の結果たるに止まり、これを獨立の犯罪として処罰することは出來ないこと（この意味で狀態犯である）の理解ができていない。

從つて原判決は、麻藥取締法第三条及び第四条は法理論上同法施行前既に適法になされた麻藥の爾後の繼續狀態を捉えて之に適用せらるべきものでないこと、若しこれを適用するときは憲法第三十九条の規定に違反するに至ることをも理解できていない。

㈡ 原判決は、麻藥不法所持の犯罪が右に謂う意味での狀態犯であることを理解していないから麻藥所持を禁止する新法令施行前既に適法になされた麻藥の所持につき憲法第三十九条及び同二十九条の各規定に照らし、原則規定適用除外の措置を講じなければならなくなるという立法上の要請を理解できていない。

從つて亦原判決は昭和二五年㈣第一、一一八号昭和二二年政令第一六五号違反事件についての前示最高裁判所の判例が「不法所持犯」を繼續犯」なりと誤解しながらも」法令上特にその適用を除外する明文の存しない限り」と立言している趣旨の正当なる理解ができていない。

㈢ 原判決は右の立法上の合憲的要請を理解せず且前示判例を正解していないところから昭和二十年厚生省令第四十四

号に在りては、同省令第二条は明文を以て同第一条（「ヘロイン」所持禁止規定）の適用を除外する趣旨の特別規定乃至例外規定であること、昭和二十一年厚生省令第二十五号麻薬取締規則に在つては、同規則第五十九条乃至第六十一条が明文を以て同第四十二条（「ヘロイン」以外の麻薬所持禁止規定）の適用を除外する趣旨の特別規定誠至例外規定であること、及び麻薬取締法に在つては、麻薬所持禁止違反犯（即ち不法所持犯）が前述の意味での狀態犯であることを前提としておればこそ、同法施行とともにその第六十六条の規定によつて、右兩省令を廢止するときは「刑の廢止」の効力を生ずることを慮り、右兩省令施行以後も兩省令廢止以前の間に犯された「ヘロイン」又は「ヘロイン」以外の麻藥の不法所持の罪に對しても、公訴の時効完成に至るまで依然之を犯罪として処罰せんとするのであることを明かにするため、特に同法附則第七十四条の規定を設けたものであること、斯く第七十四条の規定を設けてこそ初めて憲法第三十九条の規定に違反することなきを得たものであること及び同法即麻藥取締法は、同法施行時までには、所謂手持麻藥（「ヘロイン」をも含め）については前示兩厚生省令による届出又は報告が行はれ、その分については沒収その他適法な処置が講ぜられるか、さもなくば同法第七十四条但書の規定に基き右兩省令による届出又は報告の行はれなかつた分については、届出乃至報告違反の刑責を問うべく、而して届出又は報告のなされなかつた後に販賣、讓渡、交付乃至使用せられた分については右兩省令の規定によりそれぞれ別個獨立の刑責を問うべきであるとなすが故に、同法第七十四条の規定を設けたけれども、所謂「手持麻藥」については、唯從前の適法なる麻藥（「ヘロイン」には適法な所持はあり得ない）の所持をそのまま同法による適法なる麻藥の所持と見做す同法第六十六条乃至第七十三条の経過規定を設けるに止め右兩省令の場合の如く敢て届出又は報告義務を課する規定を設ける必要を認めなかつたことを理解することができていない。

(四) 叙上の次第なるを以て、原判決が届出乃至報告違反の罪を犯した後依然その麻藥を所持する者に對しては同時に不

法所持の罪との二重の罪責を負はすものであるとなし或は又「ヘロイン」につき届出違反の罪を犯した者が之を廢棄して不法所持の刑責を免れんとすれば更に凍結違反の刑責に問はれるに至るとしても自業自得であるとするが如きは凡そ法の正義が何であるかを理解していないものである。

かくて原判決が第一審判決の認定した報告人の所爲中判示第二の(二)の所爲は麻藥取締法第三条及び第四条を以て律すべきものではないことは明かとなり、從つて、被告人は同法第五十七条によつて所罰せらるべき謂はれはないのである。

然らば、前示兩厚生省令に違反して届出を爲さずして所持を持續した「ヘロイン」及び報告をなさずして所持を持續した「ヘロイン」以外の麻藥の運命は如何になるのであろうか。思うにそれらの届出違反が發覺して成規の手續を経て沒収せられるまでは麻藥は所謂「無籍」の麻藥として國民の手に埋もれて、害も生じなければ、益をも生まないものとなつて了う外ないのである。この運命は本來法の好むところではないのである。然し一切の犯罪と同樣麻藥事犯も亦發覺することなくして終ることを如何にしても防ぎ得るものではないのである。この事態を法は率直に承認しなければならないのである。若し二者にして斯くては、麻藥取締の實効を期し難いとか、舊法令違反については新法違反に比し法定刑が輕いから罰則强化の意義がなくなるとかとの理由を擧げて判示第二の(二)の被告人の所爲を麻藥取締法第三条及び第四条の各違反の刑責に問はんとする者があるならば、それは、叙上の法理を枉げて便宜に墮するものであつて、不法としなければならないのである。

然るに原判決が、「新法規制定に当り施行前より所持する者に對し一定の期間において届出等に関し特別の規定を設けているのはある物はその後の所持一切を禁じ、他は一定の条件の下にその所持を許容して對策の万全を期する趣旨と解すべきである」と判示しそれ故に「届出義務の規定以外に新法規施行前に入手した物の所持については新法を

適用しない旨の明文がない限り、入手の前後を問はず新法規の適用せらるべきは法規制定の建前上むしろ当然である」（註、傍点は弁護人之を附す）と判示したのは、麻薬取締法令の全体系中に占める所謂「届出等に関し設けられた特別規定」の意味する法理を十分究めず、因て前述の便宜論に類するに至つたものと謂う外はないのである。

以上縷説したところにより原判決が被告人の判示第二の㈡の所為につき麻薬取締法第三条同第四条及び同第五十七条を適用して、被告人を有罪としたのは、同法第三条第四条第五十七条第七十四条、昭和二十年厚生省令第四十四号（鹽酸ヂアセチルモルヒネ及其ノ製剤ノ所持等ノ禁止及没收ニ関スル件）第二条第四条、昭和二十一年厚生省令第二十五号（麻薬取締規則）第四十二条、第五十九条乃至第六十一条、第五十六条等の適用につき、前示最高裁判所判例と相反する誤つた解釋をなし因て憲法第三十九条の規定、延いては憲法第二十九条の規定に違反するに至つたものであることが明白であるから破棄せらるべきである。

第二点　原判決はその刑の量定が甚しく不当であつて、著しく正義に反するから破棄せらるべきである。

証拠によつて明かな通り、被告人は薬剤師であつて、麻薬の利害並用法については的確なる専門知識を有つのであるが本件犯行当時農場を経営し家畜を養いおりたるところから病家畜に麻薬を投薬するため本件麻薬を譲り受け又は所持したのであつて（而もその所持たるや元々適法に始められたものであつたのである）その教養、経歴、境遇等に徴すれば、決して麻薬を密賣買し或は人に使用して利益を圖る意圖があつたものと疑うべきものはなかつたのである。

他方麻薬取締法令は嚴格に施行せられなければならないのではあるが、徒らに苛酷に流れてはならないのである。現に麻薬取締法令が多種の事犯に對し包括的な罰則を設けその大幅な法定刑の中に罰金刑をも含んでいるのである。

そこで刑の量定にあつては、麻薬の種類、分量、犯罪の態様が斟酌せられるのは当然であるが、犯人の人物、犯罪の動機、目的、行為の社会的危険度等こそは科刑を教育化する上で最も主要な要素であるから十分に斟酌せらるべきである。

然らば被告人の如き薬剤師たる農場経営者が自家の病家畜に投薬せんとして本件麻薬を所持し又は譲受けた事情と被告人がその教養相当に既に十分に反省しておる事實を斟酌するときは、たとえ被告人を懲役刑に処すともその刑の執行を猶豫するか又は罰金に処し、以て微力と雖も社会に貢献せしむべきである。

斯る観点からすれば原判決が被告人を懲役六月に処した第一審判決を是認し右懲役刑の執行を猶豫しなかつたのは事犯が麻薬事犯なるの形式に捉はれ、犯罪の主観的要素を斟酌するに甚しく欠くるものがあり著しく正義に反すると謂はねばならない。

仍て原判決を破棄せらるべきである。

以上

被告人　山本榮

弁護人橘一三の上告趣意

大阪高等裁判所が昭和二十六年三月三十日宣告された頭書控訴事件について、云渡された判決は左の事由によつて破棄しなければ著しく正義に反すると認められますから、同判決を破棄されたいのであります。

一、刑の量定が甚しく不當であること。

事由

一、本件違反行爲は過剰緊急避難的であること。

當時被告人山本榮は牧場に於いては牛二頭、豚五頭を飼育しておりそれらが急病の際に処するに必要な麻藥の配給は牧場には無いのであります。しかして牛豚等は何らかの衝動によつて狂暴狂奔したり、又急激な腹痛等を起すのであります。よつて是非とも之を急速に鎮靜しなければならないのであります。而してこの場合最も必要な適藥は本件麻藥であります。ところで被告人山本榮の牧場は僻間に所在し獸醫のところへは最も近いところで四里ぐらいも距離がある遠隔の地であり獸醫は急場の間に合はないのであります。當時一頭數万円も値ひする牛豚の損失を防ぐ爲に被告人山本榮はかゝる緊急の場合に処して本件麻藥を所持していたのであります。即ち本件違反行爲は緊急避難的な行爲の過剰なものと思料さるべきであります。しかるにもかゝはらず被告人山本榮に對して實刑を科するのは甚だ酷でありこの点に於いて破棄を免れないと思ひます。

