すべきである。

というのである。しかしながら、岐阜県条例は、示威運動等の許可機関及び条例の施行地域について静岡県条例と規定の仕方を異にしているばかりでなく、その運用の実際においても静岡県条例の場合と事情を全く異にするのであるから、本件に適切でない右最高裁判決を引用して免訴の裁判を言い渡した原判決は、岐阜県条例の解釈適用を誤つたものといわなければならない。

以下その理由を分説する。

1　岐阜県条例においては、その規定の体裁上、示威運動の許可を管掌する行政庁は存在するものと解すべきである。

(一)　示威運動等の許可機関として、静岡県条例においては「所轄の市町村の公安委員会」と規定されているのに対し、岐阜県条例においては単に、「その場所の所在地の区域を管轄する公安委員会」と抽象的に規定されているばかりでなく、条例の施行地域についても、静岡県条例においては自治体警察を維持する市町村に限定されているのに対し、岐阜県条例においては県下全地域に及ぶものであることは条例の文言自体から明らかであるから、静岡県条例については、新警察法の施行に伴い示威運動等の許可機関は廃止されたものと解されてもやむをえないものがあるが、岐阜県条例第一条の「公安委員会」は、新警察法施行後においては当然に新制度の岐阜県公安委員会を意味するものと解しうるのであつて、現に岐阜県においては、かかる解釈の下に同条例を今日に至るまで運用している実情にあるのである。

新警察法によつて警察制度が県警察に一元化された後において、岐阜県条例第一条に「その場所の所在地の区域を管轄する」とのいわば不要の文言となつた字句がそのまま削除されずに残つていること及び同第四条の不許可の

場合の報告先として「公安委員会の属する県市町村の議会」との規定が新制度に合致するように修正されていないことは不手際であるが、この点のみを捉えて、第一条にいわゆる「公安委員会」は、旧制度下の県公安委員会または市町村公安委員会を指すものであつて、新制度の県公安委員会を意味するものと解釈する余地は全く存しないというがごときは、あまりにも法条の枝葉末節に拘泥した見解であるというべきである。

まして、新警察法の施行は、いわゆる公安条例の立法精神そのものには何ら影響のない一つの事情に過ぎない。すなわち、岐阜県条例の立法精神は、いうまでもなく、公安維持という公共の福祉の観点から、県内における示威運動につき、必要最小限度の規制をしようとすることにあるのであり、新警察法の施行たるや、単なる警察制度の変更に止まり、公安条例の立法精神そのものに対しては何ら関知するところなきものである。従つて、新警察法施行後においては、同条例第一条の「その場所の所在地の区域を管轄する」との文言及び第四条の「公安委員会の属する県市町村の議会」なる文言のうち「市町村議会」とあるのは無用な規定として残存しているにすぎないものと解すべきであつて、これを除いた「公安委員会」「公安委員会の属する県の議会」は、警察制度の変更に伴い、その文言自体から当然に新制度の県公安委員会の所属する県の議会を意味することになつたと解し得るのである。そして、この制度の変更は事柄自体まことに明瞭であつて、かく解することにより利害関係者に何らの不利益を及ぼすものとも考えられないのであるから、むしろそのように解することこそ生きた法の合目的解釈として当然許さるべきものであり、かかる変更解釈を目して、原判決のいうごとく「換骨脱胎」として非難すべき筋合ではないと考えるのである（佐藤達夫編「法制執務提要」三六九頁参照）。

(二)　新警察法施行前よりいわゆる公安条例を制定し今日に至つているのは二十二都県であるが、そのうち

イ　新警察法の施行と同時または施行後昭和三〇年一二月までに、警察機構の変更に即応して関係条文の改正をし

ているのは、東京都をはじめ合計十二都県

ロ　新警察法の施行に関し、原判決言渡までに、従来の県条例に何らの修正をしていないのは岐阜県等合計十県である。

右イの十二都県の条例について、主要な改正点を対照してみると次表のとおりである。

改正した都県	区分	制度	許可機関又は届出受理機関	不許可等の場合の報告先	備考
東京都	旧	許可制	公安委員会	その公安委員会の属する地の議会	新警察法施行と同時に改正
〃	新	許可制	東京都公安委員会	東京都議会	〃
福島県	旧	許可制	当該公安委員会	当該の議会	〃
〃	新	許可制	福島県公安委員会	福島県議会	〃
山形県	旧	許可制	公安委員会	その公安委員会の属する地の議会	〃
〃	新	許可制	公安委員会	議会	〃
秋田県	旧	許可制	当該公安委員会	当該議会	〃
〃	新	許可制	公安委員会	県議会	〃
埼玉県	旧	届出制	その地域を管轄する公安委員会	報告に関する規定なし	〃
〃	新	届出制	埼玉県公安委員会	その公安委員会の属する県又は市町村の議会	〃
茨城県	旧	許可制	その地域を管轄する公安委員会	茨城県議会	〃
〃	新	許可制	茨城県公安委員会	当該普通地方公共団体の議会	〃
富山県	旧	許可制	その地域を管轄する公安委員会		〃
〃	新	許可制	富山県公安委員会		〃
石川県	旧	許可制	その区域を管轄する公安委員会	その公安委員会の属する地の議会	〃
〃	新	許可制	公安委員会	議会	〃
滋賀県	旧	許可制	当該公安委員会	当該議会	〃
〃	新	許可制	公安委員会	議会	〃
宮城県	旧	許可制	その地域を管轄する公安委員会	所轄地方公共団体の議会	新警察法施行後に改正
〃	新	許可制	県公安委員会	県議会	〃
岩手県	旧	許可制	公安委員会	その公安委員会の属する地の議会	〃
〃	新	許可制	公安委員会	県議会	〃
長野県	旧	許可制	その地域を管轄する公安委員会	その公安委員会の属する地の議会	〃
〃	新	許可制	長野県公安委員会	長野県議会	〃

すなわち、新警察法の施行に伴い、関係条文を改正した右十二都県においても、示威運動に関する許可機関ないし届出受理機関として、従来単に「公安委員会」とあつたのを「東京都公安委員会」とし、或いは「その地域を管轄する公安委員会」とあつたのを「その地域を管轄する」を削除して単に「県公安委員会」または「〇〇県公安委員会」などと修正したのに止まり、また、不許可の場合の報告先についても「その公安委員会の属する地の議会」と規定していたのを「東京都議会」或いは単に「議会」、または「県議会」などと修正したのにすぎないのであつて、それらの改正は単に不要となつた文言を削除する程度に止まつていることが明らかである。

右十二都県条例におけるように、警察制度の変更に即応して関係条文を修正することは、解釈上ないし運用上の

疑義を一掃する意味において望ましいことではあるが、単に右程度の関係条文の修正をしたか否かの一事をもつて、一を有効であるとなし、他を失効したものと解するがごときは、極めて不合理であつて、正しい法解釈でないといわなければならない。

また、前記ロの新警察法の施行に関し従来の県条例に何らの修正を加えなかつた十県の公安条例は次表のとおりである。

県	制度	許可機関又は届出受理機関	不許可等の場合の報告先
神奈川県	許可制	その地域を管轄する公安委員会	その公安委員会の属する地の議会
新潟県	許可制	その地域を管轄する公安委員会	公安委員会の所属する自治体の議会
群馬県	届出制	公安委員会	その公安委員会の属する県市町村の議会
千葉県	届出制	その区域を管轄する公安委員会	規定なし
静岡県	許可制	所轄の市町村の公安委員会	当該市町村議会の議長
愛知県	許可制	その区域を管轄する公安委員会	その公安委員会の属する県市町村の議会
三重県	許可制	公安委員会	当該公安委員会を所轄する普通地方公共団体の長を経てその議会
岐阜県	許可制	その場所の所在地の区域を管轄する公安委員会	公安委員会の属する県市町村の議会
福井県	許可制	公安委員会	その公安委員会の属する地の議会
佐賀県	届出制	所轄公安委員会	規定なし

このうち静岡県を除く岐阜県など九県においては、示威運動の許可機関ないし届出受理機関として、単に「公安委員会」とか「その地域を管轄する公安委員会」とか一般抽象的な規定の仕方をし、かつその施行地域も県下一円

に及ぶものとせられているのに反し、静岡県だけが、許可機関については具体的に「所轄の市町村の公安委員会」と規定し、かつ、その施行地域も自治体警察を維持する市町村に限定されている唯一の例外であることを決して看過してはならないのである。

すなわち、静岡県を除く岐阜県など九県の条例において、「その場所の所在地の区域を管轄する公安委員会」などとあるのは、新警察制度の公安委員会を意味するものとして、各方面から何ら疑問をもたれることなく、引続き今日に至るまで運用されている実情にあるのであるから、いま、卒然として、これら条例を無効なりと判断するがごときは、法的安定の要請からみても到底承服しがたい見解であるといはなければならない。

(三) 警察法第七九条にもとづく同法施行令（昭和二九年六月一九日政令一五一号）附則一九項には、警察法施行前市町村条例によつて自治体警察の機関または職員の事務とされていた事項に関する経過措置が規定されているのに拘らず、岐阜県においては、県条例により市町村公安委員会の事務とされていた事項に関して県条例による経過措置が採られていないことは、原判決の指摘するとおりであるが、かかる措置が採られなかつたのは、県条例により市町村公安委員会に委任された示威運動についての許可事務は、受託機関たる市町村公安委員会が消滅しても、市町村条例により自治体警察の機関の事務とされていた場合と異なり、その委任事務は当然委託官庁（本件においては岐阜県公安委員会）に引き継がれるという見解にもとづき（ジュリスト二〇八号四五頁以下参照）、岐阜県条例の場合は、あえて県条例による修正手続をとらなくても、同条例の運用上別段支障がないと当局が判断したためであるとも推測されるのである。現に岐阜県においては、警察制度の変更に即応するため、新警察法の施行と日を同じくして、同県公安委員会規則第一号「従前の岐阜県公安委員会及び市町公安委員会のした定の効力の経過措置に関する規則」を公布し、即日これを施行している事実をもつてしても、従前どおり同条例を運用する意図であつたこと

が窺われるばかりでなく、同県当局は、新制度の下において、県条例自身には何らの修正を加えなくても、その規定の内容からみて、支障なしとの合理的な判断の下にその運用の衝に当つて来たことが認められるのである（昭和三六年四月三日付岐阜県警察本部長名義の名古屋高裁第五部受命裁判官宛の回答書、記録一〇七六丁参照）。

2　岐阜県条例は、新警察法施行後も引続き現実に運用されており、静岡県条例におけるように「死文化した」ものということはできない。

原判決が、岐阜県条例は少なくとも第一条に関する限り「現実に作用することのできないもの」との前提に立ち、第五条の罰則も今日においては適用の余地はなく効力を失つたものである旨判示しているのは、静岡県条例に関する前記最高裁判決が、同条例二条を「死文化した」とする判示を援用したものと推測されるのであるが、両者はその運用の実際においても著しく事情を異にしているのである。

静岡県条例についての右最高裁判決が、同条例は少なくとも第二条に関するかぎりすでに「死文化したもの」と判示している趣意は必ずしも明らかでないが、その意を忖度すれば、同条例においては、前に論じたごとく同条例の解釈上示威運動の許可を管掌する行政庁が今日においては存在しなくなつたものと解釈されてもやむをえない点があることの外、同条例の運用が事実上全く停止されていた事実をも考慮した上での判断であると思料されるのである。

すなわち、静岡県においては、前記条例違反事件につき、すでに新警察法施行前である昭和二八年一一月一九日静岡地方裁判所において、同条例第五条が、単に「公安委員会は示威運動が公安を害する虞れがないと認める場合は許可を与えなければならない」と規定し、他の一般の公安条例に比べ、不許可にするについての制約が比較的厳格でないところから、これを違憲とする旨の判決があり、さらに昭和二九年九月一五日二審東京高等裁判所においても右同様の判決があつたため、同条例による示威運動の許可申請は事実上ほとんど停止されていた実情にあるのであつて

（昭和三〇年度以前は関係資料焼却のため詳細は不明であるが、昭和三一年度以降は全く停止されている。）、右最高裁判所判決はかかる事実を考慮にいれて、同条例二条を「死文化した」と判断したものと認められるのである（田原最高裁調査官の判例解説、法曹時報一二巻九号一四三頁参照）。

しかるに、岐阜県においては、新警察法施行後も引続き同県条例は運用されているのであつて、新警察法の施行後である昭和二九年七月以降同県条例による示威運動についての許可申請件数及び許可件数等は、次表のとおりである。

年度	許可申請件数	実施延人員
二九（七―一二）	一五	一三、八〇〇
三〇	五〇	五二、七九四
三一	四八	四五、四八四
三二	四四	三九、三七九
三三	八一	六六、〇六八
三四	七八	五一、九四九
三五	二〇〇	一三三、〇三三
三六（五月七日迄）	七三	四一、三二四
計	五八九	四四三、八三一

なお、原判決言渡し以後七月四日までの運用状況は、許可申請件数、許可申請ともに一五件であつて、無許可の示威運動は一件も行なわれていない。

また、岐阜県公安委員会においては、新警察法施行後、旧自治体警察の管轄区域内における岐阜県条例の許可事務を執つており、昭和二九年以前の分は関係簿冊が保存期間の経過により焼却されたため調査不能であるが、昭和三〇年度以降の分は

昭和三〇年	四八件
〃　三一年	四七件
〃　三二年	四四件
〃　三三年	七七件
〃　三四年	七五件
〃　三五年	一九九件
〃　三六年（一月から三月まで）	三〇件
計	五二〇件

となつており、関市において行なわれた示威運動についても、昭和三〇年度以降三三年度まで毎年各一件、昭和三四年度二件、昭和三五年度七件、計一三件の許可事務を執つているのである。

右事実に鑑みるとき、昭和三一年頃以降その運用が全く停止されている静岡県条例の場合と岐阜県条例とを同一に論ずることは到底許されないところである。

なお、原審において検察官はこの点に関し、昭和二九年七月一日新警察法施行当時、岐阜県公安委員会が岐阜県条例を従前どおり運用する意図のあつた事実ならびに同条例が現に今日に至るまで運用されて来た実情を立証するため証人を申請したのであるが、裁判所がこれを却下したことは遺憾であり、この点において原判決は審理をつくさずして誤つた判断をなすに至つたものということができるのである。

おつて、岐阜県条例と規定の仕方を同じくする神奈川県など八県の条例についても、岐阜県におけると同様に新警察法施行後引続き有効であるとの見解の下に、各県公安委員会において示威運動についての許可または届出受理の事務が執られているのであつて、その運用状況は次表のとおりである。

年度	件数	神奈川	新潟	群馬	千葉	愛知	三重	福井	佐賀
二（七月―一二月）	九	許可申請（届出）	七九八	五四	三	六六	九		
		許可	七九八			六六	九		
		不許可							
三	〇	許可申請（届出）	一、八八六	三七	一六	三五	三〇		七六
		許可	一、八八六			三五	三〇		
		不許可							
三	一	許可申請（届出）	二、三六五	七三	二八	四七	三八		二七
		許可	二、八八七			四七	三八		
		不許可							
		許可申請（届出）	二、二三四	二、四五六					二二八
三	二	許可	二、二三四	二、四五六					三六
		不許可							

三三	許可申請(届出)	四、〇三六	二、九八四	二〇三	五四	一〇八	五三	三五三	一七一
	許可	四、〇三六	二、九八四			一〇八	五三	三五三	
	不許可	〇	〇			〇	〇	〇	
三四	許可申請(届出)	三、七三四	七四二	一七三	五八	一一五	六六	二六八	二五〇
	許可	三、七三四	七四二			一一五	六六	二六八	
	不許可	〇	〇			〇	〇	〇	
三五	許可申請(届出)	三、五二八	八六四	二二〇	九四	二九〇	一八八	三八八	二七七
	許可	三、五二八	八六四			二九〇	一八八	三八八	
	不許可	〇	〇			〇	〇	〇	
三六(五月七日迄)	許可申請(届出)	八四三	一五二	三七	四〇	六八	三二	九一	七七
	許可	八四三	一五二			六八	三二	九一	
	不許可	〇	〇			〇	〇	〇	
三六(五月八日以降七月五日迄)	許可申請(届出)	四四二	一〇五	二八	一一	五二	二四	三六	三三
	許可	四四二	一〇五			三二	二四	三六	
	不許可	〇	〇			〇	〇	〇	

右事実によつて見ても、単に規定の形式だけでなく、その運用の実情においても岐阜県など九県の条例は静岡県条例とその本質を異にし、静岡県条例が特殊な例外的場合に属することが明らかである。

以上述べたところにより理解しうるごとく、静岡県条例に関する前記最高裁判決は、同条例を唯一の例外的な場合として免訴の言渡をなしたものであつて、この判決によつて第一点に掲記した新潟県条例及び佐賀県条例に関する判例を変更したものとは到底認めることができないのである。

二、刑訴法第三三七条第二号の「刑の廃止」についての解釈の誤りについて

岐阜県条例第一条が「現実に作用することができないもの」ないし「死文化したもの」でないことは、右に論じたとおりであつて、原判決がすでにその前提において判断を誤つていることは明らかであるが、同条の「公安委員会」が新警察制度における岐阜県公安委員会を意味するものと解すると否とを問わず、同条違反の所為の可罰性に関する法的価値は新警察法施行の前後によりいささかも消長を来すものではないから、同法施行前における同条例違反の事実について免訴の言渡をした原判決の判断は、刑訴法第三三七条第二号にいわゆる「刑の廃止」についての解釈を誤つたものである。

従来、刑訴法第三三七条第二号にいう「刑の廃止」の本質如何に関しては争のあるところであるが、大別して二つの考え方があり、一は、「刑の廃止」とは既存の刑罰法令の廃止(失効を含む)を意味するものとなし、原則として法令の廃止後においてはこれを適用すべきではなく、明示または黙示による反対規定がない限り免訴とすべきであるとなすものであり、他は、罪刑法定主義のもとにおいて、犯罪行為の可罰性とこれに科すべき刑罰は行為時法によるべきことは当然であつて、行為時法により刑罰権が一旦有効に成立した以上、その原因となつた法規が行為後将来に向つて廃止されたからといつて、既成の法律効果まで消滅するものではなく、刑訴法第三三七条第二号、第四一一条第五号にいう「刑の廃止」とは、犯罪後の法令により明示または少なくとも黙示をもつて、すでに発生した国家刑罰権をとくに放棄した場合を指すものであるというのである。

検察官としては後説を正当であると信ずるものであるが、その点はおくとしても、最近の判例は、必ずしも「刑罰法令の廃止」をもつて直ちに「刑の廃止」に当るものとなしている訳ではない。すなわち、例えば、物価統制令にもとづく物価庁告示による統制額の廃止された場合についての昭和二五年一〇月一一日最高裁大法廷判決（集四巻一〇号一九七二頁）は、「旧事情下においては反社会性を有つものとせられたその違反行為の可罰性に関する価値判断は告示廃止の後においても依然として異なるところはない」旨判示して、物価庁告示による統制額の廃止は「刑の廃止」に当らないとし、また、「刑の廃止」に当るとする場合についても、いわゆる政令三二五号違反事件に関する昭和二八年七月二二日の最高裁大法廷判決（集七巻七号一五六二頁）の多数意見は、「平和条約発効後においては連合国最高司令官は解消したのであるから『連合国最高司令官の指令』が発生する余地もなく、したがつて『連合国最高司令官の指令違反行為』が発生する余地がないのも当然自明の理である。それ故、指令違反を処罰する政令三二五号は、平和条約発効後においてはその効力を保持する余地がなく、当然失効したもの」であつて、「占領下に同政令において違反とされた行為の違法性及び可罰性は占領終了と共に当然消滅するもの」となして、政令三二五号違反事件について免訴を言い渡しており、或いは、奄美大島の本邦復帰に伴う関税法違反事件についての昭和三二年一〇月九日最高裁大法廷判決（集一一巻一〇号二四九七頁）における多数意見は、南西諸島郡が外国とみなされていた当時、免許を受けないで、日本内地から同地域へ、若しくは同地域より日本内地へ貨物を密輸出し、若しくは密輸入した罪については、その後同地域が我が国に復帰し外国とみなされなくなつても「刑の廃止」があつたものとはいえないとする従来の最高裁判例（昭和三〇年二月二三日、同三一年五月二三日、同年七月四日、同月一八日、同年九月二六日付の各判決）を変更して、右のごとき関税法違反行為は、南西諸島大島郡の本邦復帰後は「何ら犯罪を構成しなくなつたのであつて、これによつて右行為は可罰性が失なわれた」から「刑の廃止」に当るものと判示しているのである。