二、被告人山本榮の個人的事情について。

被告人山本榮は當三十五年の眞面目な青年であります。今迄前科も無く前職も身体の虚弱の爲に退き特に被告人山本

榮は前職でも明かなように学究的な人柄で前記牧場も兄の經營するところであり被告人山本榮の健康の爲にその管理に當つておつた次第で何らそこに營利的な觀念も無く、本件に於いても第一の理由の通り轉賣等を目的とする利得的な所爲でありません。かゝる被告人山本榮に對して實刑を科するのは甚だ酷であると思ひます。この点に於いて原判決の破棄は免れないと思料します。

以上の事由によつて何卒原判決破棄の上執行猶豫の御恩典を賜り度く御願ひ申上ます。

以　上

昭和二六年(あ)第二五八七号

決　定

本　籍　熊本県八代郡河俣村七八七〇番地
住　居　宮崎市栗山町二丁目三〇番地
古物商　桑本三次郎
明治二五年三月二三日生

右の者に対する賍物故買被告事件について昭和二五年三月一五日福岡高等裁判所宮崎支部の言渡した判決に対し被告人及び弁護人福沢文夫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

弁護人安田重雄、同奥山八郎の上告趣意第一点は憲法三一条違反を主張するけれども、その実質は刑訴四一一条に該当する事由あることを主張するに帰し、同第二点は憲法三八条三項違反を主張するけれども、第一審判決は被告人の公判廷外の自白だけで被告人に対する同判示第一の事実を認定したものではなく、第一審相被告人林田登の判示供述その他を綜合してこれを認定したものであることは同判文上極めて明かであるから、所論は前提を欠き、いづれも適法な上告理由にあたらない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和二六年(あ)第二五八七号

三月二〇日決定

三月二〇日決定　　昭和二六年(あ)第二五八七号

昭和二八年三月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一

昭和二六年(あ)第二五八七号

被告人　桑本三次郎

弁護人奥山八郎、同安田重雄の上告趣意

一、本件は憲法第三十一条に何人も法律に定める手続によらなければその生命若しくは自由を奪はれ、又その他の刑罰を科せられないと規定し、刑事訴訟法第三百十七条に事実の認定は証拠によると規定されてありますのに反し、証拠に基かずして判断した憲法違反の事由があると主張するものであります。即ち、

原判決の引用する第一審判決は、被告人桑本三次郎は、

第一、相被告人林田登より同人が他から窃取したるものであることの情を知りながら、自己の肩書住居において

一、昭和二十三年十一月二十六日午前七時半頃中古タイヤ一本を代金二万三千五百円で買受け

二、同年十二月三十一日頃午前七時頃前同タイヤ一本を代金二万六千五百円で買受け

三、昭和二十四年一月二十一日頃同タイヤ一本を代金千七百円位で買受け

第二、同年七月十日午前十一時三十分頃、自己の肩書住居において野邊英一よりオート三輪車用タイヤ二本を賍品であることを知りながら代金五千五百円にて買受け、以て贓れも賍物の故買をなしたものであると認定し、

その証拠の標目として、(一)被告人の司法警察員及び検察事務官に對する各供述調書、(二)野邊英一の検察事務官に對する各供述調書、(三)同人に對する裁判官の証人尋問調書を擧げてある。而して右証拠の標目中(二)及び(三)は判示第二の事実に関するもので、判示第一事実に関する証拠としては右(一)の被告人の司法警察員及び検察事務官に對する各供述調書があるのみである。

今右司法警察員に對する供述調書に就てみますのに、その第一回供述調書（一九九頁以下）に於て被告人は「四本目を

買受けた頃には不審には思つて居りましたが、大した事はないと思つて買受け……云々。八本目を買受けたのは昭和二十四年一月二十一日午前十一時頃……おかしいとは思つて居りましたがこれも大したことはないと思つて買受け……云々」と供述して居るけれども、第一審公判廷における司法警察員中村治憲の供述によれば被告人が取調において買受当時賍物であることを知つていたと申したか否かは記憶になく、同人がおかしいといつていたことあるも、そのおかしいということが何を意味するかは追求しなかつたとのことであつて、右供述調書の記載内容はその趣旨曖昧、不徹底であつてこれを以ては、被告人が果してその品物が賍物なることの認識があつたことを認定出来ない。次に検事に對する各供述調書に就てみるに、その第一回供述調書（二百六頁）において「四本目を買つた十一月頃、同人が次々と持つて参りますので私はこれは可笑しい、何処からか盗つて来た品ではないかと思いましたので、林田に大丈夫ですかと聽きました処、林田は「大丈夫だ父の品だ。そう疑われるのだつたら住吉の谷山方に行つてくれ」と怒つたような素振りをしていますので、私は危いと思いつつ大したことはあるまいと考え買つた譯であります」と供述して居り、第三回供述調書中には被告人は、林田が怒つて「大丈夫だ父の品だ。そう疑われるのだつたら住吉の谷山方に行つて聽いてくれ」といいますので、私は危いとは思いつつ同人のいうことを信用して買つた譯ですと供述して居り、更に第四供述調書（二百十九頁以下）においては「昨年十一月二十六日の朝林田がタイヤを持つて来た時、私はその以前にも三本許り同人から買つて居りまして、同人が何処からか盗んで来た品ではないかと考えましたので、同人に大丈夫かと聽いた事があります。すると同人が、大丈夫だ。自分の父が商賣気があつて農家の馬車に使つていたのを交換してそれを自分が持つてくるのだ。大丈夫だからというので同人のいうことを信用して買つた譯です。」と供述して居り、これ等檢察事務官に對する供述調書は要するに、林田に對する問答の結果同人の言動その他よりして賍物にあらずとの確信を得てこれを買受けるに至りたることを物語るものにして、その間賍物たるの疑念を挟みながら買受けたるものにあらざることを証するものとみるべきである。少くとも右檢察事務官に對する各供述調書は「危いと思いつつ同人のいうことを信用して」などというが如き矛盾極まる供述を内容とする証拠であつて、これを採つて以て被告人の不利の証拠に歸することは許されないと思料する。

更に野邊英一の檢察事務官に對する供述調書中には、第二回においては「取引の時怪しい品物ではないかという事を尋ねもせず自分で値を決めて買つたのであります。」と供述し、第三回において（三百二十六頁以下）私（野邊）が始めから賣る時にこの品物は盗んで来た品物ではないかというような事は一度も尋ねず、唯だ値段だけねぎつて買つたので、怪しい品物であるということは十分承知の上で買つたのであります。その証拠には私の二階の布團の中にタイヤを入れていたのを現認し、タイヤの如き品物を誰が布團の中に入れておくか、おそらく盗んで来て隠している事は常識で判斷がつくものと思います。又私は進んでこの品物は盗んだ品物ということは申しませんでしたと供述して居るも、これにより野邊が賍品なることを被告人に語らざりしことは判然となつて居り、而もその余のことは野邊自らの意見若しくは物の観方を物語つたに過ぎないのであつて、何等被告桑本が賍物たるの認識があつたとなすことは出来ないのである。

以上の檢討し来つた証拠の外、前記原審の掲ぐる証拠中には被告人が本件賍物たるの情を知つていたとみるべき証拠はない。賍物罪の成立には犯人においてその賍物なることを知らぬばならぬ。然るに原審の証拠にはこれを認むるに足るものがない。然れば原審判決は証拠に拠らずして罪を斷じたる違法あり、即ちこれは憲法第三十一条、刑事訴訟法第三百十七条に違反するものにして破棄を免れざるものと信ず。

二、本件原審判決は憲法第三十八条第三項何人も自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合は有罪とされ、又は刑罰を科せられないとの規定、刑事訴訟法第三百十九条第二項被告人は公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には有罪とされないとの規定に反するものであると事由を主張するものであります。即ち、

前に擧示しました原審判決引用の証拠中判示第一事実に関する証拠としては、右被告人の司法警察員及び檢察事務官に對する各供述書あるのみであつて、これ等の証拠は本件斷罪の資にならないものと見るべきものではあろが、今仮にこれを以て被告人の自白したものだとみましても、判示第一事実に関する限り被告人に不利益な唯一の証拠はこの本人の自白であるから、前示憲法、刑事訴訟法の規定により有罪とすること又刑罰を科せられないものと思料する。然れば原判決は破棄を免れないと信ずる。

以　上

昭和二六年(あ)第二六五四号

決　定

本　籍　和歌山県海草郡下津町大字上二六〇番地
住　居　東京都板橋区板橋町三丁目四九八番地若水荘　原山政夫方
無　職　伊　藤　賢
大正七年一月一日生

右の者に対する麻薬取締法違反被告事件について昭和二六年五月一七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

被告人本人の上告趣意について。

論旨は刑訴四〇五条の適法の上告理由に当らないし、また同四一一条を適用すべきものとは認められない。

弁護人松井清吉の上告趣意第一点について。

論旨は原判決が憲法三七条に違反すると主張するけれども、実質は原判決の事実誤認、量刑不当等を主張するのであるから適法の上告理由といえない。また刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

同第二点について。

三月二〇日決定　　昭和二六年(あ)第二六五四号

しかし記録を調べても所論のごとく刑訴四一一条を適用すべきものとは考えられない。

弁護人横田集雄の上告趣意第一点の其の一について。

論旨は原判決の判断を経ていない事項について論ずるものであるから適法の上告理由となりえない。（論旨中に「未だ公判に繋属前弁護届出たもので適当なる弁護届といい得ない」といつているが、その主張の採用できないことは刑訴三〇条一項、三二条、刑訴規則一七条、一六五条二項により明らかである。）

同第一点の其の二について。

論旨は刑訴四〇五条の適法の上告理由に当らない。なお第一審判決挙示の証拠を綜合すれば判示事実は肯認できるのであるから、論旨は理由がない。

同第二点について。

論旨中其の一は原判決の事実誤認を主張するものであつて適法の上告理由たりえない。其の二については事実審たる第一審は被告人の当公廷における自白のほかに他の補強証拠をもつて事実を認定したものであるから憲法違反（憲法三八条三項違反の意味）の問題は起りえない。