このように、右の二、三の裁判例によつてみても、「刑の廃止」があつたとするには、単に刑罰法令の廃止という形式的な面だけを捉えて判断しているのではなく、法令廃止後裁判時において行為の可罰性が実質的に失なわれたかどうかを判断の基準にしていることが明らかに看取されるのである（とくに関税法違反事件についての前掲昭和三〇年二月二三日最高裁判決において、小林裁判官は免訴説を採りながら、その補足意見として「法令の改廃があつたからといつてそれだけで常に直ちに刑の廃止があつたと解することは出来ないが、その行為に対する国家的または社会的評価が裁判時において全く変更し、可罰性ある社会悪としての本質を根本的に失なつて仕舞つた結果、行為時における関係も同様に消滅したと見なければならないような場合には、刑の廃止があつたものと見るべきである」と述べられている点は、注目を要する）。

かくして、「刑の廃止」に関する右一連の判例の趣旨を右のように理解することによつて、前記静岡県条例に関する最高裁大法廷判決における多数意見も首肯されるのである。すなわち、右多数意見が、「今日においては同条例において本件のごとき示威行進に関して許可を管掌する行政庁は存在しないことになつたのである」となし、「少くとも同二条に関するかぎりすでに死文化したものというの外なく、従つて同条の違反を処罰する同六条の罰則も今日において は、その適用の余地はなくなつたものといわなければならない」と判示しているのは、同条例については、新警察制度の発足に伴い示威運動等の許可機関たる市町村の公安委員会が消滅し、かつ県条例による何らの経過措置も採られていないという事実の外に、前に述べたような特殊事情から同条例の運用が事実上停止されていて罰則も全く働いていない事情を考慮にいれ、正にその二条は「死文化し」たもので、もはや同条例違反事実につき可罰性が失われたものとみて、「刑の廃止」の一場合に当ると判示したものと思料されるのである。

してみると、静岡県条例に関する右最高裁判決は、同条例違反事件を特殊の唯一の例外的場合に属するとして「刑の

廃止」に当ると判断したものと理解すべきであつて、これと全く事情を異にする本件岐阜県条例違反事件につき右判決を引用して免訴の言渡しをした原判決は、結局「刑の廃止」に関する法令の解釈を誤つたものといわざるをえないのである。

（昭和三十六年七月十八日付）

以　上

昭和三九年(し)第五二号

決　定

本籍並びに住居　静岡県浜松市篠原一二〇三〇番地
会社員
（被告人）後藤喜代司
明治四二年一月一二日生

右裁判官忌避申立却下の裁判に対する準抗告事件について昭和三九年八月六日静岡地方裁判所浜松支部のなした棄却決定に対し弁護人井上広治から抗告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

（弁護人）井上広治

主　文

本件抗告を棄却する。

理　由

本件抗告理由は、申立人作成提出の、「特別抗告申立」と題する書面記載のとおりである。

職権をもつて調査するに、申立人は、被告人後藤喜代司に対する公職選挙法違反被告事件につき、弁護人として、昭和三九年七月二七日付忌避の申立書により、同被告事件の審理を担当する静岡地方裁判所浜松支部裁判官植村秀三を忌避する旨の申立をなしたところ、同裁判官は、同日、書面により本件忌避申立は刑訴二四条によりこれを却下する旨の裁判をなし、引き続き審理の上、昭和三九年八月一八日右被告事件につき判決を宣告したものであることが明らかである。

ところで、元来裁判官忌避申立却下の裁判は、当該裁判官が審理を継続している限りにおいては、これを取り消す実益が

昭和三九年九月二九日決定　昭和三九年(し)第五二号

昭和三九年九月二九日決定　昭和三九年(し)第五二号

あるけれども、審理を終結し、判決宣告を終つた後においては、右実益が失われるものと解するのが相当であるところ、本件経過は、前段掲記のとおりであるので、原裁判、ひいて本件忌避申立却下の裁判を取り消しても実益なく、本件抗告も、申立の利益を欠き、結局その理由がないことに帰する。

よつて刑訴四三四条、四二六条一項により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和三九年九月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　横田正俊

裁判官　石坂修一

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　柏原語六

裁判官　田中二郎

特別抗告申立

公職選挙法違反

被告人　後藤喜代司

右者の弁護人井上広治は昭和三九年七月二七日右事件担当裁判官植村秀三を忌避する旨同裁判官に申立てた処右忌避申立は訴訟遅延のみを目的として為されたものであるとして即日却下されたので翌二八日右裁判官所属の静岡地方裁判所浜松支部に対し準抗告の申立をした処同年八月六日右準抗告棄却の決定を受けたが不服につき特別抗告を申立てる次第である。

申立の理由

第一、憲法第三七条第一項違反の事実がある。

一、静岡地方裁判所浜松支部昭和三八年(わ)第一二二・一三七号被告人河合平太郎に対する公職選挙法違反事件につき前記裁判官植村秀三は昭和三八年十二月一〇日有罪の言渡をなし該判決に対し被告人控訴し東京高等裁判所は昭和三九年七月十三日同様有罪を言渡し被告人は之に対し上告して該事件は目下貴庁に係属中である而して被告人河合平太郎が裁判官植村秀三から有罪の認定を受けた事実中左記の事実がある。

左記

被告人は昭和三八年四月一七日施行の静岡県議会議員選挙に立候補の決意をし自己の当選を得る目的をもつて選挙運動者後藤喜代司と共謀のうえ未だ立候補届出のない同年三月一三日頃の午後八時頃より午後十時頃までの間浜松市馬郡二一五七番地の自宅において後援会結成名義の下に招集した同選挙区の選挙人である辻村民蔵、本田晴二、鈴木幸三郎、坂田卯平、鈴木弘司、鈴木舜次、江間力、中村勝起、古橋正雄、山田栄太郎および選挙運動者である村松久平、野田七蔵に対し自己が同選挙区より立候補の意思を有するから応援せられたい旨の挨拶をしもつて立候補届出前の選挙運動を為すと共

に自己のための投票並びに投票取纏め等の選挙運動を依頼しその報酬として右十二名に対しそれぞれ額面五〇〇円のまる井食品の商品券一枚宛および菓子袋（四三円相当）一個宛を供与したものである。

二、本件被告人後藤喜代司は前記同一事実につき昭和三九年六月六日静岡地方裁判所浜松支部に起訴され該事件を審判する裁判所は被告人河合平太郎を審判した同一裁判官によつて構成されたのである共犯者の一人河合平太郎の裁判に関与した裁判官が共犯者後藤喜代司の裁判に関与することは形式上は刑事訴訟法第二〇条第七号に所謂前審の裁判関与ではないが実体上前審裁判関与と選ぶところがない。

共犯の一人に対して有罪を認定した裁判官が同一事実につき他の共犯者に対し無罪の言渡をなすという事は絶無とは云えないが殆んど不可能である。

被告人が如何に無罪を主張しても許容されないであろうという不安と不満を抱き裁判の公平を疑う事は当然である。

刑事訴訟法が所謂起訴状一本主義を採用し苟くも裁判官に予断を抱かしめないよう同法第二五六条第六項に起訴状には裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添付し又はその内容を引用してはならないと規定した趣旨は事件に対し裁判官が全く白紙の心境態度であるべきを要請しているものと信ずる。

被告人後藤喜代司の審判につき植村裁判官に対し如上の心境態度を要請することは自体無理である。

到底公平な裁判は期せられない。

正に憲法第三七条第一項違反の裁判所が被告人後藤喜代司を審判しているのである。

第二、被告人後藤喜代司は被告人河合平太郎を審判した裁判官が植村秀三であることを知らず事件について陳述を為したのであるが昭和三九年七月二六日申立人方を来訪の際申立人から聞知して初めて承知したのであり申立人は被告人後藤喜代司からその担当裁判官が植村秀三であることを初めて聞知したのである。

被告人後藤喜代司の主任弁護人大石隆久は河合平太郎の前示事件に関与せず後藤喜代司及び河合平太郎から前記の如く商品券等の供与を受けた本田晴二外十名に対する浜松簡易裁判所係属の公職選挙法違反事件につき申立人と共同弁護の任にあるが申立人は右後藤に対する被告事件は植村裁判官以外の裁判官の担当であるものと信じて居つたため大石弁護人其他に該事件担当裁判官の何人であるかについては全然尋ねた事がなかつたのである。

昭和三九年七月二六日前記のとおり被告人後藤喜代司自身からその事実を聞知し翌二七日急遽忌避の申立を為し即日却下翌二八日準抗告後大石弁護人に右事実を通知したところ同弁護人に準抗告の決定あるまで公判審理延期方を同月三十日公判廷に於て植村裁判官に申出でたのであるが裁判官は之を拒否して審理を続行の上結審して八月十五日を言渡期日と指定したのである。

以上の如く本件に関しては裁判所の構成自体公平を缺くばかりでなく裁判官自身訴訟遅延のみを目的とした忌避の申請であると妄断し準抗告の決定を俟たずして審理を続行する態度は合法の名に於て予断偏見による裁判を強行するものであつて国民として到底納得できないところである。

最高裁判所初代長官三淵氏は国民諸君への挨拶中『裁判所が正義と公平とを実現することは肝要だしかしもつと肝要なのは国民が裁判所は正義と公平とを実現するところだと信ずることである』と申して居ります、植村裁判官は、初代に於て本件審理を回避すべきであつたのである。

第三、日本国憲法は国家最高の法規で其他何れの法規も同法の規定、精神に違反することは許されない刑事訴訟法第二二本文亦同様日本国憲法の精神に照して解釈すべきである同法は憲法違反の行為を許容するものと解することはできない。

原審裁判所は被告人の忌避申立は忌避の原因の有無につき判断する迄もなく失当であるとして準抗告を棄却したのであるが前述の如く被告人並びに申立人が忌避の原因あることを知つたのは昭和三九年七月二六

日であるから刑事訴訟法第二二条但書の規定により忌避申立権が被告人に存在して居つたので本件忌避申立は時機に遅れた違法のものであるということはできない。

要するに原審準抗告棄却の決定は事実誤認と法規の誤解に基づくもので憲法違反の行為を許容するもので到底承服することができない。

昭和三九年八月七日

弁護人　井上広治

最高裁判所御中

昭和三九年(あ)第八三四号

決定

本籍　神奈川県横浜市保土ヶ谷区月見台一八二番地

住居　同県同市西区西戸部町三丁目二六七番地

私立学校々長

松信幹男

大正一二年五月七日生

右に対する公職選挙法違反被告事件について、昭和三九年二月二六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

弁護人堀家嘉郎の上告趣意第一点は単なる法令違反の主張であり（選挙運動の法定期間前に、公職選挙法一四二条に違反する文書を頒布し選挙運動を行なつたときは、同法二三九条一号の罪および同法二四三条三号の罪が成立し、刑法五四条一項前段により処断すべきである）、同第二点は量刑不当の主張であつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

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

昭和三九年一〇月八日

最高裁判所第一小法廷

昭和三九年一〇月八日決定　昭和三九年(あ)第八三四号

裁判長裁判官　長部謹吾
裁判官　入江俊郎
裁判官　松田二郎
裁判官　岩田誠

昭和三九年(あ)第八三四号

公職選挙法違反

弁護人堀家嘉郎の上告趣意

原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると信じますので、原判決破棄差戻の判決あらんことを求めます。

第一点　原判決には、公職選挙法一二九条、一四二条、二三九条一号、二四三条三号の解釈を誤り、その結果判決に影響を及ぼすべき違法がある。

一、公職選挙法（以下「法」という）一二九条は、「選挙運動は候補者の届出のあつた日から当該選挙の期日の前日まででなければすることができない」旨を規定し、この期間前における選挙運動（いわゆる事前運動）をした者に対しては法二三九条一号によつて一年以下の禁錮又は一万五千円以下の罰金に処することとしている。

本件犯罪事実は、法定期間前に違法な文書図書を頒布したというのであるから、法一四二条に違反する行為であつて、法二三九条一号のみを適用すべきものである。しかるに、原判決は、

立候補届出前選挙運動の点は、公職選挙法一二九条一号、一四二条、二四三条三号、刑法六〇条に、法定外文書頒布の点は公職選挙法一四二条、二四三条三号、刑法六〇条に各該当するところ、右は一箇の行為で二個の罪名に触れる場合である

と判示している。明らかに、法一二九条の解釈を誤り、法一二九条と一四二条との関係を誤つたものといわなければならない。その所以を以下詳述する。

二、そもそも、選挙運動とは、特定の選挙の施行が予測され又は確定的となつた場合、特定の人がその選挙に立候補することが確定しているとき又は予測されるときに、その選挙について当選を得しめる目的をもつて、直接又は間接に必要かつ有利に周旋、勧誘、誘導その他諸般の行為をなすことをいうものであることは、大審院判例により確立された見解

であり、最高裁判所もまたこれを踏襲している。

しかして、公職選挙法は、「候補者の届出のあつた日から当該選挙の前日」までの期間前に行うものと、右期間内に行うものとに分ち、前者の期間については一二九条をもつてその一切を禁止し、後者の期間については法一三〇条から一七八条までの規定によつて、許されるものと禁止されるものとを法定しているのである。そして、それぞれの違反行為に対する罰則を二二一条以下において規定しているのであるが、刑罰の程度は事前運動に対しては軽い刑罰が、選挙期間中の違反行為に対しては重い刑罰が規定されている。

そもそも、憲法二一条は、国民の言論表現の自由を保障しているのであるが、選挙の公正を図るという公共の福祉のために公職選挙法によつて右の如き選挙運動の制限乃至禁止がなされているのである。従つて、一口に選挙運動といつても、選挙期間前のものと選挙期間中のものとでは、選挙の公正を図るという立法趣旨に照して、本質的に差異があることはいうまでもない。公職選挙法が選挙運動を事前運動と選挙期間内運動とに分ち、前者に対する罰則を軽くし、後者に対する罰則を重くしている所以は、選挙期間前における選挙運動の弊害は比較的軽く、選挙期間中においては候補者が明示されているのであるから、その弊害は比較にならない程重大深刻であることによる。

三、制限外文書の頒布が選挙運動に含まれることは法一四二条にのみ違反するが、それが選挙運動期間前に行うことは法一二九条にのみ違反する。これは、右両条の文理解釈上からいつても、さらに右に指摘した公職選挙法の構造乃至立法趣旨からいつてもまことに明白である。

本件犯罪事実の制限外文書の頒布は、事前運動に該当するものであるから、法一二九条のみに違反するものであり、法一四二条とは法条競合の関係に立つものであつて、観念的競合に立つものではない。法一二九条と法一四二条とは法条競合の関係に立つものであつて、観念的競合に立つものではない。そもそも観念的競合とは、一箇の行為によつて数個の構成要件に該当する犯罪が成立することである。

る。しかしながら、法一二九条は選挙運動とは、包括的観念であつて、一切の選挙運動期間前になされることを禁ずるものであるから、その期間内に行われる法一四二条違反行為はすべて法一二九条に吸収されるものである。換言すれば、法一二九条と法一四二条とは、完全に構成要件を共通し、たゞ一二九条は法一四二条の構成要件のほかに「選挙運動期間前に行う」という構成要件が加えられているにとどまるのであるから、制限外文書頒布罪を構成する行為について、右両条は特別関係ないし吸収関係に立つものといわなければならない。

しかるに、原判決は、前述した如く、本件犯罪事実をもつて、観念的競合としているのであつて、この点において公職選挙法一二九条、一四二条、二三九条一号、二四三条二号の各規定の解釈を誤り、それが判決影響を及ぼすことは明白である。

第二点　原判決には、量刑が甚しく不当である。

一、一審判決は、被告人に対し罰金五万円と三年間の選挙権被選挙権の停示を課したが、原判決は、同一犯罪事実につき一審判決を破棄し、被告人を禁錮五月、執行猶予三年という、苛酷な刑罰を課している。その根拠として、次のとおり判示している。

本件は、全各総連の全国的組織を利用し、下条康麿のため全各総連を基盤として、同人のかつての選挙地盤であつた農民層からの得票に代わるものとして四五万票の獲得を期し、被告人らにおいてその選挙運動を強力に推進すべきことを協議し、そのための選挙対策本部を設け、被告人松信はその事務局長、同佐藤はその企画宣伝部長として、右選挙対策の一環として本件ポスターの配布を計画したものであること、しかも、被告人らは本件ポスター八〇万枚ないし一〇〇万枚を作成し、全各総連の組織を通じて、これを傘下学校の教職員、生徒全員に配布することを企図し、費用の関係から取敢えずそのうち本件八万枚を印刷し、原判示の如くうち二万三千余枚を全各総連の都道府県支部長に

配付したわけで、被告人らの本件犯行は組織を利用した計画的犯罪であるばかりでなく、その犯行の態様も同総連理事会の決議を利用する等極めて巧妙であるばかりでなく、総連傘下の各種学校の生徒をも選挙運動の対象としたもので、本件は教育の場を利用した極めて悪質な犯行と断じてはばからないこと、しかも、被告人両名が立候補届出前に配布した本件法定外の文書の枚数は前に見たとおりこの種事犯としては、異例の多数にのぼるのであり、しかもその大部分が被告人らが意図した如く末端にまで配布されているばかりでなく、前記の如く印刷された八万枚のポスターのうち本件以外のものも、前記各支部に配布された実情にあり、原判示選挙の公正が害されたことは否定できない関係にあり、本件行為の違法性はしかく軽視できないこと、もつとも、被告人らは本件について違法性の認識がなかつた旨抗争し自己の非を認めようとしないのであるが、既にこの点は、前記弁護人の控訴趣意第五点において詳述したように被告人らにおいて選挙法規を遵守するについて無関心な態度があつたと断ぜざるを得ないのであり、この間の事情を以つてするも、被告人らの本件犯行の責任を軽減すべき事情とはなし難いこと、以上各般の情状を勘案すれば、被告人らに対しては公職選挙法二四三条三号所定の刑のうち禁錮刑を選択して処断すべき事案であると認められる。

しかしながら、右判示は、本件犯行を不当に罪悪化したものであつて、本件犯行の内容、実害、動機等を誤解したものというをはゞからないものである。原判決が量刑を誤り、著しく正義に反することは明白である。

二、まず、本件制限外文書の頒布は、何等実害を及ぼしていない。原判決の認定するところによれば、罪となるべき事実は、室内用ポスター八万枚を印刷し、そのうち二三、一四〇枚を一審判決別表第一及び第二に記載の如く、各県の各種学校連合会長合計二四名に対し発送したにとどまるのである。それが、不特定多数人の目にふれて選挙に実害を与えたというのではない。しかも、受領した連合会長はいずれも、第一審判決摘示の如く、昭和二七年二月の会議において下