弁護人若林清の上告趣意第一点について。

論旨は原判決には判例の違反があると主張するが、実質は原審の事実認定を攻撃し、また事実審の裁量に属する証拠の取捨判断について論ずるものであるから適法の上告理由となりえない。

同第二点について。

論旨は原判決の判断を経ない事項について非難を加えるものであるから上告理由としては不適法である。

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

昭和二八年三月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一

被告人の上告趣意

一、法は凡ての国民に對し平等且つ公平たるべきに、当被告人伊藤賢関係事件に於てはこの自明の理が無視せられ、より重き犯罪行為（被告人川村慎三郎）の上訴は高等裁判所即ち横濱地裁に差戻され再審の恩典に浴せるに反し、本被告人伊藤賢の輕率なる行為が高等裁判所に於て控訴棄却の無慘なる境遇に轉落せしめられたるは、法の平等を誇るわが公平なる司法御当局の御裁きとしては合点がゆかず、頗る不満を覺え日夜呻吟、苦痛その極に達し、遠く家郷に私を待つ老いたる父母のことを思い、数百年の家門の名譽を考え、不肖の子として自から生をたたんとさえ考えたことは再三再四にとどまりません。ここに敢て意を決して、次の如き事実を列擧して、その証人を上げ、最高裁判所御当局の御賢明なる御判斷を仰ぎ「重き者は重く、輕き者は輕き」法の眞理を具顯し、罪は輕きに拘らず刑のみ過重に泣ける一国民のために、恩情ある御裁斷を賜わらんことを、伏して神明に誓つて懇願申上げる次第で御座います。

一、被告人川村慎三郎が、麻藥である燐酸コデイン五瓩を所持した事実並びに証拠。

A　川村慎三郎は、昭和二十四年七月二十九日午後一時頃、燐酸コデイン五瓩の取引のため東京都板橋區板橋町四丁目六十九番地村山正一宅にタクシーを呼び寄せ、同宅より四瓩の燐酸コデインをタクシーにて運ぶおり、内三瓩は正しく川村慎三郎一人にて所持した。

B　川村慎三郎は昭和二十四年八月中旬頃、東京都中央區日本橋（高島屋百貨店）附近に西山信一、村山正一を待たして、單獨で知人高橋勝の店に入りて交渉して金十万円にて二瓩の燐酸コデインを賣却して賣渡し、且つその十万円をば川村慎三郎は連行した西山信一、村山正一の二名と分配した。

C　Ⓐの事実に関する証人本麻薬事件被告人　飯　塚　　博
　　Ⓑの事実に関する証人本麻薬事件被告人　西　山　信　一
　　受刑者　村　山　正　一
の証言並びに供述調書に依る。

一、然るに被告人川村慎三郎は横濱地方裁判所に於て求刑三年、体刑二年の判決ありしに高等裁判所に控訴の結果、横濱地裁に差戻再審の寛大なる御判決でありました。

当被告人伊藤賢は麻薬取締違反事件に関しては、

イ、廃学の運命にあるアルバイト学生に頼まれ、後輩でありやまれず、口添の労をとつたに過ぎないのであります。

ロ、この間一銭の收得も又全然かかる利得は考えず、学生（飯塚博）は先方の罠にかかり、私は川村慎三郎等に脅迫され金銭の工面に泣いたこと何日か、然るにかかる川村慎三郎は差戻御再審御判決あり、私には控訴棄却冷酷なる、絶對承服得ざる御判決であつたので御座います。

茲にあえて司法御当局の正しき御裁斷を仰ぎ、御取り上げ何分の御審議の程偏にお願いしたく、司法の究極なる最高裁判所に訴えた次第で御座います。

以　上

昭和二六年(あ)第二六五四号

被告人　伊　藤　　賢

弁護人松井清吉の上告趣意

第一、上告申立人（被告人）伊藤賢に係る麻薬取締法違反事件に関する第一審裁判は憲法第三十七条に規定する公平な裁判が行われていないと信じます。即ちその理由

(1) 第一審裁判において、被告人伊藤は本件の関係被告人日本衛材株式会社業務部長村山林一、同人弟村山正一、川村慎三郎、飯塚博、西山新一、井戸田修、飯島健兒等と共に各々懲役二年の実刑を宣告され、その内川村慎三郎に控訴申立の結果昭和二十六年八月十四日東京高等裁判所刑事第二部において原判決を破棄し、事件を横濱地方裁判所に差戻す旨判決を言渡されました。

(2) 又同じく関係者日本衛材株式会社々長内藤豊次、渡邊嘉八、野島安政、清水某、李シ順等は無罪となり、岡田溪子、上原郁子は懲役一年、但し三年間刑の執行猶豫の判決を受けた趣きであります。

(3) 本件麻薬（事実麻薬であつたか否やは後に述べる）は一件記錄で明らかな通り、始め日本衛材株式会社にあつたものを被告人村山兄弟等が共謀して他に賣却せんとして之れを持出し、それを川村慎三郎を通じて被告伊藤が偶然の機会に情誼上斷り切れず、他に斡旋せんとしたに止まり、その間何等利得の意思もなく、又現実に利益を得ていないものであるに不拘、その処斷は所謂「十把一絡」又は「味噌も糞も一緒」にして之れにより巨利を得んとした者、若しくは麻薬を騙取して多大の利益を得た者と同一に裁判せられました。

(4) 然しこれと反對に関係者の内事実麻薬を保管し、又は所持していたのに不拘、所持の確証がないため之を頑強に否認し、若しくは麻薬であるとは知らなかつたと供述して、無罪の判決を言渡された者もあると聞いております。

(5) それは後に記述する通り、第一審の裁判が共犯関係者を併合審理せず、個人別に審理されたため所持の事実又は麻薬であつた事を否認したからであります。

(6) 又本件に付檢察官より証拠物として提出された麻薬の領置調書及びその試驗成績書は本件とは別に、他人間において取引された麻薬であつたと思われます。

(7) 如斯被告人伊藤に對する裁判は、国民の基本的權利として保障せられておる憲法第三十七条に「すべて刑事々件においては、被告人は公平な裁判所の（中略）裁判を受ける權利を有する。」旨規定せられた權利を侵したもので、憲法違反の裁判であると信じます。

第二、（被告人）伊藤に係る本件第一審裁判は刑事訴訟法第四百十一条に反するものと信じますから上告裁判所の職權の發動を求めます。而してその理由は、

(1) 第一審裁判は刑の量定が甚だしく不当であるか、又は判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があると考えられ、従つて原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと思われます。

(2) それは本件の審理に当り事案の眞相を明らかにせず、従つて刑罰法令が適正に行われなかつたと思惟せられますから以下その事実を記述します。

(3) 本件麻薬の取引関係は前記第一の(3)に略記した通りであり、初め被告人伊藤の第一審の公判廷において本弁護人より事案の眞相を明らかにし、刑罰法令の適正に行われるため関係被告人の併合審理を請求しました処、当時裁判官篠原治朗判事は「被告人が多数で併合審理は困難だ」云々（但し本件記錄にはその事実を記載してありません。）と言つて各被告人を各人別々に審理の上各別に判決されました。

(4) 又本件の証拠物として、第二回公判廷において立会檢察官幡野正彦副檢事より麻薬の領置調書及びその試驗成績書を

裁判所に提出され、当時被告人伊藤及び本弁護人もつい迂闊にそれに同意しましたが、然しそれは後の審理において本件の証拠物でない事が被告人伊藤及び証人等の証言で明らかにされました。

(5) 被告人伊藤は他の共犯者村山、川村等が麻薬だといつたのでそうだろうと思つただけで、当時それを使つたり又試驗して見た譯ではありませんから、事実麻薬であつたか否やは判らなかつたのであります。

(6) 本件関係被告人の或者は、前記の通り個人別の審理を奇貨として所持の事実を否認し、又は証拠物が明らかでないため麻薬であるとは知らなかつたと供述して罪を免れた者もあると聞きました。

(7) 又本件の麻薬事件につき関係被告人として起訴された者の内、その証拠物として押收された物が饅純粉だと判り、無罪の判決を言渡されたものもあると聞いております。

(8) 如斯事情で、当時授受された物が果して事実麻薬であつたのか、又は包装の表面を麻薬の如く装つて、中味は饅飩粉を入れて麻薬に僞造したのか判明しません。なお檢察官より提出された証拠物の麻薬の領置調書及びその試驗成績書は別に他の人々の間において取引された麻薬であつたと思われます。それは本件の証人の証言で明らかであります。

(9) 従つて第一審判決においては本件の証拠につき被告人伊藤及び証人井戸田修外四名の証言のみで、而もそれは麻薬の取引関係の証言で、被告人伊藤が所持した事実の証言はないのに被告人伊藤に對し有罪の判決を宣告されました。又包装の中味が饅飩粉であつたとすれば、本件は勿論無罪となるべきものと考えられます。

(10) 斯様な次第で、本弁護人が申述べる迄もなく檢察官の起訴に基く犯罪事実の認定は証拠により、又その証拠の証明力は裁判官の自由な判斷に委ねられておりますが、然し苟くも罪となる可き事実の認定については裁判官の恣意に任せられている譯ではないと考えられます。

(11) 故に本件については事案の眞相を明らかにして刑罰法令を適正に行い、以て正義を維持するため原判決を破棄する必

要があるものと信じます。

第三結語

(1) 本件に関する第二審たる東京高等裁判所の判決理由の後段に「麻薬事犯の処理にあたつてはかかる犯罪の性格に鑑み、単に犯人の性行、經歴、犯行の動機、犯行関與の程度、利得の有無等その主観的事情のみならず、その客体たる麻薬の性質、数量その入手經過、事後轉々取引された状況等、その客観的状況をも充分斟酌の上量刑処断すべきものである」云々といわれたのは誠に至言でありますが、然し果して第一審裁判がその通り行われているでありませうか、甚だ疑問であります。

(2) 検察官の公訴を提起するや否やについては「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の輕重及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないときは公訴を提起しないことが出来る」旨刑事訴訟法第二百四十八条に規定せられている程で又裁判が行われる場合は「犯罪ノ情状憫諒ス可キモノハ酌量シテ其ノ刑ヲ減輕スルコトヲ得」とし、又は「犯罪ノ情状ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ一年以上五年以下ノ期間内其ノ執行ヲ猶豫スルコトヲ得」る旨、刑法第六十六条、同第二十五条に規定せられており、当然右規定の精神に則り実刑を科すべきや否やにつき、充分愼重に考慮の上判決を宣告せられる事と確信致します。

(3) 処が本件被告人伊藤の裁判においては、敍上第一及び第二に述べました通りで、俗に「正直者が馬鹿を見」て反つて狡猾な者、不正直な者等が或は罪を免かれ、又は輕き処分を受けるが如き有様であり、仮に裁判官も神ならぬ人間である以上は、時には多少の手落ちがあり、又は不公平があるも亦止むを得ないといえばそれ迄でありますが、本件の裁判は公平を欠き、又は著しく正義に反するものと認められますから到底承服する事が出来ません故、其の是正を求めるため敢て上告申立を致しました次第であります。

以上

昭和二六年(あ)第一六五四号

被告人伊藤賢

弁護人横田隼雄の上告趣意

第一点　原審判決は訴訟手續を無視して公正な裁判をなさざる違法がある。

其の一、本件記錄を査閲するに本記錄（追起前の別冊あるから本記錄という）第六丁弁護人選任の件通知と題する書面によれば「私選弁護人松井清吉に依頼する旨申出た」と記載しありて、その日時は昭和二十五年三月十八日附であつて、本記錄第七丁弁護人選任届は「昭和二十五年三月三日附で横濱地方裁判所」宛となつているが、本記錄添附の起訴状の日附はその後である「昭和二十五年三月十一日附」と記載しあり、その受附も同日であるから本記錄起訴（第一審判決擧示第一事実）以前の日附であり未だ公判に繫屬前弁護届出たもので適当なる弁護届といい得ない。

然も該弁護届は昭和二十五年三月三日被告人が横濱刑務所勾留中、被告人の署名拇印を求めたことも同弁護届に明らかにせるところであつて、被告人は本記錄第六四丁勾留状により拘束を受けその拘束中であるが、同勾留状によれば別件である被告人が「リンサンコデイン」を賣却したりとの被疑事件で勾留せられた間に受取つた弁護届で、本記錄起訴（第一審判決擧示第一事実）に對し被告人を拘束したのは本記錄第五九丁調書、第六六丁勾留状により極めて明白である如く、昭和二十五年三月十一日更めて勾留せられたのであるから、この弁護届の日時が誤記なりというを得ず。別件で受取つた弁護届を本記錄起訴前提出した弁護届を有效なものといい得ない。

尤も第一審弁護人松井清吉は別記錄追起訴（第一審判決第二事実）に對して別に弁護届を提出せることは認められるが、この弁護届は別記錄追起訴に對する弁護人で本記錄起訴の弁護人でなく、これあるが故を以て適当な弁護人といい得ない。

然らば本件に就て第一審は本記錄起訴事実に對し、適法な弁護人なくして公判開廷審理裁判したことは違法であるに拘らず、これを看過した原審判決は違法といわなければならぬ。

其の二、本件記錄を査閲するに本記錄第一審第二回公判調書中

「判事は証拠調に入る旨を告げた。

副檢事は証拠により証明すべき事実を明らかにした上、書証として

燐酸コデインの領置調書

右同試驗成績書

証人として、

井戸田　修

村上林一

飯塚　博

の各取調を求め書証の趣旨を述べた。

弁護人は右各書証の取調に異議なく証拠によることに同意し

証人についてもその取調に同意する旨を述べた。

判事は右書証は採用取調べ証人は次回当法廷に召喚取調べる旨を決定を宣した。

副檢事は右書証を朗讀し裁判所に提出した。」

と記載しあり、その第三回公判調書中

「裁判官は前回に引つづき審理する旨を告げた。

次で判事は被告に對し

（犯罪事実等の取調記載あるも中略す）

判事は

召喚に応じて出頭した証人井戸田修を入廷せしめ、次に訊問する証人村山林一並びに飯塚博を退廷させた後、証人井戸田に對し」

と記載あるが、この記載事項よりみれば

一、檢事の提出した領置調書によれば、

「リンサンコデイン一キロ川崎市櫻本町二の二金溝水差出に係るもので被疑者權柏碩に對する事件」

と記載しあり、

試驗成績書によれば、

「被疑者權柏碩に係る麻藥取締法違反の証拠品として鑑定依頼のあつたもの」

と記載ありて、本件被告人に何等関係するものに非ず。又本件全記錄を精密査閲するも被告人の関係したものとは認め得ない、

斯くの如き書証を檢察官が提出した場合一応釋明を求めるべきであるに、これをなした事跡認め得ず。漫然と書証として採用したことは違法である。

二、前述の如く、第一審第二回公判調書で決定した証人を第三回公判で訊問するのが刑事訴訟法の精神でなければならないに拘らず、これを無視したるのみならず「証人村山林一並びに飯塚博を退廷させた後」と記載しある以上、この両人の証人を在廷せしめ被告人に對し公訴事実の訊問をなしたるが如きは舊態依然たるもので、刑事訴訟法の精神を

理解せず偏見豫斷の上訊問をなしたりと認められるも已むを得ない訴訟手續であるに、原審はこれを看過して判決した違法は免かれぬ。

三、なお又、其の一に述ぶるが如く被告人に對する本記錄第六四丁の勾留狀によれば、昭和二十五年二月二十一日勾留狀を請求し翌二十二日執行せられ、同年三月一日迄麻藥と稱するリンサンコデインを賣却したという被疑事件で拘束せられ、その間に作成した被告人の警察、檢察官の供述調書を第一審において檢察官が提出した場合、本記錄起訴、別冊追起訴（第一審判決擧示第一、第二事実で昭和二十五年三月十一日第一事実で勾留せられたもの）の事実に對し拘束を受けて居らぬ被告人であること記錄第六四丁、第六六丁勾留狀記載事項で明白であるから、任意性を欠き、信用すべき特別事情の下に作成したるものと認め難きものを證拠としたことも違法であるが、これは第一審判決が證拠に引用して居らぬから敢て不法を難せざるも、前述一、及び二記載違法の參考となす。

第二点　原審判決は憲法上採証違法の判決をなしたる違法がある。

原審判決はその理由に

「第二点について原判決擧示の証拠を綜合すれば、被告人が判示日時、場所において麻藥取締法所定の麻藥である判示數量の燐酸コデインを所持していたことは明らかであつて、記錄を調査するも事実の誤認があることは認められない。論旨は理由がない。」

と判示せるが、

其の一、麻藥たる燐酸コデインの点

麻藥取締法の麻藥たる燐酸コデインであるというには被告人その他関係人の供述のみで判斷し得ざるもので、被告人が第一審判決が判示せる麻藥たる燐サンコデインと稱するものを仲介したりとは認め得るも、麻藥たる燐酸コデインを

被告人が所持したりとは認むる補強証拠何等存せず、前点所論の試験成績書存するも本件に関係ありと認むるものなし。凡そ燐酸コデインたりというには化学的証するものを必要とするに、これなくして燐酸コデインと稱するものを被告人が取扱いたればとて直ちに麻藥なりとはいい得ない。

其の二、所持の点

本件第一審判決第一、第二事実の被告人が麻藥たる燐酸コデインを所持したというも、被告人は麻藥たる燐酸コデインと稱するものを仲介のため所持したことは自白せるところ、第一審における証人井戸田修（別件審判中で関係人中には無罪となりしものあり、又関係人の供述中燐酸コデインは偽物であつたというもあり。）その他の供述によると被告人に對し賣却のため仲介を依頼し、これ等関係人と共に燐酸コデインと稱するものを異動したりと認め得べきも、被告人の自白以外麻藥たる燐酸コデインを所持したりとの補強証拠なし。被告人の自白以外麻藥と稱する燐酸コデインと稱するものを一時預りたりというものあるも、これを以て所持とはいい得ない。法の所持とは自己の実力支配下に置くの意なること大審院判例学説の一致するところ、仲介のため一時預ることは所持とはいい得ない。

百歩を譲り被告人自白する燐酸コデインと稱するものが麻藥なりと認められ、仲介のため預りたることを所持とするも、第一審における証人の証言のみでは適確に被告人が預つていたということは認められない。

然らば被告人の自白以外補強証拠はない。然るに第一審が被告人の不利益な唯一の自白あるのみで有罪の判決したことは違法といわなければならない。

以上の如き事実存するに、原審判決は控訴趣意に對する前述の判決理由で棄却したことは憲法上採証の法則に違反し、正義公平な裁判をなさなかつた違法ありて破棄を免かれぬ。

以　上

昭和二六年(あ)第二六五四号

被告人伊藤賢

弁護人若林清の上告趣意

第一点　原審は第一審の被告人に對する犯罪事実の認定に関し事実の誤認があつて、その誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであるとの控訴理由に對し「原判決擧示の証拠を綜合すれば、被告人が判示日時場所において麻薬取締法所定の麻薬である判示数量の燐酸コデインを所持していたことは明らかであつて、記録を調査するも事実誤認があるものとは認められない。論旨は理由がない。」として控訴を棄却した。その理由とするところは、察するに被告人は公判廷に於て起訴状記載の事実を認め、燐酸コデインを所持していたと自白し、証人井戸田修、同飯塚博、同川村愼三郎、同原山セイ、同村山正一が被告人が燐酸コデインを所持していたと述べているので、被告人の自白とこれ等証人の補強証拠を綜合し、被告人が燐酸コデインを所持していたと第一審が判示したことは採証の法則及び事実認定の經驗則に反しなく、結局何等の事実誤認がないというもののようである。しかしながら被告人が所持した物体が麻薬取締法に規定する麻薬である燐酸コデインであることは右の証拠によつてしかく簡單に認定しうるものであろうか。今本件記録を精査すると、被告人は第一審公判廷に於て燐酸コデインを所持したと卒直に自白している。しかし同人は同品が燐酸コデインであるか否かについては科学的な実驗又は試驗の結果に基いて左様に述べているのではない。ただ村山正一が燐酸コデインであるといつて被告人に渡し（第二の事実については飯塚博が）同人は眞正の燐酸コデインと信じて所持したからそう述べたに過ぎない。およそ燐酸コデインの如き特殊の化学薬品については專門的科学的知識を有する者の精密な鑑定によつて始めてその眞僞が明らかにされ得るものであるが、一件記録に徴するも被告人が自ら若しくは他に依嘱して試驗の結果、燐酸コデインであつたと認めた形跡はない。従つて「燐酸コデインを所持した」との被告人の自白はその物体が燐酸コデインであることにつ