条候補を支持することを決議した者ばかりであるから、彼等がこのポスターを受けとることによつて、下条候補に対する投票を決意することはありえなかつた。

本件起訴事実たる頒布行為は、前述の如く二四名に対するポスターの発送にとどまつているのであるから、量刑もまたその限度にとどめられるべきである。また、ポスターも「参議員議員候補者下条康麿先生ご当選を祈ります。全国各種学校連合会」という至極おだやかな表現を用いているに過ぎないのである。いうまでもなく、公職選挙法違反行為は、いわゆる法定犯であり、形式犯である。本件は、形式的には構成要件を充足するが、実質的には選挙人に対し影響を及ぼし、選挙の公正を害したものではないのである。それを、禁錮五月に処するとは、常識に反した重い量刑といわなければならない。

三、次に、本件犯行は、被告人個人として行つたものでなく、その動機においても純粋であつて、世上一般の選挙違反とはこの点においても著しく性格を異にしているものである。

被告人は、全国各種学校総連合会の副会長たる地位にあつた。右連合会において各種学校の地位向上を図るため、たまたまその会長の地位にあつた下条候補を全国区候補者として推せんすることが決議されたので、被告人は副会長たる立場上、本件ポスターの印刷と支部長への発送を行つたのが本件犯行である。その目的は、各種学校の地位向上という純粋なものであり、その立場は団体職員として止むをえざるに出たものであり、もちろん一銭の利得も報酬も期待していないのである。

原判決は、この点について、充分な同情と適切な評価を欠いているものである。

以上

昭和三七年(あ)第二〇二四号

決定

本籍　熊本県飽託郡託麻村大字長嶺九八五番地

住居　熊本市安巳橋通町六五番地

でん粉製造業

安武止男

大正七年一二月二〇日生

右競売入札妨害被告事件について昭和三七年七月二四日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人免出礦の上告趣意第一点は、事実誤認および単なる法令違反の主張であつて、上告適法の理由に当らない。なお、刑法九六条の三の二項は、競売等の公正を害する危険のある行為を取締ることを目的とするものであるから、本罪の主体は、多くの場合、競買等の希望者であろうが、これに限られる必要はなく、自らはその希望をもたないものであつても、自己と特別な関係にある競買等の希望者があつて、これに影響を及ぼすことのできる地位にあるものであれば足るものと解するのが相当である。

同第二点は、事実誤認および単なる法令違反の主張であつて、上告適法の理由に当らない。なお、本罪が成立するために

昭和三九年一〇月一三日決定　昭和三七年(あ)第二〇二四号

は、競買等の希望者全員が談合に参加することは必要でないものと解するのが相当である（昭和三〇年(あ)第二七一八号同三二年一二月一三日第二小法廷判決、刑集一一巻一三号三二〇七頁参照）。また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。よつて同四一四条、三八六条一項三号により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和三九年一〇月一三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　石坂修一

裁判官　横田正俊

裁判官　柏原語六

裁判官　田中二郎

昭和三七年(あ)第二〇二四号

弁護人免出礦の上告趣意

被告人　安武止男

第一点　原審は一審判決を支持して控訴棄却の判決を言渡したものであるところ、刑法第九十六条の三の解釈及びその適用を誤つた違法があり、正に破毀すべきものと確信する。

即ち、同法条はその第一項が本来の競売入札妨害の罪であり、第二項は大正八年二月二十七日の大審院判例により詐欺罪を構成しないものとされたため、目的動機を有する談合を処罰せんとする所謂談合の罪であり、第一項の主体が入札者又は競買人に限らず、一般第三者をも包含するに反し、第二項の主体は一の必要的共犯関係に立つ入札者又は競買人に限られるものである。蓋し、談合罪が前叙の如く第一項規定の方法以外の談合により公の競売、入札の公正を害するという見地から、詐欺罪の成立を否定されたことに代る処罰規定であること及び競売、入札の実施者たる国又は公共団体との関係においてその損害によつて当該物件を自己に領得せんとする関係に立つ入札者又は競買人たることを必要とするからである。従つて当該物件を自己に不正領得する意思なき第三者は談合罪の主体性を有せず且仮令入札者又は競買人らの中に介在して同人らの談合の斡旋をなしたとしても、刑法第六十五条にいう身分に因り構成すべき犯罪でないので、入札者又は競買人らと共犯関係に立つものではない。然るに原審は被告人において本件入札に際し全く入札希望を有しなかつたものであることを是認しながら、被告人が案内した入札希望者酒井徳弘と原判示の如き特別の関係に立ち、この特別の関係において談合に加つたものと読示するけれども、その特別関係の存在を以て直ちに談合罪の主体を肯認することこそ寧ろ早計であるばかりか、談合と詐欺罪に関する従前の判例学説、刑法仮案の規定、第七十六回帝国議会の刑法中一部改正法律案両院協議会における審議経過及び現行法条の制定の由来に徴し、明かな誤解を犯しているものと断ぜざるを得ない。

被告人が当初から入札の意思を有せず、自己の姻族に当る前記酒井の入札希望を知り、これに不馴な同人を入札場へ案内して入札価格などについて助言したに過ぎず、被告人の指示に従わせたものでは決してなく、最低価格で取れるなら取りたいが強いて他の入札者と争いそれ以上の価格で落札する意思はなかつたものである（酒井徳弘の司法警察員に対する昭和三十六年十一月二十二日附供述調書第一項中「ソノ朝……私方ニ来ラレタ安武カラ……宅地ノ場所ヤ国税局ガ公示シテイル最低評価々格等モ聞イテ知リマシタ」、第二項中「私トシテハソンナニ無理シテ落札シタイト云ウ気持ハナカツタガ……材料ノ置場ニデモスレバ適当ナ良イ場所デモアリ、ソレニ最低評価ガワズカ五十六万円デアルコトガハツキリシテイタノデ入札ニ行ツテミヨウトイウ気ニナリ……行ツタ訳デス」、第三項中「……安武ガ……単価トシテハ悪クハナイトノ……話シブリカラシテ私ノ感ジトシテ五十六万円デ落チルノデハナイカト思ツテイタ……結局……高イ価格デ落シタイ程欲シクアリマセンデシタ」、第五項中「……安武ハ今日ノ競売ハ一寸難シカ落チンデスヨト云ウ意味ノコトヲ云ツタ後五十六万円デ入レテオキナツセト云ワレマシタ」、第八項中「……私ハ安武カラモ他ノ人カラモオ礼ハスルカラ語ニノツテクレナド相談ヲ受ケタコトモアリマセン、談合ノ結果特定ノ人ニ落札サセルタメノ入札価格デアツタカドウカモ知リマセン」、同年十一月二日附同調書第三項中「……午前十時頃……私達ガ最後デシタ……入札ノ要領ハ安武ガ持ツテイタ印刷紙ニ最低評価……五十六万円ト書イテアツタシ、国税局ニツイテカラ安武ト……相談シテ入札シマシタ……相談シタト云ウノハ国税局ニ行ツテカラノ空気ヲ見テトツタ安武ガ今日ノハ一寸落チン、五十六万円デ入レテオイテヨカバイト云ハレ、私モソウ無理シテ落ス必要ハナイト思イ……入札シタ……結局一番最後ニ入レタ人ガ八十六万円デ落札ト云ウコトデ私ハ駄目ダッタト思イ、スグ保証金六万円ヲ受取リ……帰リマシタ」、被告人の同年十一月二十一日附司法警察員に対する供述調書第十六項中「……酒井ガ入札額ハ……最低値ノ五十六万円デ……コレハ家ヲスル前私ガ……五十六万円ダッタラ入札シテモヨイト申シテオリ……三原ガ……廊下デ……野原ニ買ワセテクレ

……ト頼マレタノデ私ハソノ場ハハアートウ答エ、聞キ流シテオイタ、……又三原ハ私ニ外ノ者ハセルト云ツテイルト申シマシタ、ソレデ私ハソウナレバ仕方ガナイタイト答エテオキマシタ」、「第十九項中「……酒井ニハ何ノ相談モナカツタ様デス……私カラ入札場デ入札価格ニツイテ酒井ニハ何等指図ハシテイマセン」、同年十一月二十二日附前同調書第二項中「……酒井ハ……安ケレバソノ宅地ヲ買ツテモヨイト云ウノヲ知ツタモノデ公示価格ヨリウント高イ値デ買ウ気持ハナカツタ様ニ受取リマシタ」第三項中「……三原カラ五万円ノ謝礼ヲ出スカラト申込マレテ直グ酒井ニ最低値デ入札シナサイト申シタ記憶ハアリマセン」旨の各供述記載）。而して被告人の助言により酒井において最低値で入札したとしても、入札場附近の空気から相当競つて落札したいものがいることを察知した被告人が、強いて落札したいとの希望を持たない酒井の気持を知つていたからで、同人に新たな意思を起させ落札をあきらめて最低評価々格で入札させたものでもない。果して然りとすれば、被告人の酒井に対する関係は飽くまで助言者としての立場であり、これから一歩も出ていないことが明認出来る本件において、被告人が入札者と同様の立場にあるとの原判決の認定は重大な事実の誤認があるばかりか、法律を不法に適用した顕著な違法があるものと云わねばならない。

第二点　原判決は、談合罪は必ずしも入札希望者全員が協定に加わる必要はなく、その一部の者の間において協定が出来た場合にも同罪が成立するとなし、入札希望者であることを前提としながら、入札希望者岸本義夫以外の出頭者四名間に協定が成立しているから、被告人について談合罪が成立すること勿論であると判示するけれども、動機目的を有する談合罪を処罰するゆえんは落札価格を談合者の擅に決して自由競争の実を失わしめることを防止せんがためであり、入札者全員が予め協定によつて落札価格及び落札者を定めなければ、談合の目的を達することは不可能であり、その公正を害する危険も殆ど存しないので、入札者全員の参加のない一部入札者間の話し合いは本条にいう談合に該らないものと解すべきである。被告人が談合の仲介斡旋の懇請を受けたのは三原悦次からで、その懇請の内容も前掲

被告人の供述記載の如く「野原ニ買ワセテクレ」との申し入れであるが、入札についてはその性質上人そのものは目的でなく、価格を目的としているので、野原に落札させるとの相談をしても談合にならず、又原判示の如く三原から入札希望者でない原田、樫野及び被告人ら三名に夫々個別に談合のための仲介斡旋の懇請があつたとしても、被告人ら三名間には何等の話し合いもなしておらず、被告人自身三原に対し応諾の返事もなさず且他の二名との間の話し合いもなく又その応諾の有無も知らないし、（被告の昭和三六年十二月五日附検察官に対する供述調書第七項中「……三原ガ樫野サンアアタガ向ウバ話バツケナツセト申シマシタガ樫野ハ……岸本ノトコロニ話ニ行キマシタ、ソシテ時刻ガ締切前五分位ニナツテイタノデ樫野ノ話ガツカナイマヽ皆ガ入札ヲ始メマシタ」、田中貢の同年十二月四日附司法警察員に対する供述調書第五項中「……十時カラ入札ヲ始メマシタ、入札シタノハ三原悦次、野原源蔵、楢原元長、酒井徳弘ノ四名デアリマシタ」、第七項中「丁度ソノ十時三十四、五分頃……三原悦次ガ……開札前ニ入札書ヲ破リステヽツイニ入札シマセンデシタ」、第六項中「岸本義夫ガ……タヾネルノデ私ガ……説明シマシタ……ソノ説明ガ済ムト……一応岸本ノ入札ヲ受理シタ」、第八項中「ソコデ十時四十分頃……入札書ヲ開札シタトコロ岸本ガ八十六万円デ……ソノ結果ヲ発表シタ」旨の各供述記載）岸本が協定に応じなかつたことは原審も認めており、同人において金八十六万円で入札した事実からしても、入札者間に談合が成立していなかつたことを明証するものであり、第一点叙説の被告人の地位と考え併せて三原との間に談合罪の成立するいわれなく、この点についても明かな本法条の解釈並に適用を誤つた違法があるので到底破毀を免れない。

以上要之、談合罪は動機目的の下に談合した事実あるのみで成立するものであるところ、前叙の如く被告人が入札希望者でもなく且談合協定の事実が認められない本件は、爾余の判断を待つまでもなく談合罪（一審は罪名を競争入札妨害とし、漠然と刑法第九十六条の三を適用し、同法条の第一項「競争入札妨害」と第二項「談合」の何れかを区別していないが、正確には第二項を適用すべきものである）は成立しないものと断ずべきである。

以　上

（昭和三十七年十月十五日付）

昭和三七年(あ)第二五七〇号

決　定

本　籍　大阪市阿倍野区阿倍野筋一丁目一〇〇番地
住　居　東京都世田谷区上馬一丁目一三番地　阿川方
会社員
三　好　年　男
大正元年一〇月一五日生

本籍並びに住居　群馬県前橋市元総社町二三四九番地の一
無　職
関　谷　義　雄
明治四三年三月二七日生

右詐欺被告事件について昭和三七年九月二七日東京高等裁判所の言い渡した判決に対し被告人ら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

被告人三好年男の弁護人雨宮勘四郎の上告趣意第一点は、事実誤認の主張であり、同第二点は、量刑不当の主張であつて、いずれも上告適法の理由に当らない。

昭和三九年一〇月一三日決定　昭和三七年(あ)第二五七〇号

昭和三九年一〇月一三日決定　昭和三七年(あ)第二五七〇号

被告人関谷義雄の弁護人井本良光の上告趣意第一点は、事実誤認の主張であつて、上告適法の理由に当らない。

同第二点について。

所論は、判例違反をいうが、そのいうところは、原判決が一罪と認定した事実を数罪であると主張するもので、被告人に不利益な主張であり、その余は、事実誤認および単なる法令違反の主張であつて、いずれも上告適法の理由に当らない。

同第三点は、事実誤認および単なる法令違反の主張であり、同第四点は、事実誤認の主張であり、同第五点は、量刑不当の主張であつて、いずれも上告適法の理由に当らない。

また記録を調べても刑訴法四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三九年一〇月一三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　田中二郎

裁判官　石坂修一

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　横田正俊

裁判官　柏原語六

昭和三七年(あ)第二五七〇号

弁護人雨宮勘四郎の上告趣意

原判決は事実認定及刑の量定において、次の如く著しく正義に反するものがあるので、刑事訴訟法第四一一条により御庁の職権により破棄せらるゝよう上告する。

即ち、

第一点　事実誤認の点

原判決は、被告人の所為を詐欺と認定せられたが、

第一、詐欺と認定するには、動機が乏しい、即ち被害者尾崎敏孝等が、今日に至つて、刑務所に納入すると言つて欺罔されたと言うけれども被告人等が、浦和、宮城、新潟の各刑務所に夫々納入したことは事実でありそのことについては、被害者等も色々調査もして進んで或は上回つて賛成したのである。

唯納入したけれどもそれが被告人等の予期に反し、取引が不首尾に終り、結局被告人の本意でないが、被告人も刑務所とのいさかいを好まなかつたので各刑務所から返品された生地類をそのまゝ受けこみ、引取るより外なかつた。

而して、返品された生地類を全部其のまゝ被害者等に返還することが出来ればそれも一方法ではあつたが、被害者即ち生地商に交付した手形は既に殆んど其の元請方面に回つており、第三者は何れも現金の支払を求めているので、已むを得ず被告人は手形の支払期日にまに合はせる為に物品の現金化を講づることゝなり不本意にも所謂ダンピングせざるを得なくなり、その結果現金化したものを全部手形の支払に回したところ、債務の六割位しか支払い得ないことゝなつてしまつた。

被告人　三好年男

かゝる結果が予想されたならば物の常識として被告人も決して被害者等から生地類の購入もしなかつたし、刑務所へ納入する如き計画はしなかつた。

即ち、本件計画に着手してから僅々数ヶ月にして明らかに行詰まつてしまつており、刑務所には関係し逃げもかくれも出来ない状況となり、被告人の為には、全く、思いもよらない結果となつてしまつた。

本件関係で、相被告人関谷義雄の為めに幾分便宜を計つたのと十人余りの従業員に対して数ヶ月の給料を出した外会社に残存するものは極めて僅かのものゝみであつた。

第二、被告人は、被害者尾崎敏孝等にせめられて、社判、其の他一切の残存品を引渡すまで飽く迄会社の挽回策を講じて被害者等への償いを画策していたのである。

第三、若し真に被告人が詐欺を行はんとする意思ならば全部の物件を敢えて刑務所に送付する必要もなかつたのである務所は被告人が従来免囚保護事業で協力し表彰状迄授与されているのであつて、若し詐欺罪の関連等を予想するならば、被告人将来の問題としても全然取引の相手にすることはしなかつたのである。

第二点　量刑の点について

被告人は前記の様に、全然詐欺罪の如きは、思いもよらぬ事であつたし、何等の利得もしていないのであつて、債務不履行の民法上の責任は別として刑事責任は仮りにあるとしても三ヶ年の実刑は酷である、有罪を免れないとしても、執行猶予の御取計を適当と信じます。

（昭和三十八年一月二十二日受）

以上

昭和三七年(あ)第二五七〇号

被告人関谷義雄

弁護人井本良光の上告趣意

原判決は第一審判決中、被告人関谷に関する部分を破棄し、第一審判決摘示の事実と同一の事実を認定した上、被告人関谷に対し懲役二年の実刑を科したのであるが、この判決には次の如き違法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。

第一点　第一審判決摘示第一の事実（山沢屋関係）について、被告人関谷が詐欺の意思をもつてした単独の犯行であるとしたことは重大な事実誤認である。この事実関係の実情は次のとおりであつて、被告人関谷の行為当時の意思は欺罔して騙取するという考はなかつたのである。

(イ)　山沢屋と取引するに至つたいきさつ

被告人関谷は、昭和三十二年三月新潟刑務所作業課長着任後、受刑者作業運営を検討した。

当時新潟刑務所における作業は木工に偏し、木工は生産過剰の状況で服役者一人当の収益は他刑務所より遙かに低かつたので、関谷はその改善について常々考慮していた。その一環として縫製作業も従来の委託加工中心の消極的方針から、材料を購入して製作販売するという積極方針に除々に切替えるべく企図し、その方針は非公式ではあるが所長にも上申して、大略その了解を得ていたのである。

たまたま昭和三十三年十一月頃、新潟刑務所保安課長、事業部長である先輩喜島直市から、初めて被告人三好年男を紹介された。三好は元検事で各刑務所に出入し、生地等を納めて居り、喜島とは同人が大阪刑務所在任中からの知合であるとのことで、三好は各刑務所の幹部の名刺等も多数所持して居り、刑務所の内情等も詳しく知つていた。新潟刑務

所にも前から出入りし、所長とも親しく、又所長が会長をしている刑務所の外廓団体である慈光会のためにも貢献したとて、刑務所側は三好を厚く遇していた。三好が主催した即売会には、所長の命で関谷は部下職員一名を応援に出向させたこともあつた。

このような関係で、関谷は三好を心から信用していたばかりでなく、所長、先輩のいわゆるお声がかりの有力者と考え、一目も二目もおいていた状況であつた。

その三好が昭和三十四年一月頃、山沢屋の商事部長として来て、生地を買つてくれとのことであり、喜島も、所長も山沢屋に変つたのでなるべく買つてやるようにとの言葉もあつたので、関谷も何とか方法を考えて買つてやる心算になつた。

三好の案内で山沢屋の鳥居社長も来て、三者協議の上本件取引の話が決つた。鳥居は所長宅にも挨拶に行つておかげで買つて貰うことになつたと述べて来たほどであつた。

これらのいきさつからみても、関谷が詐欺をするなどという意思ではなかつたことが明かであると思う。

第一審判決はこの取引は、三好を排して鳥居と関谷の間で行われたとしたことは、全くの事実誤認で、むしろ三好が中心となり取決めをしたものである。

(ロ) 代金支払の意思

関谷としては、年度内には若し予算のやりくり（例えば木工材料費の流用等）がつけば支払えるが、それが困難な事情にあつたので、新年度正規なルートに乗せて支払う心算であり、最悪の場合は事業部で買つて、委託加工を受けるという方法によることも出来ると考えていた。そのことは三好、鳥居にも話して了解を得ている。