いての科学的根拠のない陳述であつて、それは單に被告人が燐酸コデインであると信じた物体を所持したという事実の証拠とはなり得るであろうが、この自白のみではその所持した物体が果して眞正の燐酸コデインであるかについての充分な証明力があるとは考えられない。この場合における被告人の自白は「刀を所持した。」「時計を窃取した。」の如き供述の「刀」や「時計」の事実に對する証明力と同一に論ずることは出来ない。次に第一審判決擧示の各証人は、その証言に於て直接又は間接に被告人が燐酸コデインを所持したと述べているが、その燐酸コデインであるか否かについてはこれまた科学的実験、または試験に基いて述べているのではない。ただ被告人が所持した物体が燐酸コデインであると他人より聞き、そう信じて証言しているに過ぎないのであるから、これ等の証人の証言も被告人がある物体を所持し、証人等がそれを燐酸コデインであると信じたことの証拠とはなるであろうが、被告人が所持した物体が燐酸コデインであるか否かの事実認定について充分なる証明力を有しない。

第一審擧示の証拠中被告人が所持した物体が、眞正の燐酸コデインであると推認せしめる根拠となるかと考えられるものは、証人井戸田修、同村山正一の「該物品の包装は厚手の紙にレッテルが貼つてあり、そのレッテルには燐酸コデインと書かれてあつた。」旨の供述であるが、單に包装に左様に記載されているだけではその内容が麻薬取締法に規定する燐酸コデインであることについての充分な証明力を有するものでない。昨年普通の商品に於てさえ偽商標の商品が市中に氾濫し、商標によつて中味を判断することができない商業道徳地に墮ちた敗戦後の日本の現状下に於て、しかも特に偽物の多い麻薬についてレッテルのみによつて中味を判断することは許されないものというべきである。一般には麻薬の密取引に於てはそれが極めて高價に賣買されるので、偽物を眞正なりとして取引することが多く、取引当事者の言及びその状況のみによつて取引物品の眞偽を判断するのは極めて危険であることは、少しく社会の実情に眼を向ければ明らかなことである。事実の認定の基礎となるべき証拠の証明力は、裁判官の自由な心証に委ねられていることはいうまでもないことである

が、およそその証明力は少くとも通常人であれば誰でも疑いをさしはさまない程度に、眞実らしいとの確信を得させるものでなければならない。（昭和二三年(れ)第四四一号第二巻第九号一一二三頁参照）本件犯罪事実の核心である燐酸コデインの眞偽について援用されている証拠の証明力だけでは上述の如く燐酸コデインの眞正さについて疑いをさしはさまない程度眞実らしいとの確信を得ることは絶對にできないものである。

原判決は將にその点に於て実験則に反し、前記判例の趣旨に違反するものである。破棄を免れない所以である。

第二点　原審は第一審の重大なる過誤を看過している。即ち第一審は副検事の証拠調請求に基き、先ず燐酸コデインの領置調書、燐酸コデイン試験成績書を取調べた後被告人に對し、前科、家族関係、前歴のみならず更に進んで犯行の動機、犯罪の実行等について詳細に質問し、その陳述を求めている。思うに燐酸コデインの領置調書、同試験成績書は本件犯罪事実とは直接何等関係のないものである（さればこそ第一審判決にも引用されていない）。かかる本件犯罪事実に直接何等関係のない証拠を取調べた後、直ちに被疑事実につき詳細に被告人の供述を求めるのは恰も起訴状朗読後、直ちに詳細に被疑事実につき被告人の陳述を求めるのと同じく、新刑訴法が旧法の被告人訊問の制度を廃止し、第二百九十一条第二項、第二百九十二条、第三百一条の規定を設けた精神に反する審理方法であつて、宜しく原審は右の違法を指摘し、職権を発動して第一審判決を破棄すべきだつた。しかもまた控訴審弁護人はこの点をその控訴理由として述べるべきであつた。然るにかかる控訴理由の陳述はなかつたので適法な上告理由となし得ないことは遺憾であるが、右訴訟手続の法令違背は事実の認定並びに量刑に至大の影響を及ぼしていることは明らかで、結局原判決は著しく正義に反するものといわざるを得ない。原判決はこの点に於ても破棄を免れない。

以　上

昭和二六年(あ)第二六六五号

判　決

本籍と住居　静岡県富士郡富士根村小泉五七四番地の一
自動車運転者
渡　井　安　隆
大正七年一月五日生

右の者に対する強盗傷人教唆被告事件について昭和二六年二月二一日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人村山輝雄の上告趣意第一点について。

被告人の司法警察員に対する所論の供述には、所論の如く相矛盾するところがあるからといつて、少しも右供述の任意性を疑わしめるものでないことはいうまでもないところである。そして、仮りに右供述が所論の如く係官から「あゝだろう、こうだろう」と言われたので止むなくなされたものであつたとしても、事件の全般を通じて右供述が強制、拷問等によるものであることを思わせる何らの痕跡もなく、却つて被告人自ら第一審公判廷において右供述は任意になされたものであり、強制、拷問又は脅迫され、無理にいわされたことはない旨陳述している本件においては、右供述を憲法三八条二項にいわゆる強制によるものということのできないことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し極めて明白であり（昭和二二年(れ)第二五三号　昭和二六年三月二〇日判決）

三月二〇日判決　昭和二六年(あ)第二六六五号

号、同二三年七月一四日大法廷判決参照)、論旨は理由がない。

同第二点について。

被告人の本件強盗を教唆した旨の所論自白と被教唆者たる第一審相被告人杉山政一の被告人から右教唆を受けた旨の供述(自白)とによつて、右教唆の事実を認定しても、憲法三八条三項に違反するものでないことは当裁判所の判例の趣旨に徴し明かであつて(昭和二三年(れ)第七七号、同二四年五月一八日大法廷判決参照)、論旨はこの点において既に理由がない。

同第三点は刑訴四〇五条の上告理由にあたらない。

なお、記録を調べても、刑訴四一一条を適用すべきものとは認められないから、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。

昭和二八年三月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

昭和二六年(あ)第二六六五号

弁護人村山輝雄の上告趣意

被告人渡井安隆

第一点　原判決は憲法第三十八条第二項に違反した違法がある。

憲法第三十八条第二項は「強制、拷問若しくは脅迫による自白――は、これを証拠とすることができない」と規定し、この憲法の規定を受けて、刑事訴訟法第三百十九条第一項は「強制、拷問又は脅迫による自白――その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない」と規定し、憲法の趣旨を更に明確にしておる。

即ち憲法第三十八条第二項は強制や拷問、脅迫による自白は勿論、その他「任意性」について疑のある自白は、これを証拠とすることを絶対に禁示しておるものと解しなければならない。

而して、任意性の有無は、只単にこれを形式的に判断すべきものではなく、その供述調書の全内容によりこれを判断すべきものであると確信する。

蓋し、我憲法は国民の基本的人権を宣言し、刑事訴訟手続に於てもこれが具体化のための諸規定を設け、国家権力の行使者と国民との関係を平等の立場に於て、その法律関係を構成しておるのであるが、我国民並びに犯罪捜査当局者の永い封建的習性は一片の法令によつて改められるものではなく、新憲法下の今日に於ても依然として昔ながらの「治者」と「被治者」の関係にあるのが現実の姿である。

殊に、或る事件の被疑者は司法警察当局者の前に於て、外形的に直ちに明白な「縛制」や「拷問」又は「脅迫」をなされるようなことは、今日既に稀であると思料されるが、実質的には供述を強制され、供述を誘導され、脅迫されて供述しておるのが常であつて、決して被疑者が任意に供述しておるのではないのである。

若しこの間の事情を考慮することなく、表面上明白な強制、拷問、脅迫さえなければ、凡て供述に任意性ありとし、その供述を証拠とすることを認めるならば、新憲法の精神は没却され、右条文は空文に歸するものといわなければならない。従つて供述の任意性を判断する場合には、飽くまで外形的考察に止らず、その供述内容自体にまで深く掘り下げて、これを考察しなければならない。

飜つて本件を觀るに、原判決によつて援用された一審判決の事実は「被告人両名の司法警察員に對する各第一、二回供述調書中の供述記載」を証拠として援用し、即ち被告人の司法警察員に對する第一、二回供述調書を証拠としてこれを認定しておるのである。

而して、第一審の第四回公判に於て、檢察官から被告人渡井に司法警察員に對する右第一、二回供述調書の証拠調請求がなされた際、弁護人から任意性のない供述調書であると異議が述べられ、被告人に對し、その調書作成当時の状況が簡單に訊問されたのであるが、その時被告人は司法警察員から、強制や拷問や、脅迫はされなかつた旨を述べておると同時に警察官から「ああだろう、こうだろう」といわれたので止むなく調書の通り承認した旨を陳述しておる。

この一審の公判調書の記載によれば、外形的に明白な強制、拷問、脅迫はなかつたが、実質的には、強制であり、脅迫であり、誘導であり任意性を疑うに十分であるといわなければならない。