然らば当時関谷としては、新年度にこのような予算措置その他支払の見込があつたのか。関谷は十分にできると信じ

ていたのである。関谷の経験からしても、前任地前橋で特に多額の予算を取つて皮なめし工場を新設したり、又赤城農場産物を用いて大々的にパン、味噌、醤油等の製造工場を創設したこともあり、又本省作業課にも勤務して、その予算の配布の実情もよく知つていた関係で、関谷としては自分の計画は必ず実現できると考えていたのである。

(ハ) 契約手続について

刑務所で物品を購入する場合の手続等について、詳細な規定があり、又各証人のそれに副つた証言があるが、関谷の言によれば日常取扱の実情は、必ずしも規定通り、一々稟議決裁等が行われていたとは限らず、実際には相当巾広く作業課長に委されて居り、又時に便法がとられることもあつたのが実情であるという。

殊に本件は、新年度に正規なルートにのせて支払うという了解のもとに、いわば非公式な、仮りの取扱であつたのであるから、形式が不備であるからということで、直ちに詐欺の意思があつたと認定することは当らない。

尚その時の発註書は、関谷は従来出したことがなかつたのでことわつたが、三好から山沢屋の方で他からの資金の手当等のため必要があるからと、特に頼まれて出したもので、詐欺の用に供したのではなく、山沢屋としてもこの発註書を信じてこれによつて品を出したというものではない。

(ニ) 品の処分について

本件生地の処分の実情から逆に推察すると、恰も初からその意図で取引したかのような感を与えるのであるが、これは関谷が偶然二月頃、前橋赤城、農場への転勤の話があり次いで三月小菅刑務所への転勤の話となつたことから、山沢屋商事部長たる三好からの指示によつてとつた処置である。

関谷は当時もなお三好が山沢屋の商事部長であると信じていたものであつて、三好が東和商事という会社を設立して山沢屋とは関係がなくなつたことを聞かされたのは、昭和三十四年四月関谷が小菅転勤後暫らくたつてからのことであ

る。

二月三月頃はまだ山沢屋の商事部長と信じていたので、関谷は前記転勤の話を耳にしたとき、三好にその話をし、自分がいなくなれば後に引継いで正式ルートにのせることも困難であるから、現品を山沢屋に返すべき旨申出たが、三好は山沢屋としても他から仕入れた品で今返されても困る故、売れたら現金にしてくれとのことであり、又三好も東京で現金化するとのことで大部分を引取り持去つたのである。

尚三好は、山沢屋からは自分も手数料が貰えることになつて居り、それだけ品代から差引く交渉をする都合があるから、品を三好に渡したことは山沢屋に秘しておいてくれというので、関谷としては、本来山沢屋の商事部長である三好に返品すれば、山沢屋への代金支払の責を免れるわけであるが、三好の右の希望を容れて、山沢屋へはそのことを秘していたので、山沢屋からは、専ら関谷に代金支払の請求が来るようになつていたわけである。

(ホ) 代金支払状況

関谷が小菅へ転勤後、山沢屋の鳥居社長から強硬な代金請求があり、関谷は三好に請求したが、三好は品を売つた代金も容易に支払わず、その為関谷は非常な困難な立場に陥り、これがきつかけとなつて、遂には自己の地位も財産も失うという今日に至つてしまつたのである。

なお鳥居は五十二万六千四百円の残代金があるようにいうが、弁護人提出の証拠によつて明かなように関谷は更に二十九万五千円の支払をして居り、なおそれに三好が山沢屋から受ける約束の手数料を差引けば（三好承認ずみ）山沢屋の代金は殆んど完済された計算になる。

右のとおりであり、これを被告人関谷の而も関谷のみの詐欺と認定したことは、重大な事実誤認であると考える。

第二点　第一審判決摘示第七の事実

即ち、同第六の事実とした同判決末尾添付犯罪一覧表(四)（尾崎関係）中の1乃至3、9乃至12、15乃至19の事実について、これをいわゆる包括的一罪とし、且つ被告人関谷もこのすべての事実に加功していると認定したことは、最高裁判所の判例（昭和二六年(れ)第一三一号同年五月八日第三小法廷判決、最高裁刑事判例集第五巻第六号一〇一二頁）に違反し、且つ重大な法令違反又は事実誤認がある。

(イ) 東和商事株式会社と尾崎商店との、前記犯罪一覧表1記載の混紡ラシャ生地二〇〇〇米の取引の話を決めた日という即ち昭和三十四年七月中旬、被告人関谷も、同会社社長相被告人三好年男の依頼により、右会社事務所及び料亭「星菊水」における会社側三好、箸方直二、伊藤正治（通称公一）等と、業者尾崎敏孝、鈴木由一との会談或は宴会に列席し質問されるままに刑務所の実状等について話した事実はある。

然し当時関谷は前述の如く、三好は元検事で各刑務所に品を納めているものと信じていたのであり、右席上でも尾崎等から質問されるままに、一般的な話として、三好等と共に、刑務所の買入代金の支払方法等について答えたもので、三好等が詐欺するものであるということは知らず、又自分もその意思があつてしたものではない。

この点について尾崎は、第一審及び原審において、関谷の話としてその内容等を詳しく供述しているが、その会合に同席していた右三好、箸方、伊藤、鈴木等の供述とは甚だしく異つて居るのみならず、そもそも愛知県方面の繊維業者に対しては、右伊藤が早くから（昭和三十三年暮頃）三好と連絡をとり、三好が諸官庁や各刑務所等に生地類を納入しているということを大々的に宣伝し、その生地仕入れのため活動していたのであり、又伊藤は仕入について、三好の主宰する東和商事から、五分の手数料を貰うことになつていたので、尚一層三好等の東和商事の事業を業者に吹聴宣伝し、仕入れの誘引を図つていたわけで、尾崎も既に右伊藤や他の業者から、更にまた直接三好、箸方からも再三東和商

事の事業内容、刑務所の実体、刑務所に対する生地類の納入、代金支払の方法等詳細な話を度々聞いていたそのためそれらの先入感をもつて前記会合に出席したのでその時の話と前から聞いていた話と混同し、或は先入感をもつて関谷の話から推察したことの供述も多々あるように認められ、これをもつて直ちにそのまま関谷の言葉であり、又関谷が、相被告人三好等の詐欺の意図を知り且つ自らもその意思をもつて加功したとすることはできないと考える。

(ロ) 右会談の日に東和商事と尾崎との間に、前記犯罪一覧表(四)の1の取引の話が決められたのであるが、その後の2以下の取引(判決摘示の犯罪事実)は、それとは各別個の行為によつて決められたものであり、犯罪行為としてみるならばその都度の各別個の欺罔行為によつてなされたものである。そのことは第一審における被告人三好、証人尾崎、伊藤正治等の供述によつて明かである。

殊に右尾崎が第一審における、当弁護人の質問に答えて詳細説明しているように、二回目以後は右伊藤がサンプルブックを持つて行き、それによつて伊藤と電話交渉し、更に三好と交渉して取決めしたとか、東和商事の会計係が浦和刑務所に行つて、ギヤバジンのズボンを縫製加工する生地の註文を受けたので送つてくれとか、新潟刑務所の事業部に納めるということで特に三好が見本を持つて新潟へ行き三好から新潟話しきめたという電報をうつて来たので送荷したとか、宮城刑務所の分は同刑務所の仕立代見積書や受註回答書等を見せられ、尾崎から直接宮城刑務所に送つたとか、三好が広告や刑務所のちらしをくれて、各刑務所に囚人が作つた製品の卸売会があるので、それに便乗して男物でも女物でも何でも売れる。婦人物や子供の物で安い物をほしい。各刑務所にふりあてるなどといつたので送つたとか、三好から関谷が上司から有名メーカーのものと、一般の織屋のものと品質その他についての研究を命ぜられ、それが手に入らなければ関谷の顔がつぶれ問題だから、日本毛織と片岡毛織の純毛サージを送つてくれと特に頼まれて送つたとかいうように、三好がその都度その都度種々の手段方法を用い、その都度種類、数量、価格、送付先等につき逐一取決めして、

送荷させているのであつて、法律上の観念からいつても、また社会的事実関係としてみても、明かに各別個の欺罔行為によるものと言うべきである。尤も前記一覧表の事実中でも、一個の取引について、品を分けて送つたに過ぎないと認められるものがあれば、その範囲でそれを一罪とすることには異論がない。

(ハ) 被告人関谷は、前記尾崎とは前述の会談の際唯一度会つたのみで、その後会つたことも何等連絡したこともなく、右のような三好と尾崎の交渉連絡についても、東和商事との取引についても、全く関知しなかつたものであることは、各証人等の供述によつて明かであり、三好等の前記行為には全く加功しなかつたのである。

殊に昭和三十四年八月上旬、東和商事の出先機関の出張員が、無断で関谷名義の書類を作成したことが発覚し、関谷は強く三好を追及すると共にその始末書を徴し、同年八月十三日関谷から上司に対し、これに関する手続書を提出している(弁護人提出、始末書、手続書参照)こと、その後関谷は殆んど東和商事に出入せず、同年九月からは全然行かなかつたこと。

三好から金を受取つた(前述の事情で三好が換金するといつて持去つた山沢屋の生地代金)のも、同年八月十五日までであること。(弁護人提出メモ紙参照)等の事情からしても、被告人関谷が相被告人三好等の前記行為に加功しなかつたことが明かであると考える。

以上の事実を綜合して考察すれば、原審が認定した第一審判決摘示第七の事実の認定及び法令の適用については、重大な法令の適用の誤り又は事実誤認があり、且つ最高裁判所の前記の判例に違反した違法があるといわなければならない。そのことは仮りに被告人関谷が、最初の右事実の1については加功したと認められたとしても同様である。

第三点　前記犯罪一覧表(四)中の1の事実について、仮りに被告人関谷も相被告人三好等に共同加功したものであるとしても、この品代金は契約どおり完済されたのであつて、尾崎商店としてはこれについては何等の被害もなかつたのであるか

ら、たとえ東和商事の売先が異つたからとて、これをもつて詐欺罪とすることはできない。商人間の取引であるからなおさら一層かく解すべきである。

原判決がこの事実についても詐欺罪の成立を認めたことは、これまた重大な事実誤認か、法令の適用を誤つたものというべきである。

第四点　第一審判決摘示の第五の事実認定についても、原判決には重大な事実誤認があると認められる。

(イ)　第一審における大鹿義の証言によれば、昭和三十四年六月初頃から、前記伊藤、次いで三好が大鹿毛織株式会社に来て東和商事が各刑務所に生地等を納入していることや代金支払方法等につき詳細に説明して取引の申込みをし、大鹿もこれを信じて六月中頃から既にその品に製造にかかつていたことが認められる。

これらのことは被告人関谷は全く知らず、関谷は右大鹿及びその会社の人とは、本件取引前一回も会わず、又何等の連絡交渉もしていないのである。

右大鹿の証言によれば、三好は大鹿に対し関谷印のある名刺を示してこのように納めているように説明したというがその名刺というのは、同年五月関谷が三好に対し、前述の山沢屋の品代金を請求し若し金を払わなければ品を返えすよう求めた際三好が、同じ品が他にあるので、買つて返えすから、三好宛に発注の趣旨を書いてくれというので、書き与えてあつた名刺であつて、大鹿との取引に関谷が関与していたのではない。

(ロ)　被告人関谷がその後同年七月二十七日付の判決摘示の発注書を三好から見せられ、そのままにしたことは認められるが、三好の話では、この発注書が真実の発注のものでないことについては、相手方業者（大鹿毛織）も知つて居り、唯業者が資金や材料の手当をする便宜上のものに過ぎないということであつたのである。この点は相被告人三好も供述しているところであり、被告人関谷としては、前にも詳述したように、当時三好は真実元検事で、他の各刑務所に出入り

し品を納めていると信じていた際であり、右のように業者も諒解の上の便宜上の発注書であればということで軽く考えてそのままにしたものであつて、被告人関谷はこれで詐欺をする意思があつたわけではない。

仮りに業者も諒解して居り、単なる便宜上のものだといつた右の三好の言が、実は虚言であつたとしても、関谷はそれを真実と信じていたのであるから、それをもつて三好と共謀ということはできない。

右のとおりであつて、これについて被告人関谷を相被告人三好等と共謀の詐欺と認定したことは、重大な事実誤認にもとずくものと考える。

而して以上第一点乃至第四点記載の法令違反及び事実誤認はいずれも判決に影響を及ぼすべきものである。

第五点　仮りに前記第一点乃至第四点の一部若しくは全部は、理由がなかつたとしても、被告人関谷に対し、特に第一審判決の執行猶予の恩典を取消し、懲役二年の実刑を科したことは、以下の状情にかんがみ刑の量定が著しく重きに過ぎるものと考える。

(イ)　被告人関谷の性格・人柄等

被告人関谷の本件所為は、甚だしく思慮を欠き、公務員としての常規を逸脱した点はあるが、人柄としてはむしろ善良な人物で、決して自ら犯罪行為を敢えてするような人物ではない。

関谷は前橋工業学校を卒業し、群馬、埼玉各県立の工業試験場、次いで海軍技術研究所に勤務し、終戦後群馬県産業試験場に転じ、昭和二十二年以後刑務所に勤務するようになつた技術家出身者で、技術方面における研究には特に熱心であり、又優秀であつて、幾多の発明もあり、前橋刑務所勤務中にも新作業の研究、実施等大きな功績を残した。人柄は実直でいわゆるお人好であるが、一面いわゆる世事にはうとく、その面での常識は甚だ低く、またそれだけ他人の言を容易に信ずる傾向が認められる。

(ロ) 本件行為の動機、態様

被告人関谷が本件に関係するに至つた動機は、決して自分の利益を目的としてはじめたものではない。むしろ相被告人三好に利用されていたものと認められる。

三好は早くから大阪方面における繊維品ブローカー界において活躍し、刑務所関係方面にも出入して居り、前述のように関谷が新潟刑務所に転じた前から、既に同所所長初め幹部殊に保安課長、事業部長喜島直市と懇意にして居たもので、関谷に三好を紹介したのも喜島であり、山沢屋からの仕入の端緒を作つたのも、喜島、三好間の話からであることは同人等の供述によつても明かである。

その後山沢屋からの生地を前に述べたような事情で三好が換金するといつて持去つたこと、三好の依頼でそのことを山沢屋に秘していたこと。山沢屋からの代金の請求等こうして関谷も次々深入りしていつてしまつたのである。

然しその後の関係事実についても、殆んで三好が計画し、実施し、関谷は必要なとき利用された程度であり、実質上殆んど関与しなかつたことは明かである。

(ハ) 本件によつて被告人関谷は何等利得していない。

関谷が東和商事から受取つた金は、弁護人提出メモ紙にあるとおり合計一、三七六、〇〇〇円であり、そのうち一時借受けにかゝる一五万円は東和商事に返えしたので、結局一、二二六、〇〇〇円受取つたことになる。（この中には東和商事から山沢屋に直接送金した分を含む）

ところが関谷は、受取つた金以上に、更に自分や妻名義の財産を処分して金を作り、山沢屋に支払つているのであつて、何等利得しないどころか、莫大な損害を受けている状態である。

(ニ) 被告人関谷の改悛の情、弁償の努力

関谷は三好等の甘言、虚言に乗ぜられたとは言え、甚だしい軽卒な行為に出で、被害者に対し、又刑務所その他関係方面に対し多大の迷惑をかけたことについて深く反省し、心から謝罪している。

先ず関谷は山沢屋に対し弁済すべくあらゆる努力を払い、同人の妻もその事実を知つてからは一家あげてそれに協力し、財産を売つてまで出来る限りの金を調達して支払に充てゝ来た。

山沢屋が弁済を受けた旨供述した分以外に、弁護人提出の証拠により認められるように、昭和三十四年九月二十五日金二十万円、同年十月一日金七万円、同月三日一万五千円送金し、なお同年十月二日の河合保吉（山沢屋代理人）より関谷しな子（被告関谷の妻）宛葉書にあるように、右しな子より河合宛に送つた水害見舞金（金額一金円）まで、同人の好意により前記弁済金に充当してくれたので、これら合計二十九万五千円を弁済したことになる。

三好は山沢屋との間に相当額の手数料を貰う約束になつていたので、その分も弁済に充てゝよいとのことであるからこれを考慮すれば、山沢屋の損害は殆んど補顛されたといえる。

尾崎、大鹿関係については実質上関谷は、何等得たものはなく、また関谷一家としては現在弁済する能力もないが、三好が将来返済に努力する旨申述べている。

(ホ) 被告人関谷の家庭の状況及び更生の状況

被告人方には、本年七十九才になる老母、五十一才になる妻、自らのアルバイトによつて勉学している群馬大学学生の長男、本件のため進学を中止して前橋営林局に勤務した長女の外、高校生の次男、中学生の三男があり、妻が僅かばかりの土地を耕し、関谷本人は知人印刷業の仕事に従事し、辛うじて生活しているのであるが、妻は心身過労のため病に倒れ、一家破滅のどん底に陥つたのである。

幸い被告人の更生の決意と、一家の協力により日々光明を見出しつつある今日であるが、一旦執行猶予の恩典を与え

られたのに、今またこれを取消して一家から被告人を奪い去ることは、寔に酷に過ぎると考えられる。

被告人は既に永年築いた地位も名誉も失い、その他社会的に極めて痛烈な罰を受け、徹底的に自己の過去を精算し、敬虔な気持で更生生活に精進していることを特に考慮せられない。

以上述べた事由により、原判決は破棄せらるべきであると信ずる次第である。

（昭和三十八年一月二十四日付）

以　上

昭和三九年(さ)第四号

判　決

本　籍　北海道紋別郡興部町字元町

住　居　北海道紋別郡遠軽町西区芝浦精糖社宅

会　社　員

日　下　保

昭和八年一〇月二〇日生

右の者に対する道路交通法違反被告事件について、昭和三七年一〇月四日遠軽簡易裁判所のなした略式命令に対し、検事総長馬場義続から非常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

原略式命令を破棄する。

本件公訴事実につき被告人を免訴する。

理　由

検事総長馬場義続の非常上告趣意について

記録によると、被告人は軽自動車免許の運転免許を受けた者であるが、昭和三七年七月一五日午前一一時一五分ころ、紋別郡遠軽町南区須藤自転車店前道路において運転免許証を携帯しないで軽自動車北は四六三九号を運転したものであるという犯罪事実について、同年八月二五日遠軽簡易裁判所に対し公訴提起と同時に略式命令を請求され、同裁判所は同年八月三一日右事実について道路交通法違反として被告人を罰金二、〇〇〇円に処する旨の略式命令をなし、右裁判は同年九月二〇

日確定した。ところが、右略式命令確定後である同年一〇月四日、被告人は昭和三七年七月一五日午前一一時一五分ころ紋別郡遠軽町東区佐藤商店方前附近道路において、運転免許証を携帯していることを確認して運転すべき義務を怠り、運転免許証を携帯していないことに気づかないで軽自動二輪車（北は四六三九）を運転したものであるとの犯罪事実について同裁判所に公訴提起と共に略式命令の請求がなされ、同裁判所は同年一〇月四日右事実について道路交通法違反として被告人を罰金一、〇〇〇円に処する旨の略式命令をなし、右裁判は同年一〇月二七日確定した。以上二個の犯罪事実は、前者は故意犯後者は過失犯であり、また、犯罪場所の記載に相違があるが、犯罪の日時、被告人の運転した自動車が同一であつて、結局において、同一事実につき二重に処罰されたものであることが明らかである。

したがつて、遠軽簡易裁判所は後の本件略式命令請求については、既に確定判決を経たものとして刑訴三三七条一号により免訴の判決をなすべきであつたのに、更に同一事実について被告人に罰金刑の言渡をした同年一〇月四日付本件略式命令は違法であり、かつ被告人のため不利益であることが明らかである。

よつて、刑訴四五八条一号により原略式命令を破棄し、同三三七条一号に従い免訴の言渡をなすべきものとして主文のとおり判決する。

この判決は裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官　寺西博公判出席

昭和三九年一〇月一五日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　長部謹吾

裁判官　入江俊郎

裁判官　松田二郎

裁判官　岩田誠

昭和三九年(す)第三三七号

決　　定

申立人（被告人）　紙　屋　硯　次

右の者に対する道路交通法違反被告事件（当庁昭和三九年(あ)第四二三号）について、昭和三九年八月二〇日当裁判所の言渡した上告棄却の決定に対し、右申立人から執行に関する異議の申立があつたが、刑訴五〇二条の申立は、執行すべき刑の言渡をした裁判所に対し為さるべきものであつて、本件の如く被告人の上告を棄却した最高裁判所は、右刑訴法にいう刑の言渡をした裁判所とはいえないから、これに対し執行に関する異議の申立をすることは許されない。

したがつて本件申立は不適法であつて、棄却すべきものである。

よつて、裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

主　　文

本件申立を棄却する。

昭和三九年一〇月一五日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入　江　俊　郎

裁判官　長　部　謹　吾

裁判官　松　田　二　郎

昭和三九年一〇月一五日決定　昭和三九年(す)第三三七号

昭和三八年(あ)第二八六〇号

決　　定

本店所在地　小松市野田町丁三五番地

被　告　人　合資会社　東　栄　松　商　店

同　所

右代表社員　東　栄　松

右酒税法違反被告事件について昭和三八年一一月二日名古屋高等裁判所金沢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

職権をもつて、本件上告趣意書の適否ないし効力の有無につき判断する。

本件上告趣意書は、その差出最終日である昭和三九年一月八日に提出され、被告人会社代表社員東栄松の作成名義にかかるものであるが、本件記録中の資料によれば、被告人会社唯一の無限責任社員であつた東栄松は、すでに昭和三八年一二月一八日死亡していること並びに被告人会社定款には、無限責任社員たる代表社員死亡の場合における、その資格相続についての特別の定めのないことが明らかであるので、本件上告趣意書提出当時においては、被告人会社を代表すべき無限責任社員を欠いていたものと認めざるをえない（本件上告趣意書差出最終日の通知書は昭和三八年一二月五日に送達されているので、右通知自体は有効である。なお、被告人会社としては、当時、代表者を欠いたことにより上告趣意書の本件差出最終日

昭和三九年一〇月一六日決定　　昭和三八年(あ)第二八六〇号

以内の提出が期待できない事情にあつたとすれば、残存有限責任社員等から、当裁判所に対し刑訴二九条一項の規定に従い、特別代理人選任の職権発動を求め、選任せられた特別代理人において、無限責任社員の新加入、会社継続等、所要の法的手続に要する日数を勘案した上で、いわゆる上告趣意書差出最終日指定替の措置を求めるべきであつたと考えられる。)。従つて、本件上告趣意書の作成、提出が、残存有限責任社員三名全員の意思に基づくものであることは、記録上、優に窺われるところではあるけれども、その提出当時においては、被告人会社の代表者でない者の作成、提出にかかる点で、これを適式、有効のものと認める余地はなかつたものといわなければならない。

しかしながら、さらに本件記録中の資料を検討すると、被告人会社の有限責任社員の一人であつた、亡東栄松の男東孝男は、昭和三九年二月二七日、戸籍上、「孝男」を「栄松」と変更する届出を受理されたこと並びに同日被告人会社の有限責任社員東孝男が氏名を東栄松と変更した旨、同年三月九日有限責任社員東栄松を無限責任社員に変更、会社を継続した旨の各変更登記が、いずれも同年同月一三日付をもつてなされていることが認められる。

そこで、刑訴規則二六六条、二三八条の規定上、上告趣意書が差出最終日以後に提出された場合においても、その遅延がやむをえない事情に基づくものと認められるときは、これを期間内に差し出されたものとして審判をすることができるものとされている趣旨を推及し、かつ、本件における前記の経過にかんがみれば、本件上告趣意書の作成、提出に有限責任社員の一人として関与したものと認められ、かつ、現在は無限責任社員として被告人会社の代表者である東栄松が右代表資格を取得することにより、本来無効であつた本件上告趣意書を有効とするだけの事実の変化（いわゆる瑕疵の治癒）があつたものとして、結局本件上告趣意書は、これを有効と認めて然るべきものと考えられる。

被告人の上告趣意第一点について。

所論は、判例違反をいうけれども、援用にかかる各判例は、いずれも本件には適切でないから不適法であり、その余は単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当らない（なお、現行刑事訴訟法に公訴時効中断の規定がないからといつて、その施行と同時に、他の法律に定められていた公訴時効中断の規定が当然に廃止されたものとは解されない。従つて、いわゆる通告処分に公訴時効中断の効力を認めた国税犯則取締法一五条も公訴時効中断につき現行刑事訴訟法の例外規定として有効であると解されるから、所論の本件各罪につき公訴時効が完成したものとはいえないとした原判断は相当である。）。

同第二点について。

所論は、単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当らない。

同第三点について。

所論は、量刑不当の主張であつて、適法な上告理由に当らない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三九年一〇月一六日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第二八六〇号

被告人の上告趣意

第一点　原審判決は、最高裁判所昭和二九年(あ)第一三〇三号同三五年一二月二一日大法廷判決（刑集一四巻一四号二一六二頁）、及び昭和三四年(あ)第一九七三号酒税法違反被告事件同三七年一二月二五日第三小法廷判決に相反する判断を為している。

即ち、右大法廷判決は、取引高税違反被告事件につき「取引高税法（昭和二三年法律一〇八号）第四八条第一項にいわゆる両罰規定に於ける事業主たる法人又は人に対する公訴時効は、行為者の違反行為が終つた時よりその法人又は人に対する法定刑たる罰金刑につき定められ三年の期間を経過することによつて完成する」と判示しているので、右判示は間接国税事犯（国犯法施行規則一条）の一般につき、したがつて酒税法違反に於ける使用主の責任についても妥当するものである。

又右判例は、その半面の趣旨に於て、国犯法第一五条の規定は、刑事々件の一般について時効中断の制度を採らなかつた現行刑事訴訟法の制定施行と共に自然廃止せられたものとしたものであると理解する。

そこで、本件の公訴は、昭和三六年四月四日附起訴状を以て同日これを提起せられたものであるが、それに依る公訴事実のうち、起訴状添付犯罪事実一覧表番号1乃至23の各事実は、いづれも起訴状本文に指摘の行為者北村与信、杉原栄太郎、米丸吉蔵等の、その各月毎の行為の時より右公訴の提起の時迄の間に三年以上の時日の経過を見て、公訴提起時現在右各事実はすべて公訴時効の完成していたものであることは明らかである。

被告人　合資会社　東栄松商店

右代表社員　東　栄松

故に、右各事実に関する部分については免訴の言渡あるを至当とするものである。

第二点　原審判決には、判決に影響を及ぼすべき法令の違背があり、これを破棄しなければ著しく正義に反するものである。

即ち、第一審判決は、酒税法第六二条に所謂両罰規定は、事業主たる法人又はその代表者その他の従業員たる行為者の刑事責任とは別個の刑事責任を負うべきものとし、不正の行為をもつて酒税を逋脱した所為等に対する罰条として同五五条第一項の規定のうち罰金刑に関する部分を適用すべきものであるとしているのであるから、これに対する公訴の時効については、刑事訴訟法第二五〇条第五号により時効期間は三年であり、その起算日は同法第二五三条第一項により違反行為が終つた時と解するのが相当である。

故に、本件に於ては、起訴状添付犯罪事実一覧表番号1乃至23の各事実はいずれも起訴状本文指摘の行為者北村与信、杉原栄太郎、米丸吉蔵のその各月毎の行為の時より、公訴提起日たる昭和三六年四月四日までの間に三年以上の日時が経過しており、右各事実に関する被告会社に対する本件公訴は公訴時効完成後に提起されたものであることは明らかである。

第三点　原審判決は刑の量定が甚しく不当であつて破棄しなければ著しく正義に反するものである。

すなわち、前記第一、二点より起訴状添付犯罪事実一覧表番号1乃至23の各事実につき免訴の言渡あるべきものとするならば、原審判決の刑の量定は甚しく不当であり、破棄しなければ著しく正義に反することも明らかである。

以　上

昭和三九年(あ)第一一三六号

判　決

本籍・住居　山形県鶴岡市荒町一番地内四号

瀬戸物商

菅　原　成　典

昭和四年四月二七日生

右道路交通法違反被告事件について昭和三九年五月一二日仙台高等裁判所秋田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。

理　由

被告人の上告趣意(二)について。

憲法三九条の一事不再理の規定は、何人も同じ犯行について、二重に刑事上の責任を問うことを禁じた趣旨のものであることは、当裁判所の判例とするところである（昭和二九年(あ)第二一五号、同三〇年六月一日大法廷判決、刑集九巻七号一一〇三頁。昭和二九年(オ)第二三六号、同三三年四月三〇日大法廷判決、民集一二巻六号九三八頁）。ところで運転免許の効力の停止処分は、道路交通法に定められた公安委員会の行う行政処分であつて、刑罰ではないのであるから、被告人が運転免許停止処分を受けた後、さらに同一事実につき刑事訴追を受け有罪判決を言い渡されたとしても、憲法三九条に違反するものではなく、このことは右判例の趣旨に徴し明らかであるから（昭和三四年(あ)第一七八四号、同三五年三月一〇日第一小法

昭和三九年一〇月一六日判決　昭和三九年(あ)第一一三六号

廷判決、刑集一四巻三号三二六頁参照。)、論旨は理由がない。

その余は違憲(一四条)をいうけれども、実質は単なる法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同(一)、(三)、(四)について。

所論は、違憲をいうかのごとき点もあるが、実質はいずれも単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三九年一〇月一六日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

被告人の上告趣意

右被告人は、憲法違反、刑事訴訟法違反の次に述べる理由により、上告します。

(一) 神田忠治裁判官は刑訴法第二十三条に反し、被告人が、冒頭に於て、不公平の恐れをもつて、忌避を申立てたのに対し、全く合議なしで即時却下し、被告人の異議を無視し、そのまゝ裁判を進行させた事。

(二) 憲法第十四条に反した裁判である事。

最終弁論で述べた如く、この「神田裁判官及び佐藤正毅検事」は十一月十日頃の被告人の同じ時刻の道交法違反事件の審理に於て、その事件が、「未成年者の無免許運転の車に、成年者が便乗した」理由をもつて、成年者に罰金三千円、未成年者を不問に附したのである。この事件は、偶然に、成年者が、途中に於て、小便をしたすきに、未成年者がエンヂンを始動を始めたのに乗つただけの事で、罪は無免許の未成年者の側にあるにも拘らず、少年法の故か、どうか、この裁判所チームは故意に、不問に附し、裁判上は単に証人として喚問するに止め、家裁にも送らず、かえつて成年者が、その不用意さの故に、本人が道交法に反しないにも拘らず罰金刑を受けたのである。

被告人は、道交法を尊重する事に於て、いさゝかも疑問をもつものではないが、現実に、下級裁判所に於て、当然罰を受くべき本人が、単に証人として喚問されておる。

現時点に於ては次の二つの理由に於て、道交法に於ける罰則適用が、憲法に反している事を主張するものである。

(A) 未成年者が運転資格を与へられ且、罰則の適用を受けない法律はそれ自体、憲法に反するといふ事。

従つて、成年者も、被告人も罰則の適用を受くべきではない事。

(B) 一般的に、道交法違反に於て、事故を件、時と、単なる刑式犯との区別をしない事は、公務員が、忠実に憲法に従ず且人権を無視している事をしめし、その適用か、憲法に反しています。何故なら、現在道交法の違反には行政罰として、免許の停止又は取上げが、あるのに刑事罰がある事は一事不再審の原則を無視していると考へます。少くとも刑事罰としての罰金刑は、刑式的な道交法違反については、憲法上、不当なものと考へます。

(三) 法令適用の誤り

道交法に於て、第四十五条を適用するのは、事故をともなはない時には、完全に誤りである事日本に於て、今年度に、始めて国際的な道交上の免許規定を採用するので、あるが、国際的には、形式的な道交法上の違反は行政上の罰金刑であるか、一般通念でもあり慣習でもあります。最初から、すぐ刑法上の罰金刑としている所は、どこにもなく、違反者か、異議のある時に於てのみ、裁判所が受付るのが慣習でも常識でもあります。

日本は、道交法上の後進国でもあり、欧米の先例を追つて、模倣しているのが現際であつてみれば、「法の理念」及び「法の通念」からみて、現在の日本の道交法の罰則はその適用が、全く当を得ていない事が明らかであります。何故なら、道交法上の形式犯は、社会に害をもたらす、盗みなどとは根本的に違ふのである。

これが、理解出来ない裁判官はとも〳〵道交法の審理など出来る筈はないし、もし、無免許の裁判官が、道交法の憲法に適する判定など、出来るものではない事は一見して明らかであります。何故なら、欧米と違つて、こゝ十年前の急激なモータリゼーションの道交法上の問題を裁くのに、裁判官のみは、十年一日の如く、無免許者であるといふ事は、道交法の条文は知つていても、その実際的適用の運行状態について、完全に無智である以上、不公平な判定のおそれなしに、裁判が出来るものではありません。従つて、裁判官自体が実情に無智の故で、憲法を犯すおそれが、ある場合に道交法の形式犯人に、併合罪を科する事は完全に誤りである。

(四) さらに、道交法第百十八条の適用は誤りで且、道交法の目的に完全に反しています。

何故なら判決は被告人が五十㌔毎時の速度を出していると指適していますが、(国際的にオートバイが六十㌔毎時が許されないとは考へられないだけではなく)この国道は六十㌔毎時の最高速度が許されている道路でありますから、後から六十㌔毎時の自動車が追突する危険は常に存在します。且この道路は一車線道路でありますから、併行して、自動車が進行する事はありません、且、現在優先通行の規則が改正され、先行の自動車が常に優先する国際規則通りになつているのですから、道路交通法の目的通り円滑と安全な通行を保つ為にも、追突をさける為には、一時的に、どの車も六十㌔毎時を出しても、法に反するとは思はれません。まして被告人は、瞬時的に五十㌔毎時を出したにすぎないのです。何故なら、その直前にバスの停留所があり、三十㌔毎時に落ちたスピードを上げた際にオーバーしたにすぎないからでもあります。自動車を運行していて、スピードを落ちて、上げようとした事に、任意に、意志通りスピードを規制出来ると考へる事は、道交法を裁く人にとつて、もつとも悪い事です。

それが出来ない事は、一度でも自動車を運転した人はすぐ分りますですから、これについて、不可抗事を有罪とする事は当を得ません。

然つて被告人は無罪であります。

最高裁判所は、事故を伴はぬ道交法の違反について、刑事罰として罰金刑を科する事は、憲法に違反すると判定せられたい。

且、いかなる検事も、裁判官も、免許試験を通過せずに、道交法を審理するのは好ましくないと判定せられたい。

以　上

(昭和三九年七月一日受付)

昭和三七年(あ)第一四九七号

決定

本籍　中国湖南省湘潭県城板石巷一二号
住居　東京都昭島市中神町一一四六番地　高崎ハウス第一九号
洋服商
李子庚こと
李沢畬
大正六年三月三日生

本籍　中国上海市永嘉路一弄六号
住居　横浜市中区山下町二二〇番地
貿易商
経世平
大正五年三月二日生

右外国ニ於テ流通スル貨幣紙幣銀行券証券偽造変造及模造ニ関スル法律違反被告事件について昭和三七年三月二九日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人らから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

昭和三九年一〇月二〇日決定　昭和三七年(あ)第一四九七号

一

弁護人鈴木勇の上告趣意第一点について。

所論は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当らない。（沖縄が刑法一四九条にいわゆる「内国」に当ると解すべきことは、当裁判所の判例―昭和二八年(あ)第四三九五号同三〇年八月九日第三小法廷判決、集九巻九号一九九四頁―とするところである。）

同第二点、第三点について。

所論は、量刑に対する論難であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

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

昭和三九年一〇月二〇日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　石坂修一

裁判官　横田正俊

裁判官　柏原語六

裁判官　田中二郎

弁護人鈴木勇の上告趣意

第一点　（李沢舎、経世平共通部分）原判決は憲法第三九条第一段に含まれる原則であると解せられる「法律なくんば刑罰なし」の原則並びに「刑罰法規は厳格に解釈せらるべし」の原則に背反する無効のものであるから破棄の上更に無罪の判決あらんことを求める。その理由は左の通りである。

㈠　憲法第三九条第一段は「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問われない」という規定は、「法律なくんば刑罰なし」の原則と「刑罰法規は厳格に解釈せらるべし」との原則を含むものと解する。けだし、多くの憲法は、この刑罰法規不遡及の原則の宣言によつて他の二原則即ち「法律なくんば刑罰なし」並びに「刑罰法規は厳格に解釈せらるべし」を代表せしめるのが常であり（ジエレミー・ホール著プリンシプルズ・オブ・クリミナル・ロー二〇頁御参照）日本国憲法第三九条も亦この趣旨であると解せられるからである。

㈡　原判決は、偽造のアメリカ・ドル紙幣を東京市内で行使等したという所為を、明治三八年法律第六六号外国ニ於テ流通スル貨幣紙幣銀行券証券偽造変造及模造ニ関スル法律に問擬し有罪と断じた第一審の判決を擬律錯誤と認めたことは正当であるが、原判決が右所為を刑法第一四九条第二項に該当するものと断じたのは「刑罰法規は厳格に解釈さるべし」並びに「法律なくんば刑罰なし」の両原則に反するものとして破棄さるべきものである。

(イ)　刑法第一四九条第二項「偽造等の外国通貨」とは、同条第一項の「内国に流通する」云々の規定の制約をうけることなく、無条件に、いやしくも外国の通貨等であれば足るという解釈をとらない限り、原判決を支持することはでき

ない。けだし、沖縄は後述する通り内国と称しえないからである。かように解することは、自由に過ぎる拡張解釈で刑罰法規解釈の厳格性を紊り憲法に背反するものである。先ず、第一四八条第一、二項の規定のしかたは全く同一の表現形式をとつていることに留意されねばならぬ。そして一四八条第二項の「偽造等の通貨等」が、第一項の「通用の貨幣等に限らるべきは争ないことと思う。しからば、全く、之と同一表現形式をとる一四九条第二項の「偽造等の貨幣等」は、第一項の「内国に流通する貨幣等」に限らるべきで、それ以外の、広く、あらゆる外国通貨に関する規定ではないと考えなければならぬ。

(ロ) 更に、若し、一四九条二項の「偽造等の貨幣等」が、内国に流通することなく、専ら外国のみに流通するものをも含める意味であるとすると、明治三八年法律第六六号外国ニ於テ流通スル貨幣紙幣銀行券証券偽造変造及模造ニ関スル法律第一条、第三条を全く不必要なものとする。故に、これを矛盾なく、合理的に解せんとするには、一四九条第二項の「偽造通貨等」は、第一項の「内国に流通する外国の通貨等」を意味するものと解しなければならぬ。