更に右調書の内容自体を檢討すれば、被告人の供述が任意に出たものでないことが明瞭になると思料する。

即ち被告人渡井の司法警察員に對する第一回供述調書によれば、九月二十八、九日及び十月初旬頃、杉山に会い、二度とも同人に對し强盗の教唆をなした旨の記載があるが、同調書第五十六回問答にては「まさかやるとは思いませんでしたが、どうどうやつたかと思いました」との記載があり、同第二回供述調書に於ても前半に於て、被告人の犯行を認めた趣旨の記載があるが、その第三十問答に於て「私は杉山に冗談半分にいつて、自分も

確実にやろうという気持もありませんでした。まさか杉山がやるとは思いませんでした」との供述記載がある。

数回にわたり、供述調書が作成されたような場合、供述者の記憶違い又は作成者の不注意により、些細な点に於て各供述調書の間に食い違いがあることは止むを得ないとしても、一つの供述調書の中に於て相矛盾する供述内容、併も本件に於て最も重大な点、本質的な点について相反する供述内容が記載されて居るのであるから、右供述調書はその記載内容自体によつてとうてい任意性を認めることはできないといわなければならない。

従つて一審に於ては任意性について簡單な訊問を行つた際、一応任意性ありと判斷したとしても、証拠調の後その供述調書の記載内容自体によつて、客觀的に任意性を疑うにたることが明らかであるから、当然その証拠の排除をなすべきである。然るにも拘らず、一審はこれを事実認定の証拠として援用し、原審亦一審判決の認定事実並びに証拠を援用しておるのであるから、原判決は憲法第三十八条第二項に違反した違法があり、判決に影響を及ぼすことが明らかであるから刑事訴訟法第四百十条により原判決を破棄すべきものと思料する。

第二点　仮に第一点の所論が理由なしとするも、原判決は憲法第三十八条第三項に違反した違法がある。

憲法第三十八条第三項は「何人も自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には有罪とされ、又は刑罰を科せられない」と規定し、この規定を受けた刑事訴訟法第三百十九条第二項は「被告人は公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には有罪とされない」と規定し、右憲法の条項の精神を明確にしておる。

而して右規定の「被告人の自白」の中には共犯者たる共同被告人の自白をも含むものと解すべきである。

従つて本件被告人渡井の共犯者、杉山に對する本件教唆の事実を認定するためには、被告人渡井の自白、共犯者杉山の教唆を受けた旨の自白（自白）外に、これを補強する他の証拠を必要とするものといわなければならない。

即ち本件の補強証拠は、共犯者杉山の自白のみでは十分でなく、被告人の自白、共犯者の自白から獨立且つ措信しうる証拠でなければならない。補強は、補強を要する証言以前の資料から得られなければならないのである。

飜つて本件を觀るに、原審判決に援用された一審判決の事実摘示によれば、被告人渡井は昭和二十四年十月六、七日頃吉原市和田町三丁目三十八番地馬場榮三郎方製材工場内に於て前記杉山に對し、本件強盗教唆をなした旨記載があり、その証拠として、被告人渡井及び杉山の司法警察員に對する第一、二回供述調書、杉山の檢察官に對する第一回供述調書並びに公判廷における杉山の供述が夫々摘示されておる以外何等の自白を補強するに足る他の証拠はないのである。

更に本件記錄を檢討しても、原審に於て取調べた証人渡邊保義、畔柳辰雄の証言により、被告人渡井が昭和二十四年十月上旬頃前記杉山と前記馬場製材所内で數分間会つた事実は認められるが、この証言を以て直ちに被告人が前記杉山に對し本件強盗の教唆をなした事実を認むる補強証拠となし得ないことは明瞭である。

却つて右証人渡邊保義は「渡井と杉山が地面に地圖を書いたかどうか知らない。自動車と積んであつた材木との間はほとんど少ししか間隔がなかつたので、その間の地面に地圖を書くのは無理である。」旨証言しており、この証言は共犯者杉山の被告人渡井から前記馬場製材工場内の積んであつた自動車との間にしやがんで、地面に地圖を書いて本件強盗を教唆された旨の供述を覆すに足るものといわなければならない。

これを要するに、原判決は被告人渡井及び共犯者杉山の自白のみを唯一の証拠として、被告人渡井に對する犯罪事実を認定しておるのであるから、憲法第三十八条第三項に違反した違法があり、判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、刑事訴訟法第四百十条により原判決を破棄すべきものと思料する。

第三点　原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと思料する。被告人渡井は昭和二十四年九月二十七、八日頃靜岡縣吉原市宮町マーケット附近の路上に於て、一審の共同被

告人杉山政一に對し、醉余冗談に强盗の犯行を教唆するかのような言動をなした事実は認められる。併し被告人の右言動は飽くまで冗談であつて、眞実犯罪教唆の意思はなかつたのであることは右杉山の一審公判廷における供述によつても明らかである。一審判決認定の如く同年十月六、七日頃被告人は右杉山に對し馬場製材所内に於て犯行を教唆した事実は全然ないのである。

右杉山の犯行は被告人の冗談にヒントを得た結果の犯行ではあつたが、被告人の言動と杉山の犯行の意思決定との間には刑法上の因果関係はないのである。

仮に被告人の言動によつて、杉山が犯行の決意をしたとしても、被告人には犯罪教唆の意思は全くなかつたものである。この点については、原審に提出した本弁護人の控訴趣意書第三点に於て詳細に論じているから、重復を避けるため、これをここに援用することにしたい。

只、原審の事実審理により明らかになつた事実につき簡單に言及したい。

それは、共犯者杉山政一の供述の信憑性に関するのであるが、右杉山は被告人渡井から前記馬場製材所内に於て、積であつた材木と自動車との間の地面に地圖を書いて、犯行を教唆された旨供述しておるが、証人渡邊保義、畔柳辰雄の各証言を綜合すれば、杉山の右供述は措信することが出来ない。

又右杉山は檢事に對する第一回供述調書に於て犯行の前日既に犯行現場に赴いたが、誰もいなかつたので、犯行に用いた鐵棒を拾い隱しておいた旨供述しておるが、一審公判廷に於てはこれを否定し犯行の前日は、自分所有の貨物自動車を運轉し、仕事に従事した旨供述しておる。

然るに前記証人渡邊、畔柳の証言によれば、杉山は当日貨物自動車には乘らず、自動車は右証人等と臨時雇の運轉手渡邊一によつて運轉せられた事実が認められ、杉山の一審公判廷における供述は明らかに事実に反するものであることが明

らかとなつた。

杉山は何故かかる明瞭に虚偽の事実を主張するのであろうか、自己の罪を多少とも輕くしたいという共犯者の心理に基くものと認めざるを得ないのである。

これ等の事実に照しても、杉山の供述はこれを措信することができないのであつて、自己の罪を輕くせんため、被告人渡井に教唆されたと主張して居るものといわなければならない。

これを要するに原判決には、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があつて、これを破棄しなければ著しく正義に反するものというべきであるから、刑事訴訟法第四百十一条により、原判決を破棄すべきものと思料する。

以　上

昭和二六年(あ)第二八八三号

判　決

本　籍　大分県大分郡石城川村大字内成一九二二番地
住　居　別府市楠町二七五の一番地
元旅館営業　後藤図
明治三〇年一一月六日生

右の者に対する別府市条例第三一号違反被告事件について、昭和二六年四月五日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人小玉治行、同丹波景政の上告趣意第一点について、

論旨は憲法三一条違反を主張するけれども、その実質は単なる法令違反の主張に帰し、適法な上告理由にあたらない（第一審判決が所論条例三条一項を引用したのは、同条令四条に「前条の者のために」とあるので「三条一項所定の者のために」ということを明かにするため掲示したに過ぎないことは判文の全趣旨から看取するに十分である）。

同第二点について、

一、原判決が所論控訴趣意第四点について判断を遺脱したものであることは所論のとおりである。論旨(イ)は右違法をもつて

三月二〇日判決　　昭和二六年(あ)第二八八三号

三月二〇日判決　昭和二六年(あ)第二八八三号

憲法三一条違反なりと主張するけれども、その実質は単なる法令違反の主張に帰するのであるから、適法な上告理由にあたらない。記録を調査すると、右控訴趣意第四点は事実誤認又は理由不備の主張であるが、第一審判決に引用された証拠を綜合すると判示犯罪事実は十分に認定できるばかりでなく、訴訟記録並びに第一審で取調べた証拠によつても、第一審判決に右第四点において主張するが如き事実誤認又は理由不備の違法は認められない。従つて原判決に所論の如き違法があつてもこれを破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない。

二、論旨(ロ)も憲法三一条違反を主張するが、その実質は訴訟法違反の主張に帰し、適法な上告理由にあたらない。また記録を調査するも、本件につき刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて刑訴四〇八条により主文のとおり判決する。

この判決は裁判官全員一致の意見である。

昭和二八年三月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

昭和二六年(あ)第二八八三号

弁護人小玉治行、同丹波景政の上告趣意

第一点　原判決は当然に適用してはならない刑罰法規を適用して判決をなしたものであり、憲法第三十一条に違反する違法がある。

第一審判決はその理由中に於て「被告人は昭和二十一年一月頃より昭和二十五年十月初旬頃迄、肩書住居地に於て旅館「鶯荘」を経営していたものであるが、第一(一)昭和二十四年十二月三十一日頃別府市流川通鶴見ダンスホール附近路上に於て賣春の目的を以て氏名不詳の占領軍兵士を勧誘した伊藤年子のために二百七十五円の報酬を受けて、前記鶯荘の一室を提供し、(二)昭和二十五年一月中旬頃前記ダンスホール附近路上に於て賣春の目的を以て氏名不詳の占領軍兵士を勧誘した同女のために三百八十五円の報酬を受けて前同様の場所を提供し、(三)同月十九日頃前記ダンスホール附近路上に於て賣春の目的を以て氏名不詳の占領軍兵士を勧誘した同女のために四百四十四円の報酬を受けて前同様の場所を提供し、(四)同月二十六日頃前記ダンスホール附近路上に於て、賣春の目的を以て氏名不詳の占領軍兵士を勧誘した同女のために三百八十五円の報酬を受けて、前同様の場所を提供し、第一(一)昭和二十五年一月中旬前記ダンスホール附近に賣春の目的を以て氏名不詳の占領軍兵士を勧誘した年見京子のために三百三十円の報酬を受けて、前記鶯荘の一室を提供し、(二)同月中前記鶯荘玄関先に於て、同所附近の路上を通行中の占領軍兵士を賣春の目的を以て勧誘した同女のために三百三十円の報酬を受けて前同様の場所を提供したものである。」と判示し右判示各所為につき、昭和二十四年八月二十日附別府市条例第三十一号第四条、第三条第一項を各適用し、孰れも懲役刑を選択し併合加重につき刑法第四十五条前段、第四十七条、第十条を各適用しているのである。