(ハ) 刑法は明治四〇年法律第四〇号として制定せられたのに、前掲法律第六六号は明治三八年の制定であり、外国のみに流通する外国貨幣等を捕促しているに以上、当時の社会情勢としては、未だ、次に述べる如き内、外国いずれに属するか不明の地域の存在はなかつたから、刑法一四九条で、内国に流通する外国通貨等を捕促すれば足りたのである。この点からも一四九条二項は同一項をうけて規定されたものであると解釈されなければならぬ。

(ニ) ところが、国際関係は、複雑な発達をとげ、内国と外国という二つの観念では、まかないきれない事態が発生した。租借地、委任統治領、信託統治領施政権行使等が之れである。

殊にこの最後のものは、一定の「領域及び住民に対して行政、立法及び司法上のすべての権力を行使している」（琉球列島の管理に関する行政命令一万七百十三号）という状態であると規定されている。もともと、かゝる現象は

戦争により戦勝国が他国の領土を無制限に兼併することに批判的となつたがためらしい。従つて。租借地とは「仮装された領土割譲であるとさえされている（法律学辞典第三巻一六九二頁以下御参照）ゆえんである。かくて租借地、委任統治領、信託統治領、沖縄施政権地域等は、内国とも外国とも判然断言できないのが、その発生の本来の姿であると考えねばならぬ。我が国で、この種のことが現実に、法律的に問題となつたのは、日露戦争後の関東州の租借地というものができて以後のことである。しかも、その法律上の取扱が明定せられたのは、大正七年共通法の制定以後のことであると考えられる。従つて右法律六六号制定当時も現行刑法制定当時にも、未だ、共通法いわゆる「地域」なるものは、法律上存在していなかつた。

しかし、その後の事態は、共通法いわゆる地域相互間の民刑事法規の適用上通則を定めないと種々の不便殊に刑法第一条の「帝国内」と同第二条の「帝国外」の解釈上、立法的に解釈すべきであるとする理由も主要なる理由となつて、共通法が制定せられた。試みに右「帝国内」と「帝国外」の点についての当時の解釈を先例の一つとして引用すれば次の如くである。

「(六) 内地人カ刑法第三条ニ掲クル罪ヲ外国ニ於テ犯シタル場合ニ於テハ処罰スルモ、朝鮮、台湾ニ於テ同一行為ヲ為ストキハ行為者内地ニ在ルモ内地ニ於テハ処断スルヲ得ス、是レ刑法第一条ニハ刑法ハ帝国内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ストアリ刑法ハ朝鮮、台湾ニ施行セラレザルヲ以テ所謂「帝国内」トハ「朝鮮、台湾ヲ除キタル帝国内即内地内ト解スヘク、又刑法第二条ニ「帝国外」ニ於テ犯シタル者トアルハ「朝鮮、台湾ヲ除キタル帝国外」ニ於テ犯行アリタル者ト解スヘクシテ、即朝鮮、台湾ハ内地刑法ノ「帝国内」ニ非ス又「帝国外」ニモ非ス法律ノ効力ノ及ハサル地帯ト解スルヲ正当トスレバナリ（案第十三条参照）」とあるところを見ると（法学志林第二〇号八頁大正七年二月二〇日発行松村真一郎氏共通法ニ付テ御参照）、この種の解釈は「刑罰法規は厳格に解釈せらるべし」の原

則が遵守された事実並びに「帝国内」でもなく「帝国外」でもない地域の存在を、過去に於て、公に認めた事実あることの先例となるものである。

(ホ) 前掲した如く、合衆国の琉球列島の管理に関する行政命令によると合衆国が「云々の（沖縄を指す）領域及び住民に対して、行政、立法及び司法上のすべての権力を行使している」地域たる沖縄の領土権が、仮りに、日本にあるとしても或は潜在主権があるとしても、統治の全権力を合衆国に握られている沖縄を、また、そこに流通するドル貨等の流通は、全く日本の意思にも支配にも関係ない合衆国本国に於けるドル貨等の流通と、日本刑事法の適用上、特に区別し、若し沖縄に日本の領土権がなければ、合衆国本国のみの場合と同じく法律六六号を、また若し沖縄に有名無実にしても、領土権があればその事を以て刑法を適用しなければならぬ、何か具体的の理由が発見できるであろうか。何もない。たゞ領土権とか潜在主権とかの有無のみという、いわば空疎な一種の合理論にその根拠を求める以外に何も理由づける程のものは、現実には全くない。念仏信者は地獄行だが題目行者は救われるとする理論と選ぶところはない。関東州租借地の場合は、支那の主権乃至領土権下にありしことは沖縄の場合よりも、一層、明白であつたのに未だかつてこれを支那の内国であるとして取扱つたことはない。

そして共通法は、之を日本の内地としても取扱わなかつたと同時に、外国即ち支那の領土としても取扱はなかつたことは前述の通りである。つまり、沖縄を、刑法一四九条二項の意味から之を内国とすることも、法律第六六号の意味から之を外国とすることも、共に妥当でないことを示すものである。若し何れかに決する必要あれば、立法手続を経て之をなすべきで、解釈によつて、内外いずれかに属するとして強行することは刑罰法規の解釈を紊り法律なくして刑罰を科するものであり、憲法第三九条の要請を無視するものである。

(ヘ) 右(イ)(ロ)(ハ)(ニ)(ホ)の各資料を基本として、本件ドル紙幣と沖縄の関係を考える必要がある。

原判決が、本件所為を刑法第一四九条に問擬したのは、本件ドル紙幣は沖縄に流通するアメリカ合衆国の紙幣である。沖縄は日本の領土権の下にある。故に本件ドルは刑法第一四九条第二項にいう外国通貨等に当るというにある。

しかし、記録中、証人中川条約局長の証言する通り、沖縄は、ある法律関係については「内国」として取扱い、また、他の法律関係では、「外国」として取扱つている。行政措置としては、かゝる便宜主義的、政治的取扱も可能であろうし、許されもしよう。しかし、こと刑罰法関係に於ては、第一審の考方も、第二審の考方も、いずれも、いわゆる自由解釈（インタープリテイション）であつて、許さるべきでないことは、憲法三九条の解釈からきたる当然の帰結であることは、前述した通りである。あくまでも厳格解釈（コンストルー）をして、共通法制定をあえてした尊敬すべき先例に倣うものである。コンストルーによつてえられる結論は、沖縄は、刑法一四九条の内国でもないし、法律第六六号の外国でもないそのいずれにも属しない一種特別の地域であるということである。若しこれを強いて、その内外いずれかに属するものと認め刑を適用すれば刑罰法規を厳格に解釈しない違法と明白なる刑罰法規なくして刑罰を科する不法を敢てするものである。関東州その他を共通法で処理した先例にも反することとなる。

(ト) 第一点(一)の補足

弁護人は第一点(一)に於て、憲法第三九条が罪刑法定主義、類推解釈の制限及び法律不遡及の原則を宣言するものであると主張したが、仮りに憲法第三一条が罪刑法定主義を、三九条が法律の不遡及と宣言しているという一般的な見解をとつても類推解釈の制限原則は三一条乃至四〇条に綜合的に含まれるか又は三一条、三九条いずれかに含まれるものと考える。GERALD ABRAHAM'S ACCORDING TO THE EVIDENCE P. 131参照(CASSELL.LONDON)

本件の如き事件が、有罪とせられる虞のあるのは合理主義的哲学思想と目的論的刑法理論であると思うから、それに対する卑見を上申せん。

合理主義者は、或は一四九条第二項、法律第六六号第三条の存在が、あらゆる偽造等の貨幣の行使等を処罰する趣旨であるとする傾向にある。即ちこれらの法律に含まれる「法」は立法当時の経験に適合するばかりでなく、将来の新しい経験にも妥当するものである。若しこれを然らずとせんか、新しい経験（事実）の発生ごとに、免かれて恥なき徒を続出せん。かくの如きは社会の防衛、秩序の維持、犯人必罰の正義の実現を目的とする刑事法制の耐えるところではないというであろう。そして類推解釈こそがその武器である。しかし罪刑法定主義、類推解釈の制限、不遡及などの一連の原則は、少くとも、近代においては、基本的人権殊に自由（リバティ）の尊重ということの基礎の上に成立して来た観念である。

元来、合理論者は「真理そのもの」「法律そのもの」という一種の元行原則の存在を予定するが、之は誤りである。「真理そのものなどという全観念は、複数形の諸真理の事実から抽象せられたもので、ラテン語そのものとか法律そのものとかいうのと同様に重宝な概括句にすぎないことに気づかないのである司法官も時として法律そのものという言葉を口にし、教師もラテン語そのものという言葉を使つて、それらの言葉が判決とか単語や措辞法とかに先だつて存在していてこれらのものを厳密に規定しそれに従うことを要求するような本体を意味するものであることを聴者に考えさせようとする。しかしほんの少しでも反省をはたらかせてみると、法律もラテン語もそのような種類の原理などでなく、むしろ結果なのだということがわかる。行為が適法であるか違法であるかの区別も、話し方が正確であるか不正確であるかの区別も、人々が具体的な個々の経験を取り交している間にいつとはなしに出来上つたものであつて、信念における真と偽との区別にしても全く同じようにして成長してくるのである。真理は以前の真理に接木され、これを修正してゆく、それは慣用句が以前の慣用句に接木され、法律が以前の法律に接木されるのと全く同じである。以前の法律と新しい事件が与えられると、裁判官は両者を撚り合わして新しい法律を作り上げる。（因みに、

これが類推解釈である）。以前からの慣用句があり……するとわれわれの心は新しい真理を発見するのである。

それだのに、とかくわれわれは永遠なるものが進展しつゝある、すなわち、同一の以前の正義や文法や真理が、たゞ閃き出しつつあるのであつて、新たに作られつゝあるのではないと強いていゝたてる。しかし、ひとりの青年が法廷に立つて法律「そのもの」というお得意の抽象概念をもつて事件を審理しつゝあると想像してみるがよい。あるいは……そしたら、彼等はどれだけ前進できるか。彼らのいう真理も法律も言語も、新しい事実にちよつと触れたゞけで、もうきれいに蒸発し去つてしまう。真理も法律も言語も、われわれの歩みにつれて作られるのである。われわれのさまざまな正、邪、禁止、刑罰、語、形式慣用句、信念などは、歴史の前進につれて、次第に附加されて行く新しい創造物なのである。法律、国語、真理などは、歴史の歩みに生命をふき込む先行原理なのではなく、その結果をあらわす抽象的な名前でしかないのである」。（岩波文庫五七八二―五七八三ブラグマイテズム一七六―七）卑見で、前に題目と念仏に触れたが、之れも「合理論者の大きな弱点」で「単に或る種の抽象を讃嘆し、他の種の抽象を嫌悪する」（同上七四頁）ことを示すつもりである。吾々の尊重すべきことは、新しい経験（事実）が加つた場合、「われわれの理論は、すべての以前の真理と或る新しい経験とを媒介しなければならない」この場合、以前の法律と新しい事件を撚り合わして新しい法律を立法手続以外で作ることを許さないのが類推解釈の制限である。この場合には、必ず予め明白に罪刑を予告することを要請するのが人権保護の上から止むをえないと見るのである。本件の場合に於ては、内国、外国の外に「地域」を含めた三つの概念を立法的に再構成すべきであると主張するものである。社会防衛論がついには専断主義に赴くことは前掲ホールが五五〇―五五一頁に詳論述べるとおりである。

フェリー教授ですらが、ムソリーニをイタリヤへの神の贈物であると讃嘆した（五五一頁）などはその好例である。本件に於て我が憲法の真意を宣明せられんことを切望する。

第二点（経世平のみに関する情状）

仮りに、第一点の論旨が容れらないとしても、左記事由の存在は、原判決の量刑が著しく不当であつて、之を破棄しなければ著しく正義に反すると認められるから、原判決破棄の上、更に相当の御判決を求める。

(イ) 共犯者との刑の均合

関係被告人は、合計六名であるが、内三名は第一審に於て他の一名は第二審に於て、いずれも各刑の執行を猶予せられた。しかるに経世平と李沢畬の二名のみは、実刑一年六月の懲役に処せられた。

記録に現われた、他の被告人等の犯情その他の情状は、経世平のそれと、それ程重大な逕庭あるものとは認められない。殊に呉民芳とは取扱数量はいずれも二千二百ドルで何等の差違はない。利得に至つては呉と経の主張に多少の喰い違いはあるが、その供述の内容に徴すると、呉は経の主張金額四十四万円を、それ程多くはないと否認するのみであるに反し、経の主張は羽生から渡された二十七万円中の二十万円と、東邦物産株式会社振出の小切手により十万円と合計三十万円については証拠明白である。その余の十四万円については経は呉に対する貸金等の相殺によつて本件ドル貨の取引代金としたという趣旨を述べている。正確なる計数は兎も角として、経に全く利得なきか、少くとも利得なきに近いことは記録から認められる。

劉徳雲は経に渡すべき十六万円を全く渡さず全額自己に於て費消したに拘らず犯情等を認められ、刑の執行猶予を与えられたのは原判決はいかにも公正であるが、経被告人を実刑に処したのは之等の者（呉、劉等）との犯情その他の情状の比較衡量を誤つたものである。

(ロ) 出入国管理令第二四条によると同条所定の除外者の外は無期又は一年を越える懲役若しくは禁錮に処せられた者は本邦から退去を強制することができるし、事実実行されているようである。しかるに、経世平は記録にも明かな如く、大

戦中、日本軍に協力したかどにより共産中国に於て生活することには身の危険を感じ、日本に逃れた者である。従つて万一にも強制退去させられることになると生命の危険にまでさらされる虞がある。

更に同人は上告趣意書原本添付の参考書類が示す通り、昭和三五年七月一七日（届出は稍後れている原本添付戸籍謄本）中華民国留日横浜華僑総会会長薛来宏氏外一名を証婚人とし戸田医師を紹介人として結婚し各関係人が結婚証書に署名押印の下に日本人宇野伍郎（金融業）の女嗣子と結婚し、既に長男克明が出生し円満なる家庭生活を送つている。しかるに、原判決の量刑では、これらの平和多幸なる家族の生活は永遠に破壊されることが避けがたい。

(ハ) 生活は安定している。経は中国に於ても相当な家柄の出であり且つ武漢大学出身であるためもあるが、その人となりは極めて真面目で、それを宇野伍郎に見込まれてその女婿となつたこととなつたが、宇野の資金の後援と自己の努力により、その経営する利泰公司は趣意書原本に添付の計理士原田順三の利泰公司の収支計算書（弁護人に対する報告書）の示す通り昭和三六年七月一日乃至同三七年六月末日までの収支残額二千七百万余円の事業を営み毎月八万三千円（年間九九六千円）の店主勘定を可能としているのみでなく、日本人名義で共同経営する横浜市中区山下町所在富士薬房（薬、化粧品販売業）からの収入、月六、七万円を合算すると毎月十五万円を下らない安定した生活をしておることも御参酌を煩したい。再び罪を犯す虞は全くないものと考えられる。

第三点（李沢畬のみに関する情状）

左記諸事由の存在は、原判決の量刑が甚だしく不当であつて之を破棄しなければ著しく正義に反することを示すから原判決破棄の上更に相当なる御裁判を求める。

(イ) 李は元兇ではない。呉民芳の責任と逕庭あるものでない。詳言すれば、第一審が証拠とした被告人の供述調書による と、被告人は本件偽造ドル紙幣の売却方を、中国人知人陳国棟から頼まれたが、之を拒絶している。しかるに陳は、

自分がホテル住いなること、近く中国に帰ること等の理由で、該紙幣を半強制的に李に預けたのである。李が任意に預つたのではない。従つて、もとより、之を利用する意思は毛頭なかつた。この利用意思なかりしことは被告人が三十三年二月頃預りながら本件発生の九月頃まで全然預つたことさえ、忘れていた事実が有力に物語つている。たゞ残念ながら九月頃、生活に窮した結果偶然、本件紙幣が手許にあることを想起し孔、呉を通じて利用するに至つたに過ぎない。之を、本件偽造紙幣の話を聞いて直ちに賛成し、その行使方を実行に移した孔や呉よりも被告人の性情悪なりとは断じていえない。のみならず被告人は所持した総額八千ドル中、二回に呉民芳に渡した二二〇〇ドルの残部は、之を直ちに焼却した。これも措信することができる。してみると、孔や呉の責任と大きな逕庭なき犯情であるにかゝわらず、呉民芳及び孔令偉に執行猶予の恩典が与えられたのに被告人を実刑一年六月に処するのは不当である。

(ロ) 利得についても、呉の四四万円、劉徳雲の一六万円等に比すると必ずしも大きいとはいえない。この点から見ても原判決は不当である。

(ハ) 追放出入国管理令第二四条によると、無期又は一年を越える懲役若しくは禁錮に処せられた者は、本邦からの退去を強制することができる。記録中山崎の証言の通り、共産主義の反対運動に加つたため日本に逃れたため香港政府で遠久追放になつているから之を送還することは死刑の宣告にも等しい残酷なことである。

以　上

昭和三十七年八月二日付

一、添付書類及び写真等記載省略

昭和三九年(あ)第一六一号

判　決

本　籍　熊本県荒尾市荒尾九五〇番地

住　居　右と同じ

総評九州拠点特別オルグ員

遠　藤　長　市

大正九年七月七日生

本　籍　長崎県南高来郡加津佐町路木

住　居　右同所乙の九三〇七番地

農　業

田　中　守

大正一〇年三月一五日生

本　籍　福岡県大牟田市柿園町二丁目四六番地

住　居　同市入船町四五番地

無　職

藤　木　大　吉

明治四四年二月九日生

本　籍　福岡県大牟田市新勝立町二丁目二番地

昭和三九年一〇月二〇日判決　昭和三九年(あ)第一六一号

住　居　同市樂野一一一六番地　失対人夫　江　上　政　吉　明治三八年一一月四日生

本　籍　島根県簸川郡出雲大社町大字修理免一三八〇番地
住　居　福岡県大牟田市新港町六番地　三川鉱社宅一〇三棟　無　職　ムツ子こと　広　沢　ム　ツ　オ　大正一二年一一月一九日生

本　籍　鹿児島県大島郡与論村茶花一三八番地
住　居　福岡県大牟田市新港町六番地　三川鉱社宅九四棟　無　職　山　田　マ　ツ　大正五年四月一〇日生

本　籍　熊本県玉名郡長洲町九四三番地
住　居　福岡市大牟田市小浜町九七番地　順風寮内　漁　業　松　浦　厚　昭和一三年七月一八日生

右遠藤長市、田中守、藤木大吉、江上政吉に対する傷害、広沢ムツオ、山田マツに対する暴力行為等処罰ニ関スル法律違反、松浦厚に対する傷害、暴行、脅迫被告事件について、昭和三八年一二月二四日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人ら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

本件各上告を棄却する。

理　由

弁護人三浦久、同田代博之の上告趣意第一について。

所論は、違憲（二八条違反）をいうが、原判決は、第一審判決が判示した被告人江上政吉の傷害行為について、「かかる暴力の行使は労働組合員間の団結のための平和的説得の域を脱し、団結権の行使又はその擁護のための説得行為とは認められない」と判示しているのであつて、所論のように、いかなる具体的事情下においても刑事免責を認めないとしているのではないから、所論はその前提を欠くのみならず、原判決の肯認した第一審判決認定の事実によると、被告人は、ほか四、五名とともに、コークスの傾斜面に立つて貨車に左手をかけていた常松林の背後から、同人の右手を数分間にわたり、数回強く後方に引張り、よつて同人に対し、治療に約四週間を要する右肩右肘等捻挫の傷害を負わせたというのであつて、かかる被告人の所為が憲法二八条の保障する団体行動権の行使にあたるものといえないことは、当裁判所大法廷判決（昭和二二年(れ)第三一九号同二四年五月一八日、刑集三巻六号七七二頁）の趣旨とするところであるから、所論は採ることができない。