而して昭和二十四年八月二十日条例第三十一号街頭における賣春勧誘等の取締条例によれば、同条例第三条第一項には「道路その他公の場所に於て通行人その他に對し賣春の目的を以て勧誘した者、又は客引行為をなした者は五千円以下の罰金若しくは拘留に処する」とあり、同例第四条には「前条の者のために報酬を受けて場所を提供した者は六ケ月以下の懲役、若しくは二万円以下の罰金に処する」と規定せられているのである。

従つて本件被告人の行為につき右条令第四条の適用を受くるは格別、被告人自身は道路その他公の場所に於て通行人その他に對し賣春目的を以て勧誘した事実、又は客引行為をなした事実は全くなく、第一審判決列擧の全証拠を綜合するもかかる事実は認められないのであり、單に第三条に規定せられた者のために報酬を受けて場所を提供したに過ぎないものであるから、第三条第一項の規定はこれを適用すべからざるものというべきであり、寧ろ同条第一項の適用を受くべきは伊藤年子及び年見京子の両名であるといわなければならない。

而も第一審判決は別府市条例第三十一号第四条、第三条第一項を適用し孰れも懲役刑を選択しているのであるが、成程第四条には「前条の者のために報酬を受けて場所を提供した者は六ケ月以下の懲役、若しくは二万円以下の罰金に処する」と規定せられているが、第三条第一項には「道路その他公の場所に於て通行人その他に對し賣春の目的を以て勧誘した者、又は客引行為をなした者は五千円以下の罰金、若しくは拘留に処する」とあつて懲役刑は規定せられていないのであるから、これを選択することは出来ないわけである。

仍つて第一審判決が被告人のなさざる行為に付不当に右条例第三条第一項につき孰れも懲役刑を選択し、併合加重につき刑法第四十五条前段、第四十七条、第十条を各適用しているが、被告人自ら道路その他公の場所に於て通行人その他に對して賣春の目的を以て勧誘し、又は客引行為をなしたとの行為を認定せずして、右法条を適用したことは明らかに法律の適用に誤りがあることになる。刑事訴訟法第三三五条第一項には有罪判決に示すべき理由として「有罪の言渡をするには罪となるべき、事実証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない」と規定せられているのであるが、原判決は結局被告人のなさざる行為につき、適用してはならない別府市条例第三条第一項を適用したものであるから罪となるべき事実を特定せず、且つ法律の適用に誤りがある結果となるので、右刑事訴訟法第三三五条第一項に違背し、従つて法律の手続によらずして刑罰を科したものであるからひいては憲法第三十一条に違反した違法があり、原判決はこの点に於て破棄せらるべきものと信ずる。

第二点　原判決は憲法第三十一条に違反し、法律の定むる手続に依らずして、控訴を棄却し第一審判決を確定せしめ被告人に刑罰を科した違法がある。

(イ)　原判決は昭和二十六年三月十日附、被告弁護人羽田野忠文提出の控訴趣意書第四点について、判断を遺脱したものである。

右控訴趣意書によれば、第一点は原審判決は訴訟手続に法令の違反があり、その違反が判決に影響を及ぼすこと明らかである点、第二点は原審判決は法令の適用に誤があり、この誤が判決に影響を及ぼすこと明らかである点、第三点は刑の量定が不当である点、第四点は原審判決は事実の誤認があり、これが判決に影響を及ぼすこと明らかである点を各論点としているものである。

然るに原判決はその理由中に於て「弁護人羽田野忠文が陳述した控訴の趣意は同人提出の同趣意書に記載の通りであるから、茲にこれを引用する右趣意書第一点に付てとなし、訴訟手続に法令の違反があるとの第一点並びに法令の適用に誤りがあるとの第二点につき弁護人の控訴趣意に各判断を加えた上、第三点については犯情に照して原審の刑は相当である。従つて論旨は理由がない、よつて刑事訴訟法第三百九十六条により主文の通り判決するとの記載があるのみで

以下の論点には觸れて居らず、結局羽田野弁護人提出の控訴趣意書第四点については何等の判斷をも示していないのである。

而して右控訴趣意書第四点は「原審判決は事実の誤認があり、これが判決に影響を及ぼすこと明らかである。

原審判決に摘示されている伊藤年子の供述調書によると、証人が情交して得た金はいずれも御母さんに手交した旨供述して居り而してその金がお母さんから、お父さんへ被告に渡された旨陳べているが、右御母さん（被告人の妻）と被告人との関係は全然示されていないので、直接には被告人が報酬を得て云々ということは出来ない事案であるのに、これを飛躍して被告人の刑事責任に歸しているのは事実の誤認又は理由不備であつて、これが判決に影響を及ぼすことは明らかである」というのであつて、他の論点たる第一乃至第三点より獨立した論点であり、他の論点と混淆又は重複するが如き主張は含まれていないのであるから、控訴裁判所は刑事訴訟法第三九二条第一項に依り必ずこれに對する判斷を判決に示さなければならないのである。然るに原判決が右第四点の判斷を遺脫し、本件控訴を棄却したのは明らかに法律に定むる手續に依らずして第一審判決を確定せしめ、被告人に對し刑罰を科したのであるから憲法第三十一条に違反するものと信ずる。

(ロ) 第一審判決が被告人に對し懲役三月の実刑の言渡をなしたのに對し、弁護人羽田野忠文はその控訴趣意書において「控訴理由第三点、刑の量定が不当である。被告人には前科がなく犯罪事実が輕微であり、且つ一地方に限り適用される特殊な条例である。本件に對し懲役三月の実刑を科したのは刑の量定重きに過ぎ不当である」と弁明したのである。然るに原判決は「犯情に照して原審の刑は相当である。従つて論旨は理由がない」と判示したに過ぎない。而して刑事訴訟法第三八一条においては刑の量定が不当である場合には控訴の申立を許し、同法第四一一条においては、刑の量定が甚だしく不当であつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときは、原判決を破棄することができる旨規定しているが、刑の量定こそは実に刑事裁判における中心課題ともいうべきであり、又被告人にとりては死活に関する重大な問題である。

控訴裁判所が量刑不当にあらずとしてこれを棄却する場合においては、第一審判決における量刑の不当に非ざることを控訴趣意書における控訴理由について具体的に檢討し、その判斷の理由を明確に判文に判示すべきである。然るに本件に於て見るが如く「單に犯情に照して原審の刑は相当である。従つて論旨は理由がない」として一言の下に弁護人の主張を排斥するに於ては、第一審判決の量刑が正義に合するや否やの判斷の基準は何処に存するものか、全く判斷に苦しむところである。寧ろ弁護人の弁明せる事情を考察するときに被告人に對し執行猶豫の判決を言渡すべき条件は具備しているといい得るのである。刑事訴訟法第三九二条第一項において、控訴裁判所は控訴趣意書に包含された事項はこれを調査しなければならないとするのは、原判決のかかる形式的調査を以て足れりとする趣旨ではなく、控訴趣旨につき実質的に調査し、若しも量刑不当にあらずとするならば、その理由を実質的に具体的に判文に示すべきことをも規定しているものである。然るに原判決は事茲に出でずして右控訴を棄却し、被告人に懲役三月の実刑を言渡した第一審判決を是認したのは量刑が甚だしく不当であつて、正義に反する違法があると共に刑事訴訟法第四四条に違反し理由を附せない裁判であつて明らかに違法であり、従つて又かかる違法な判決手續によつて本件被告人がその自由を奪われ、懲役刑に処せられたのは結局法律に定むる手續によらずして刑罰に科せらるるのであるから明らかに憲法第三十一条に違反するものと信ずる。

従つて原判決はこの点に於て破棄を免れないものである。

以上

昭和二六年(あ)第二九四九号

判決

本籍並びに住居　広島県加茂郡竹原町大石九八五番地

無職

菊地敏晃

大正一一年三月一五日生

右に対する昭和二四年政令第三八九号違反被告事件について昭和二六年三月七日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人並びに原審弁護人林三夫から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人名川保男、同岩村辰次郎、同坂元義雄の上告趣意第一点について

第一審判決は被告人の第一審公判廷における自白の供述、司法警察員に対する被告人の第一回供述調書中の自白の供述記載の外深沢文代の神戸CID隊長に宛てた口供書中の記載を綜合して被告人の米軍軍票所持の犯罪事実を認定しているものであり、右口供書は被告人の自白の真実であることを裏書するに足るものである（右口供書中深沢文代が被告人の千八百弗所持を現認した日を昭和二五年一月一六日としている点は同年二月一六日の誤記と認められる）から補強証拠として充分の価値を有するものといわなければならない。されば所論の憲法三八条三項違反の主張はその前提を欠くものであつて、採用するに足りない。

三月二〇日判決　昭和二六年(あ)第二九四九号

三月二〇日判決　　昭和二六年(あ)第二九四九号

同第二点は判例違反を主張するけれども、その実質は量刑不当の主張を出でないものであるから、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

また記録を調べても、本件につき同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二八年三月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