同第二は、単なる法令違反を前提とする事実誤認の主張であり、同第三は、事実誤認および量刑不当の主張であり、同第

四および同弁護人らの上告趣意補充第一の各第一点のうち、違憲（二八条違反）をいう点は、原審でなんら主張判断のない事項であり、判例違反をいう点は、単に判例に違反しているというだけでその判例を示していないものであり、同第四および同上告趣意補充第一の各第二点は、事実誤認の主張であり、同第四の第三点は、量刑不当の主張であり、同第五および同上告趣意補充第二の各第一点は、事実誤認の主張であり、同第五の第一点は、量刑不当の主張であり、同第六および同上告趣意補充第三の各第一点のうち、違憲（二八条違反）をいう点は、原審でなんら主張判断のない事項であり、その余は、単なる法令違反の主張であり、同第六および同上告趣意補充第三の各第二点は、単なる法令違反および事実誤認の主張であり、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。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三九年一〇月二〇日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　横田正俊

裁判官　石坂修一

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　柏原語六

裁判官　田中二郎

弁護人三浦久、同田代博之の上告趣意

第一、被告人江上政吉に対する傷害被告事件

原判決には以下に述べるとおり憲法の違反があり、又は憲法の解釈に誤りがあるから破棄さるべきである。

一、原判決の認定

原判決は本件について、

「被告人江上政吉は、常松、林が陳述書に署名しなかつたことに憤慨して、前示傷害行為に及んだものであつて、かゝる暴力の行使は労働組合員間の団結のための平和的説得の域を脱し、団結権の行使又はその擁護のための説得行為とは認められない。」

と判示し、被告、弁護人の主張を排斥した。しかしながら原判決の右判断は次の点において憲法第二八条の解釈適用に誤りがある。

二、違憲の具体的事由

(一)　「暴力の行使」は、いかなる場合も刑事免責を受けないか。

原判決の論旨によると、「暴力の行使」はいかなる具体的事情下に於ても刑事免責を有せざるが如きである。しかしこれは労働組合法第一条第二項但し書、憲法第二八条の誤つた解釈である。なる程、労組法には「暴力の行使」について特別な但書規定があるが、同規定の趣旨は、いかなる事情下に於てもおよそ、刑事免責を排除する趣旨でない

被告人　遠藤長市　外六名

ことは、以下の考察によつて明らかである。

即ち、力の行使が刑法上の違法性をもつためには当該行為が、労働法の規範的秩序を考慮しても尚且、高度の良俗違反をもつことが必要と考えられる。従つて、暴行の程度が、労働法の規範的秩序の保障する範囲内のものとして考え得る限り、刑法上の違法性を有しないというべきである。このことは多くの労働法学者の強調するところである。即ち「元来、争議行為は市民刑法規範の構成要件に該当したとしても、直ちに刑法上の違法性を認めるのでなしに、労働法規範の正当化機能を常に考慮しうる余地をもつている。ただ単に暴行を加へたという事実だけに着眼し、この事実に引きづられることによつて、労働法規範の正当化機能を不当に狭めることは許されない」（荘子邦雄、新法律学全集所収六九頁、同旨、熊倉武、日本刑法各論上一六六頁）と、ところで、判例（最高裁）も争議行為に於てなされた暴力の行使について、刑法三五条の適用を全部否定するものでない趣旨に解される。

この見地にたつ判例は板橋造兵廠事件（昭和二四・五・一八大法廷判、刑集三・六・七七二）である。尤も同判例は労組法一条二項但書追加前のものであるが同但書の規定の趣旨は但書追加前の旧法と実質的には変化がないのであるから、暴力の行使についても具体的事情上、正当行為として違法性が阻却される場合も充分あり得るものと解釈されるのである。

尤もその後の判例～日鉄輪西製作所事件（最高裁二五・七・六、一小判、刑資五五・一三二）、志賀工業生産管理事件（最高裁二八・二・二五、二小判、刑資一〇二・九七）等に於ては「暴力の行使」については全く、労組法の刑事免責規定の適用はない旨を明確にしているが、それらの判例の引用する前掲大法廷判決全部否定的ではないのであつて、引用自体矛盾なのである。ところで、労組法一条二項の但書は、争議行為等労働組合の行為であれば、暴力の行使される場合でも、正当であると広く解釈しようとした傾向に対し、これを是正抑止するために注意規定として付

されたに過ぎない（末弘氏「労働組合法解説」二〇頁）。従つて、右但書規定は暴力の行使はいかなる場合においても正当な行為とはならない旨を断乎として表明したものでは到底、ないのであつて、具体的事情によつては、社会通念上許容される暴力の行使もありうるというべきである。

その意味で、三菱美唄炭鉱事件について下された最高裁大法廷判決は、暴力の行使なるが故に直ちに違法であると断定しないで具体的事情を考慮し社会通念上、正当として許容される限度を越えない行為であるならば刑法第三五条の適用がある、とする趣旨に出るものであつて、正当なりというべきである。要するに暴力の行使の場合の争議行為の法律的評価は行為の外形が暴力に該当するか否かだけによつて直ちに下せるのではなく具体的事情をも評価資料としなければならないのである。争議行為の発展的課程、団結の維持、回復課程において生じた些細な行動、スト中、組合を脱退しようとした組合員に対して、これを引きとめようとするに際し、憤激の余り、組合員七、八名と共に口々に「この野郎、馬鹿野郎」と叫びながら、これを引き倒し、数分間同人の頸部、胴体を殴打足蹴にして傷害を加えた事件等についても、これを直ちに可罰的違法行為と即断することは厳に反省されなければならない。けだし「遺憾ながら我が国に於ける現在の労働常識としては争議行為中又は争議に接着して、この種の不法行為（註、有殴打行為等）の発生は通例の事態と考えられているものと云うべきであり、これをもつて当事者の予期しない異例に属する事態であると論じ去ることはできない。Tの提出した書面を見て、同人がストから脱落しさらに、スト切崩し運動のために来訪したものと、早合点し甚しく憤激したところは無理からぬところであつて一時の興奮と群衆心理に駆られ暴行の挙に出るに至つたもの」（国際自動車株式会社事件、東京地裁三〇・二・二六決、集六・一(2)）というべきだからである。以上によつてみれば、暴力の行為の故に刑事免責を排斥した原判決の判断が誤りであることは明らかである。

(二) 本件にかかる具体的事情は刑事免責の相当性を認めるに充分である。

(1) 被告人の責に帰すべき暴行の程度は微弱

原判決は本件について傷害を認定したが、松本医師の証言によつても明らかな如く、常松の一身的特殊な肉体的条件が傷害の結果発生の誘因となりかつ又、加療期間を長期化させているのであつて、その実質は単純暴行にとどまり、その程度も極めて軽微であることは一件記録上明白である。即ち、受傷の結果と長期化には少なからず、常松自身が責を負うべき相当なる情があつた、というべきである。

(2) 常松の背信的行為と非難の可能性は極めて強度であつた。

第一に三池労組の指名解雇反対にかんする斗争路線の決定は本件前の昭和三四年十二月九日の臨時大会に於てなされ、同大会は万場一致で、ストライキを含む斗争戦術の決定を中央委に附託したのである。組合員はこの決定に服する実践的義務がある。

第二、常松被告人の職場では（第二二分会、指名解雇十三名）この決定に従い指名解雇の撤回を要請する抗議署名活動を決定し、同分会では常松をのぞき全員、これに応じたのに常松一人は正当な理由なくして拒否したのである。常松のこの署名拒否は正当な行為であるか、それとも組合員としての義務に違反した制裁や非難に値する行為であろうか。もと〳〵労働組合の意思形成過程に於ては組合員はストの諾否について、自由に意思を表明し自己の信ずる方向に従つて行動を起すことが出来る。この段階では組合員は執行部の提案を批判する完全な自由を享有しているというべきである。スト反対の宣伝活動をする自由も保障されていると言つてもよい。しかし、そういう自由は討議ののち、いつたん多数決によつて組合の意思が決定されると、その瞬間から組合員の批判の自由は自動的に制約されて来ることになる。

かつての少数意見者も多数決による決定を尊重しなければならない新しい義務が出て来るのである。尤も組合の意思形成過程で違法若しくは不正当な要素が介在していれば格別（本件ではさようなことはない）しからざれば、民主的に決定された組合の斗争路線を忠実に実践する義務を組合員は負つているのである。ストライキで会社がつぶれるかどうかはスト権確立時に於て、多数決によつて既に解決された問題である。その後、特段の事情の変化もないのに自分の意思が多数決による組合機関の決定に反対だからと言つて、斗争の戦列から離脱し、決定違反の方向で行動するとすれば（本件常松の行為はこの典型例）それは反組合的利敵行為としての非難を免れないばかりでなく、組合規約違反の行為として相当な制裁に値いするものである。

常松の署名拒否、その理由開陳も拒否という反組合的態度は三池労組が斗争路線を確立して最も団結の必要性が強く叫ばれていた途上の出来事であつて、非難の可能性は恰かも戦時非常の場合における軍律違反が平常時の違反よりも重く処罰されるのと同じ論理である。

要するに常松の行為は組合の団結が最も強く要求された時期において団結をみだした重大な統制違反行為である。

従つて、被告人が署名拒否の不当であることを訴えて極力、誤つた観点に立つ常松の反省を促し、労働者としての本然の姿にたちかえつて統一行動をとるようくりかえし哀訴歎願したのにかかわらず、毫も反省の色を示さず、むしろ問答無用の態度に出た常松に対し、被告人が説得の実をあげようとして、本件程度の有形力の行使に出たとしても、それは叙上、諸般の事情上、まことにやむを得ない所為であつたというべく、同被告人の所為はその動機、手段、方法、程度、常松の態度、反応、特有の一身的事情、などをも相関的に考察し、さらには指名解雇の強行に端を発する争議全体の背景的事情（ストライキによつて対抗せざるを得なかつた）等を考えあわせれば同被告

人の本件所為をもつて可罰的違法行為となすことは相当でなく、憲法第二八条の労働基本権保障の精神にも反するといわなければならない。

原判決はこの点で憲法違反の誤りがありもしくは憲法の解釈、適用を誤つた違法があるので破棄を免れないものである。

第二、被告人田中守に対する傷害被告事件

原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認が存し、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する。

一、事実誤認について

原判決は、「被告人田中の右足には所論の如き損傷があるものの、受傷したのは既に昭和二二年一月七日頃のことであり、同年八月頃から引続き汽缶場作業に従事してきたものであることは証拠上、明らかである。

従つて、既に指の損傷は固定していると認められ、且つ同被告人が興奮して、俺の足をみろ、と言つているうち、突然早井の上腹部を該右足で蹴つたことも前掲証拠上明らかであつて、同被告人が二本の指を欠く右足で人を蹴る筈がないとの推測は事実と相容れないものである」と認定した。

二、しかしながら、原判決の右認定が著しく客観的事実を無視し、証拠をわい曲した独断であるかは記録上まことに明らかなところである。

第一に右原判示認定理由によると、足の指に損傷ができてから、本件発生まで、相当ながい年月が経過していることを前提として、既に受傷部が固定しているとみてさしつかえない、というのである。これは原判決のいわれなき独断というべきではあるまいか。なるほど時間の経過は一応、さような推定を可能にするものではあるがそれはあくまでも一応の推定にとどまり、客観的に明確に断定することは許されない。（とくにその推定と矛盾する証拠が存する本件に於

ては）少くとも身体のある部位が、受傷から時を経て、固定したと認められうるか否かは単に年月の経過により推論するにとどまらず、鑑定又は直接的検証等の方法によつて、客観的、科学的にそして具体的に明らかにすべきことである。

けだし年月の経過により外観的には治癒の状態に達しながらも病理的、神経科学的には年月の経過にかかわらず、治癒に至らず、感覚的不正常性、即ち、苦痛を自覚する場合が充分医学的にもありうることであつて、況んや、物体に接触することによつて、いつそう苦痛の反応化現象を惹起することも稀れではない。そのことは神経の鋭敏に反応する指先等が切断され後遺症として存するばあいに最も典型的である。

原判決が、叙上の見地に立たず、科学的、客観的評価を無視して、前記判断を行つたのは審理不尽であり、採証法則に違背する重大な事実誤認というべきである。

第二に、被告人の足の受傷部位が医学的、病理的には未だ固定せず、今尚、時とところに応じて自覚症状を有することは一審証拠調べに於て明かにされている。

田中被告は弁護人の主尋問に於て

問　坑内で落盤事故があつたあとは何をはいていたのですか。

答　長靴です。

問　足の指はどんな具合でしたか。

答　時々すびいて力が入りません。

と答えているが、年月の経過にかかわらず、長靴をはかなければ、足の痛みを緩和し、仕事に適する方法がなかつたことが充分うかがわれるのである。（諸林証言――一審）

同被告人が足の受傷を抱えているために、どんなに精神的にも苦痛を味わっていたかは早井、永松両証人（いずれも一審）に対する反対尋問に於て明らかである。

問 私が坑内から選炭係に職場転換をさせてくれ、と申出たことを記憶しておりますか。

答（早井） 記憶致しません。

問 その際、証人は、貴方は足が悪いからできぬだろう、と返事をしたことを記憶しておりますか。

答（早井） いいえ。

問 君は指がないから靴がはきにくいだろう、長靴の方がはき易いだろうと私に言つたことを記憶しておりますか。

答（永松） 記憶致しません。

右問答を通じ明らかなことは、被告人は受傷部の足が不自由なために、職場の配置がえを求めたり、長靴をはくことをすすめられたということである。なる程、早井、永松両証人はいずれもそれを明確に記憶していない旨、応答しているが、両証言はその故にこれを否定する趣旨に解すべきではないことは次の点から明らかであろう。

一つは両証人はいずれも会社、第二組合側の立場にたち、被告人の所属した第一組合とは対抗的関係に立つている、いわば敵性証人であること、二つは足の不自由な状態にあることは被告人本人が一番よく自覚しているところで、他人はそのこと自体を痛切に考え、記憶にとどめおく立場にはないこと等からみて、被告人本人の質問事実に、より具体的信憑性をおくべき充分な根拠があると考えられるからである。

要するに被告人の右足をもつては原判示認定の如き暴行に出ることは全く不可能であることを叙上の事実は優に推認させるものである。原判決の推論こそ、反つて事実と相容れないものであることを証拠は示しているのである。即ち、叙上の記録に示された証拠をもつては被告人の右足の損傷部が判示認定の如き傷害を発生させる程、固定していないこ

とを推知させるに充分である。

三、原判決は早井証言の信憑性を認める論拠として永松、諸林両証人の供述等をあげている。しかし原判決が説示するような両供述の解釈は供述の本旨を自己の結論に合致するように得手勝手にわい曲した非論理的説法であつて、採証法則に違反し、その結果、客観的真実を著しく誤認したのである。

第一に原判決は永松証人の供述中、自分は田中被告人が早井を蹴つたことにつき全面的に否定するというものではないという。

しかし、永松証人が右の如く思いかつ発言したときの具体的情況は以下に示す如く被告人が蹴つたことを実質的に否定する趣旨と解すべきである。即ち検察官の主尋問に対する永松証人の応答は

問 蹴らんでもよかろうもんとはどんな声で言つたのですか。

答 普通の声でした。

問 どんな顔をしていましたか。

答 記憶致しません。

問 蹴つたのを見たのですか。

答 いいえ見ておりません。

問 田中の足を見たのですか。

答 いいえ、見ておりません。

田代弁護人の反対尋問による応答では

問 足で蹴るという緊迫した空気でしたか。

答　わかりません。
問　早井の悲鳴をききましたか。
答　いいえ、きいておりません。
問　蹴つたあと、両名が口論したのですか。
答　いいえ、口論はありませんでした。
右問答の経過によれば、被告人が足蹴りをするような雰囲気でもなく、又、早井俊員が具体的に蹴られたことを合理的に首肯させるような状況は全く存在しない。むしろそれを否定すべき顕著な情況とさえいうべきである。さらに原判決は諸林証人の供述中、自分は早井の身体のかげでよく見えなかつたけれども被告人田中の足が早井の上衣に当つたようであるが……とある部分をもつて、被告人田中が早井を蹴つたことにつき全面的に否定するというものではないというのである。しかし、諸林証人の一審供述によれば、弁護人の主尋問に於て
問　足を差し出したとき、早井さんに足が当つたのを見ましたか。
答　いいえ、見ておりません。
問　早井さんの悲鳴をききましたか。
答　いいえ、きいていません。
問　足で蹴つたのですか。
答　蹴つたという感じはしませんでした。
というのであつて、二審供述中の「早井の上衣に当つたようであるが……」というのをもつて、本件傷害の結果発生の原因行為とみるのは論理的に飛躍があるばかりでなく不正な判断である。それは蹴つたという感じではなく、上衣程度

に当つたというのであつて、本件傷害とは無関係な未然の段階である。被告人は早井俊員の身体に打撃の目的で足を差し出したのではなく、「この足では他に働くところがないではないか、よく見てくれ」という趣旨で、見せるためにのみ差出したのであるから、諸林供述の実質的趣旨は田中被告の足が兇器として働いたことを全面的に否定するところにあることは、きわめて合理的な解釈であり帰結である。

原判決がこの理を解せず、早井証言を措信したのは採証法則を誤り事実を誤認した重大な違法があるものである。

第三、被告人松浦厚に対する傷害等被告事件

原判決には判決に影響を及ぼすべき著しい量刑不当が存し、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する。

一、原判決は被告人に対し、罰金壱万円を課したが有量刑は以下にふれる諸般の事情にてらすと著しく不当である。

㈠　行為の動機、背景には被告人のみに刑事責任を転嫁することが明らかに不当とさるべき相当な事由がある。

第一に本件は三池争議中、三池労組を脱落した第二組合員の反労働者的言動が間接的な誘因となつて発生した事件である。事件の発端自体はきわめて些細なことに過ぎない。しかし、被告人をして、一連の行動に起たしめた根源的意識の深層にあつたものは、裏切者に対する憤怒と憎しみの感情にほかならなかつた。労働者としての第二組合員に対する説得が穏和な手段によつて行わるべきことは望ましいことであり、この点からすれば被告人のとつた手段方法は行過ぎの感を免れないけれども、被告人が敢えてこのような手段に訴えなければならなかつた心情には少なからず、三池争議を弾圧した国家権力と資本、それに従属させられた第二組合の虚偽と不正に対する憎しみと抗議の感情があり、正義と秩序を維持すべき任務を有する法律観念上、宥恕すべき事情があるのである。これは、ほかでもない第二組合員の背信性、今次争議に於て果した反労働者的、反道義的評価についてである。

労働者と労働組合にとつて、しかも敵と対決中の戦陣にも比すべき争議中、団結と統一が最高度に発揮されねばな

らない斗いのさなかに自ら誓約した争議路線を抛棄し、脱落し、労働者の統一と団結に回復しがたい重大な損害を与え、しかもピケを破壊して、就労行動に出るという第二組合員の果した役割は、弁解の余地のない程、完全な暴力的スト破り集団であり、利敵行為者として、道徳的にも法律的にも社会的にも最大限に非難されなくてはならない。