昭和二六年(あ)第二九四九号

被告人　菊地敏晃

弁護人名川保男、同岩村辰次郎、同坂元義雄の上告趣意

第一点　原判決は、憲法違反又は憲法の解釋の誤りがある。

原判決は、原審弁護人の

本件は被告人に不利益な唯一の証拠が本人の自白でありまして、右自白以外に何等の証拠がないにも拘らず、原判決はこれを唯一の証拠として有罪の認定をされています。即ち被告人の所持していた笘の千八百ドルは押收された形跡もありませぬし、取引の相手方たる兵士の口供書又はC・I・D探偵官の逮捕顚末書乃至報告書等も全然存在せず、従つて原審公廷にも証拠として提出されて居りませぬ。尤も被告人の自白以外には深澤文代の神戸C・I・D隊長に宛てた口供書が証拠として提出せられ、且つ口供書の内容は……被告人が路上に停車した兵隊の自動車の中で風呂敷包の中から五〇〇と表記した状袋五、六袋を取出して兵隊に渡したのを同女が傍で見ていたというに止り、同女は被告人が果してドルを実際に所持していたかどうか、又如何なる種類、金額のドルを所持していたかを全然確認して居りませぬしセントラル喫茶店へも立寄つて居ません。従つて判示「被告人はセントラル喫茶店に於て米国軍票千八百ドルを所持していた」との事実に所謂所持の場所並びに所持していた貨幣の種願及び金額を認定するに足る証拠は全然存在せず、辛うじて被告人の自白に依つてこれを認め得るに過ぎないのであります。果して然らば原判決は明らかに憲法第三十八条第三項の規定に違背し、被告人の自白を唯一の証拠として有罪の認定をなしたる不法のものとしてまぬ。

という控訴論旨に對し、

しかしながら原判決（第一審）に擧示する深澤文代の口供書によれば、被告人が米国軍票千八百弗を所持していた旨の自白が何等架空事実ではないことが明らかであるから、被告人の自白のみで犯罪事実を認定した旨の非難はあたらない。と判示しているので記錄を見ると、第一審判決は被告人に懲役十月　宣告しその理由を、

被告人は法定の除外事由がないのに拘らず昭和二十五年二月十六日頃神戸市生田區三宮所在セントラル喫茶店において米国軍票千八百ドルを所持したものである。右事実は、一、被告人の当公廷における供述、一、司法警察員に對する被告人の第一回供述調書中の供述記載、一、深澤文代の神戸C・I・D隊長に宛てた口供書中の記載を綜合すれば証明十分である。

と判示している。

よつて記錄を精査するに、右第一審判決擧示の証拠中被告人の第一審公廷における供述と司法警察員に對する第一回供述調書の記載は何れも被告人の自白であるから、原審弁護人の前掲控訴論旨は憲法第三十八条第三項の「本人の自白」の中には被告人の公判廷における自白も含み、同条は刑事訴訟法第三百十九条第二項と同じく被告人は公判廷における自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には有罪とされないという趣旨であるとの正しい見解に立脚したものであることが明らかである。

然るに原判決はその控訴論旨を却けたのであるから、右憲法第三十八条第三項に違反し又はその解釋を誤つたものである。処がこの原判決の重大な過誤を論証するためには先ず右控訴論旨の通り、右憲法の規定する「本人の自白の中」に被告人の公判廷における自白を含むか否かを解明しなければならない。この点について最高裁判所の判例は前記刑事訴訟法第三百十九条第二項制定前は勿論、その施行後においてもなお消極に解し、憲法第三十八条第三項の「本人の自白」中には公判廷における自白はこれを含まないとの見解を固持して屢々その旨を宣示されている。然しながらその見解は右憲法

の根本理念並びに文理解釋上甚だ当を得ないのみならず他の判例との矛盾撞着さえあるから、右判例は変改を要するものと信ずる。

なぜならば、右最高裁判所の屢次の判例中その代表的と認められる昭和二十三年(れ)第一六八号同年七月二十九日大法廷の判決に「自白の問題は、日々裁判の現実において最も重要な問題の一つである。憲法第三十八条第三項には「何人も自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合は、有罪とされ又刑罰を科せられない」と定めている。この規定の趣旨は、一般に自白が往々にして強制、拷問、脅迫その他不当な干渉による恐怖と不安の下に本人の真意と自由意思に反してなされる場合のあることを考慮した結果、被告人に不利益な証拠が本人の自白である場合には、他に適当なこれを裏書する補強証拠を必要とするものとし、若し自白が被告人に不利益な唯一の証拠である場合には有罪の認定を受けることはないとしたものである。それは罪ある者が時に処罰されることがあつても罪なき者が時に処罰を受けるよりは、社会福祉のためによいという根本思想に基くものである。かくて真に罪なき者が処罰せられる危険を排除し、自白偏重と自白強要の弊を防止し、基本的人権の保護を期せんとしたものである。」と右憲法第三十八条第三項制定の根本の趣旨目的が何れにあるかを解明強調せられたうえ、更に進んで、

「しかしながら公判廷における被告人の自白は身体の拘束をうけず又強制、拷問、脅迫その他不当な干渉を受けることなく、自由の状態において供述されるものである。しかも、憲法第三十八条第一項によれば「何人も自己に不利益な供述を強要されない」ことになつている。それ故公判廷において被告人は、自己の意に反して輕々しく自白し、真意にあらざる自己に不利益な供述をするようなことはないと見るのが相当であろう。又新憲法の下においては被告人はいつでも弁護士をつけ得られる建前になつているから、若し被告人が虚偽の自白をしたと認められる場合にはその弁護士は直ちに再訊問の方法によつてこれを訂正せしめることもできるであろう。なお、公判廷の自白は、裁判所の直接審理に基くものであ

る。従つて裁判所の面前でなされる自白は被告人の発言、擧動、顔色、態度並びにこれらの変化等からもその眞実に合するか否か、又自発的な任意のものであるか否かは多くの場合において裁判所が他の証拠を待つまでもなく、自ら判断し得るものといわなければならない。……従つて公判廷における被告人の自白が裁判所の自由心証によつて眞実に合するものと認められる場合には公判廷外における被告人の自白と異り、更に他の補強証拠を要せずして犯罪事実の認定ができると解するのが相当である。……さらに証拠価値論の見地から観察してみよう。㈠強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に永く抑留若しくは拘禁された後の自白は、証拠能力を有しない（憲法第三十八条第二項）。かかる種類の自白は憲法上は全く信用力がなく全面的に証拠価値を否定せられて居るから、これを証拠として断罪科刑することはできない。㈡その他の自白は公判廷におけるものも等しく証拠力を有するが、証拠価値におのずから差等が存する。その中公判廷外における自白は強制、拷問若しくは脅迫による自白であるか否かが一般的に不明であり、前述の理由によつて証拠価値が比較的少ないものであるから、自白の外に適当なこれを裏書する補強証拠が必要となる譯である。㈢これに反し、公判廷における自白は前述した理由によつてその証拠価値が比較的多いものであるから、その自白が被告人に不利益な唯一の証拠である場合においてこれを証拠として断罪科刑することができていい譯である。往昔の裁判には斷罪に被告人の自白を必要条件とし、自白がなければ処罰ができなかつた時代がある。かかる制度の下においては必然的に被告人の自白を強要するために拷問が行われるに至ることは当然であり……この弊害を救うために、(イ)所罰は必ずしも自白を必要としなくなり、(ロ)被告人には自白を強要せられない沈黙の特権が認められ（憲法第三十八条第一項）、(ハ)拷問による自白には証拠能力が認められなくなり（同条第二項）かくして裁判手續の上に拷問等が漸次排除せられていたのである。されば同条第三項の解釋として拷問等によらざることが明白である公判廷の自白に、一般的、抽象的により多くの証拠価値を認め獨立証拠を認めると共に、拷問等によつたか否かが不明である公判廷外の自白に一般的、

抽象的により少き証拠価値を認め補強証拠を要するものと解することは毫も拷問と自白の歴史に背反するところはなく、現行法制下においては極めて合理的な妥当な解釋であるといわなければならない。……或は「罪がないものでも色々な原因から任意に自己に不利益な供述をなすことがある」から、自白が唯一の証拠である場合には処罰できないという者があるが、これは誤りである。この論法をもつてすれば「証人でも色々復雜な原因から任意に不利益な供述をすることがある」から証人の供述が唯一の証拠である場合にも処罰できないという結論とならなければならない。しかしわが憲法は明らかに証人の供述は唯一の証拠であつても獨立証拠の価値を認め斷罪し得るものとしている。これに對し憲法第三十八条第三項において、被告人の自白が唯一の証拠である場合には処罰できないとしている。それ故同項の意義は証人の供述と被告人の自白の価値を何故に區別したかの理由を深く究めることによつてのみ眞に理解され得る関係にある。そしてこの區別は畢竟被告人の自白には拷問等の加わるおそれが濃厚であるに反し、証人の供述にはかかるおそれが濃厚でないという一点に要約することができる。されば拷問等の加わらない公判廷の自白に一証人の供述と同様に獨立証拠性を認めることは、現行法制下においては理の当然であるということができよう。証人の供述にも、被告人の自白にも同時に内在し得る不安（例えば色々復雜な原因から任意に不利益な供述をすること）が被告人の自白に内在することを理由として被告人の自白に獨立証拠性を否定せんとするは、証人の供述に獨立証拠性を認めているわが憲法の下においては他に特別の立法なき限り到底是認することができない。それ故、被告人の自白に獨立証拠性を否定し、補強証拠を必要とする場合は拷問等の加わつたか否か不明である場合にすなわち公判廷外の自白に限られるのである。」

憲法第三十八条第三項の「本人の自白」中には被告人の公判廷における自白を包含しないという見解の根拠が極めて懇切綿密に説示されている。

憲法第三十八条第三項制定の趣旨目的はまことに右判例前段の通りである。即ち「自白は証拠の王である」という法格