指名解雇を撤回するために、三井資本の暴力と懐柔と誘惑に屈せず最後まで斗いぬいた三池労組員の一人一人の労働者の心情には、分裂主義者第二組合員に対する「許しがたい裏切者」としての刻印がある。それはもし第二組合員らが三井資本の別働隊として労働者の魂や肉体まで売らず、労働者、労働組合の統一と団結を守つて斗い抜いていたら、争議の終末はかならず違つた結果がでていたにちがいない——と確信しているからである。その后の事実もまたその確信が正しかつたことを証明した。それは昨年起つた三池大変災である。

第二組合が三井鉱山の完全な御用組合化し、三池労組を中心とした労働者の力——合理化に対決する力が弱まつたために、三井鉱山は労働者の命よりも石炭を掘ることに狂奔し、労働者の保安の要求を無視したために、実に四六〇余名の労働者の人命が殺されたのである。これは三井鉱山の否、対米従属の池田政府の非人道的合理化政策——高度経済成長政策の尊い犠牲である。

三池では三池労組と第二組合が統一して共斗できていたら、こんな無慈悲な惨酷な災害は発生する余地はなかつただろうと、訴え、かつ叫んでいる。

本件は第二組合員に対する以上のような評価をぬきにして、正しい量刑と裁判はできないと考える。被告人の抑えがたい心情には正義と秩序を命求した正当な根拠があり、行為の手段、方法、態様等犯情の評価に当つても徒らに行為の外形にとらわれることなく、叙上事案の大局と深い背景に立脚して判断されなければならない。

第二に、本件は職場活動家である被告人を排除するために、会社が第二組合と共謀して、不当に事件をつくりあげた疑いがあり、被告人はその犠牲に供された被害者である。本件は会社側から告発されていることはそのことを示す（のちに順風寮自治会の自律的秩序についてはふれる）。また、本件で被害者とされる牧野は事件后の翌日、自己の発意にもとずかず、第二組合幹部から、とくに指示されて、診断書をとらされた（牧野証言）というのであり、事件の推移および経過は牧野の手の届かない力によつて、政治的に急速に発展し拡大させられたのである。一連の事件のうち、十一、二日事件を理由にして、はやくも被告人の懲戒解雇の申入れが、会社側から組合側になされていることは、証人岩山喜久蔵証言によつて明らかである。会社側の事件のとりあげ方が急速で政治的であり、しかも、その処分の決定的重さは従前、同種の事例に前例をみない異常さであつた。（前掲岩山証言）会社側のこのような一連の出方は次のような狙いと意図によるのである。

即ち、三池争議が終結し、就労開始后は会社は中労委の就労条件の差別禁止協定をふみにじつて、三池労組員に対し、差別配役、組織介入、切崩し工作を行つてきた。千二百名の職場活動家が去つたあと、新しく育ちつつあつた職場活動家は会社側の合理化の強行には大きな妨げとなつた。そのため会社は、新しい職場活動家を挑発してはいろいろな口実をもうけ一方的懲戒解雇処分に附して、極力、三池労組員の職場活動家の差別と排除を行つた。その事例は頗る多い。（前掲岩山証言）そのやり方は徹底した武断主義であり、組合否認の思想と態度で一貫している。被告人が若くして職場の中心人物として組合員の信頼を集め、逆に会社側から、煙たく思われていた経緯等については証人高木、同吉田両証言で明らかである。被告人が偶々、飲酒酩酊の上、些細な殴打行為に及んだ一事を奇貨とし、被告人を企業の外に排除する政治的必要と利益に基いて（ちなみに被告人は民主青年同盟員で、会社は同盟員を嫌悪していた）本件を巧妙に利用したのである。（前掲岩山証言）

(二) 被告人は刑事責任以上の社会的制裁をうけている。

被告人は本件を唯一の理由として懲戒解雇をうけた。本件起訴の前に——である。

私的なトラブルを表面的理由に懲戒解雇というかたちの処分を強行した会社の真意がどのようなものであるかは既に述べたところであるが、真面目に会社の為に働いていた前途有為な青年である被告人にとつて、この処分は致命的である。なぜなら、「懲戒」という処分のゆえに退職金も支給されず、失業の巷の中で、雇つてくれる求人口もないのである。懲戒解雇という処分は、その者を社会的に葬り去る代名詞にひとしいのである。

無資力な農家に養子にやられた身分だから、実家も貧しく、炭を掘る技術しか他に技能もなく、労働力しか売る何物ももたない被告人にとつて懲戒解雇は「生存の拒否であり」「死刑の宣告」とその「執行」にひとしい。

これらのことは刑事責任以上のきびしく重大な社会的制裁である。刑事責任は社会的責任であるといわれる。そうだとすれば生存の拒絶にひとしい社会的制裁を、懲戒解雇という形式と実質でうけた被告人にこの上、罰金壱万円の刑事責任を問うことは果して正義と衡平の観念にてらし許容されるであろうか。否、断じて否である。なる程、懲戒解雇は民事責任であり、罰金は刑事責任ではある。しかし懲戒解雇は実質的に社会的責任である。社会的責任としての実質を有するとすれば、被告人は既に罰金壱万円以上の社会的償いと責務を優に履行してきている。この上さらに、更生の方途をめざし、無資力ながら、立ちあがりつつある被告人に壱万円の財産刑をもつて追打ちをはかり、国家刑罰権の名において問わんとするのは明らかに著しく正義に反する。資本主義国家の刑罰権は常に階級的司法であつてはならないことを厳に銘記すべきである。

(三) 順風寮の自治権と慣行を無視することは許されない。

本件は三池炭鉱の一寮内で、しかも若い寮生同志の間に起つたトラブルで、争議前に於ては寮内での寮生同志の喧嘩、傷害や盗難その他の非行、トラブルは寮自治組織の機関に於て、自治的な解決にまかされ、円滑に処理されてい

たのである。(前掲高木、岩山、吉田の各証言)それは寮生の人格形成のために良き慣習として存在し、自律的秩序が尊重され、外部からの干渉や介入が許されなかつた。このような問題解決のルールは、いわば社会的自主法としての規範的秩序であるから、国家刑罰権の行使にあたつても正当に尊重されねばならぬものである。

本件が本来的に不起訴——起訴猶予相当処分(他の情状とあいまつて)であるべき根拠は、とくに右の点にあるのであり、そして、本件程度、否、それ以上の傷害等の事犯について、従前、司直に告訴、告発になつたとか、況んや、起訴や懲戒処分に附せられたことは、全くなかつたものである。本件はこの意味で前例のない不当な政治的処分(起訴、原判決をも含めて)というべきであり、最高裁が不偏不党の立場にたち、活眼を開いて事案の実体を究明されんことを切に要望する次第である。

(四) 事件の程度は軽微である。

本件は数個の罪となるべき事実は羅列されているが、傷害の結果をみたのは一個にすぎず、それも初診一回のみで、その后、格別の治療を要せず、治療を受けた形跡もないこと、事件后、平常通り就労していたこと等(牧野証言、医師の証言)からすれば、加療五日間の傷害についてさえ頗る疑わしい。(ちなみに会社側の医師の診断する加療日数が作為的な傾向をもつていることは、記録上、容易に推認できる)傷害以外の殴打暴行、脅迫等については、現象的行為としては、この年代によくありうる同士的口論、喧嘩の類いに過ぎず、とくに罪となるべき事実として国家刑罰権の対象とする程の反社会的行為ではあるまい。

数箇の事実が一連の事件として発生したのは、一つは被告人の意識の深層に於て、会社の手先となつて労働者を裏切つた第二組合員に対する、うつ積した憤まんの感情が爆発した結果であり、第二は牧野の態度が些か傲慢不遜であつたこと、第三は会社側の政治的な懲戒解雇処分の強行に起因するものであつて、これらの要因が偶々、連鎖的に事

件を生んだにすぎず、世にいう「お礼参り」的犯情悪質な行為と判断さるべきでないことは以上述べた点から明らかと信ずる。

被告人には「お礼参り」的性癖や悪性もないことと、なんらの反社会的経歴もないことは被告人の一身的情状にてらし、記録上、明らかなところである。

要するに原判決は明らかに著しく量刑不当であり、これを破棄しなければ正義に反すると思料する。

第四、被告人遠藤長市に対する傷害被告事件

第一点　原判決は憲法第二八条の解釈適用の誤りがあり、労働組合法第一条二項本文の解釈について最高裁の判例と相反する判断をしている。

原判決は被告人遠藤長市が新開平彌に対し暴行をふるつた事実を認定した上、労組法第一条二項本文の適用を排斥して控訴を棄却しているが、仮に原判決認定の程度の有形力の行使があつたとしても、当時の三池争議の状況、三井鉱山株式会社の三池労組に対する組織破壊行為の数々、新開平彌に対して抗議したときの状況等、諸般の事情を考慮すれば、被告人の行為は正当な組合活動として労組法第一条二項本文、刑法第三五条により違法性はないといわねばならず、原判決は、争議行為の正当性は諸般の事情を考慮して判断しなければならないという最高裁の判例に違反していて破棄されるべきである。

第二点　原判決は判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認がある。

第三点　原判決は刑の量定が著しく不当である。

第五、被告人藤木大吉に対する傷害事件について

第一点　原判決は判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認がある。

第二点　原判決は刑の量定が著しく不当である。

第六、被告人広沢ムツオ、同山田マツ

第一点　原判決は憲法第二八条及び労組法第一条二項本文の解釈、適用を誤つている。

本件は諸般の情況を考慮して判断すれば、正当な団体行動であることが明白であるにもかかわらず、原判決は労組法第一条二項の適用を排斥したのは憲法第二八条の解釈適用を誤つたものであり、破棄を免れない。

第二点　原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認がある。

以　上

（昭和三十九年三月十二日付）

弁護人三浦久、同田代博之の上告趣意補充

第一、遠藤長市に対する傷害被告事件

第一点　憲法第二八条の解釈適用についての誤りについて。

「暴力の行使」も刑事免責を受け得る場合もあることは、三月一二日付上告趣意書第一、二の項で詳細に述べたが更に言及すれば、刑法第三六条、第三七条は刑法各則の抽象的刑罰規定に該当した行為を評価する場合に総て適用になる。したがつて、刑法二〇八条、同法二二二条の行為を評価するについても適用になるのである。

そうだとすれば、刑法各則の刑罰法規該当行為については同じく違法阻却事由である刑法第三五条も適用されなければならない。

特定の行為についてだけ、刑法第三五条の適用を禁ずるということは理論的に出来ないからである。刑法第三五条を或る特定の行為に適用しないということは市民法の解釈としても正当でない。ましてや、諸般の事情を考慮してその正当性を判断しなければならないとされる争議行為については猶更である。

「暴力の行使」即違法というのであれば、刑事免責を規定した憲法第二八条に違反していると断ぜざるを得ない。何故なら暴力の行使も、他の争議行為と同様、労働法的観点から諸般の事情を考慮して、その正当性が吟味されなければならず、その結果、正当な有形力の行使ということも有り得るからである。

構成要件に該当した争議行為は総て正当な争議行為かどうかを吟味した後、正当な争議行為であれば労組法第一条二

被告人　遠藤長市　外六名

項、刑法第三五条によつて免責されるのである。

これが憲法第二八条の正しい解釈である。

ところが原判決は、遠藤被告人の新開平彌に対する暴行行為だけを認定して有罪の判決を言渡しているが、これは明らかに団結権保障の憲法第二八条に違反しているといわねばならない。

第一審弁論要旨で詳細に述べたような状況下で、この程度の有形力の行使は、正当な争議行為として評価されるべきである。

第二点　原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり破棄されなければ著しく正義に反する。

一、遠藤長市は新開を殴つてはいない。

遠藤長市は、三川支部第十二分会長であつたが、職場活動を理由に昭和三四年四月一六日懲戒解雇になつた。いわば今次争議にからむ懲戒解雇第一号であつた。三池労組では同年四月二五日遠藤分会長解雇撤回のためにスト権を確立し、五月二日に一時間五〇分の時限ストを行なつた。

五月十一日の三鉱連第十四回定期大会では遠藤長市の解雇に対して三鉱連六山が結束してたゝかいぬくことを決定し、遠藤長市は炭労二〇万人の注目の的になつていたのである（灰原調書）。

繰返し述べて来たように、今次三池争議の中心的課題は職場活動家の排除にあつた訳であり、三井鉱山の首切り合理化に反対する斗いは、労働者の生活と権利を守ろうとする日本の全労働者の斗いとして発展した訳であるが、事件当時である十二月には既にその体制は着々として整いつゝあつた。

十一月十九日、二十日の総評臨時大会では炭労支援のため、月五十円カンパが決定され、三池の職場斗争は注目の的となり遠藤長市は全労働者の注目の人となつた。

このような立場にある人が、いたずらに暴力をふるう筈がないのである。

刑事弾圧によつて三池労組を破壊しよう、骨抜きにしようという会社のたくらみは、遠藤は充分に知り過ぎる程知つていたのである。

三池労組も極力、暴力をふるわず、統制ある行動をとるよう指示していたことが大橋証言でも窺うことが出来、このような組合指示に違反してまでも、遠藤長市が暴力をふるわなければならないような切迫した事情は何もないのである。

遠藤の立場、組合の指示等からして、遠藤が大した問答も交さずにいきなり新開を打つたという証言程、不自然不合理な証言はない。

検察官は遠藤が首切られた私憤をはらしたと述べているが、事件は遠藤が解雇されてから八ケ月も経過しているのであり、且つ、炭労、総評参加の労働者の斗いとして、遠藤問題は斗われていたのであつて、遠藤が私憤をはらした等ということは到底考えられない。

大橋証言によれば、遠藤がいきなり「こん畜生」と云つて殴つたというが、大橋証人は会社からの依頼によつて、証人になつた人であり（大橋証言）、その証言は勢い、上司である新開証人の証言に迎合的な証言にならざるを得ない必然性をもつている。

「こん畜生」と云つて殴つた等と云つているのは大橋証言だけで、本人の新開すら述べていない。このような「おまけ」まで附加していることは、この間の事情を物語つている。

益田、林両証人の証言によれば、遠藤は「こつちを向かんか」と云つて、新開の顔に手をかけたことは認められるが、遠藤が殴つたという状況は認められない。

遠藤も新開が林、益田の話に応じないので、顔を遠藤の方に向けさせただけだと供述し、益田、林の証言に符合している。

新開の証言によれば、当夜、新開は可成りの恐怖心を抱いていたことが窺われ、その恐怖心のために、一寸手口が触つた程度のことを、針小棒大に感じとり供述していると解するのが証拠上相当である。

二、新開は全治十日間の傷害を負つていない。

野元医師作成の診断書によれば、新開が十日間の顔面打撲症を負つたとの記載があり且つ、それに沿う野元証人の証言があるが、同証人の証言は故意に遠藤というより三池労組に不利益に証言しているのであり、その信憑性は全くない。

「どんな場合にこのような傷ができるのですか」という弁護人の質問に、同証人は「平手で殴つた場合もあり得ます」という証言をしている。平手で殴つた場合だけに出来る傷であるなら、この答弁でもよいであろうが、数多くある原因の中から遠藤が叩いたとされている。

平手でも出来ると指摘したことは、聞かれていないことに対して答えたことであり、同証人の事件に対する利害、偏見を示している。

又、平手で殴つたとされていることを証人が知つているものと思つて、弁護人が診断の際、受傷原因を聞いたかと質問したのに対して、全然聞いていないという嘘の証言をしている。健康保険の診療のときには必ず受傷原因を聞くことになつているのであり、当然野元はそれを聞いている筈である。又、受傷原因を聞いたのに対し突然、平手でも出来るという答は、野元が平手で叩いたということを知つていなければ出来ない答弁である。

野元証言の信憑性はこの一事で完全に失ついしている。

又、腫脹を除いては全部本人の自覚症状であり、本人の訴えに基づいての記載であり科学的判断とは云えない。

それでは腫脹はあつたか。野元証人は顔が腫れていた。その腫れは中程度であつたと述べ、中位とはどの位かという問に対して、はつきりわからないと述べている。カルテの記載には何処にも中程度の腫脹等と書いてはない。中程度の腫脹だと証言出来るのなら、それがどの位の腫れであるかも証言出来る筈であるが証言を拒んでいる。

同証人はカルテ記載以外のことは解らないと述べて、弁護人の質問を封じておき乍ら遠藤に不利益なことは、カルテにないことでも思い出して証言している。

中程度の腫脹なる証言が如何に口から出まかせのでたらめな証言かということが良く解る。中程度と云つたのは小程度と証言出来ないため証人の事件に対する利害関係からそう云つたに過ぎないのである。

又、口の中も切れていなかつたし、青くも赤くもなつていないような状態で、仮に少し腫れていたとしても、それが全治十日間も要する傷害だなどということは常識上到底考えられない。新開も軍隊で殴られるよりも痛くなかつたと述べている。

平手で僅か二回叩いただけで、全治十日の傷害だなどということは日常生活上の常識を甚しく逸脱していると云わねばならない。

野元医師は長く三井病院に勤務して居つたので、事件に対して一定の利害関係を有しており、このため前述の如き偏見に充ちた証言をしているのであつて、その証言は中立公平な医師としての科学的発言とは到底認めることは出来ない。

第二、被告人藤木夫吉に対する傷害被告事件について。

第一点　原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり、破棄しなければ著しく正義に反する。

原判決は第一審判決をそのまゝ認定している。

本件において、被告人側の目撃証人は誰も存在せず、総て被告人藤木と利害相反する会社側の証人即ち検察官側証人のみによつて、事実の認定がなされ、被告人の供述は全く信用されていない。

藤木大吉の供述が被告人なるが故に信用されないとするならば問題である。その供述の信用性は、被害者ら証人の事件に対する利害関係及びその供述内容等と比較検討して始めて確められるのであつて、被告人の供述なるが故に排斥されるべきでない。

しかるに検察側証人は総て、職員及び第二組合員である。彼らの証言当時の三池労組と会社との関係はどうかと云えば、会社は三池労組の組織切崩しに狂奔していたときであり、三池労組と第二組合との労働条件を差別することによつて、三池労組員に対し第二組合加入を勧誘し、三池労組の組織攻撃を強化していた時期である。

職員は、この会社の意図を実現すべく第一線で、三池労組員に働きかけていた人達であり、第二組合も、自己の組織拡大のために会社、職員と手を結んで、三池労組に対する組織攻撃を続けていたのである。

このように完全に相対立した関係にある人達が、被告人藤木のために客観的な真実を証言できるとは到底考えられない。

被告人藤木大吉の供述こそ信用すべきである。藤木供述によれば、藤木大吉は事件当日指名解雇勧告状を受けとつてその理由を一言聞くために自分の直接の上司である中野信幸を保安室に訪れたのみであつて、何ら中野に対して暴行をふるつてはいないのである。

被告人藤木が中野に対して暴行をふるつたと認定した原判決は重大な事実誤認があるというべく破棄を免れない。

第三、被告人広沢ムツオ、山田マツに対する暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件について。

第一点　原判決には憲法の建反がある。原判決は、被告人両名の暴力行為等処罰法該当の事実を認定した上、労組法第一条二項、刑法第三五条の適用を考慮することなく控訴を棄却し第一審の有罪判決を維持しているが、これが憲法第二八条の解釈を誤つているものであることは前述したとおりであるが、更に本件の被告人両名の行動が正当なものであつたかどうかについて述べる。

(一)(イ)　本件発生は、三月二七日第二人工島事件、三月二八日三川鉱事件、三月二九日久保刺殺事件と第二組合の就労をめぐつて、第一、第二会社が血なまぐさい対立を呈していたこと。

(ロ)　第一、第二組合の統一が緊急の用務とされていたこと。広沢、山田らの行為はそのための行動であつたこと。

(ハ)　野田絹子が終始沈黙していたため、若干、野次等がとんで険騒になつたこと。

(ニ)　広沢が代表として、終始統制をとりながら説得、抗議を行つていたこと。

(ホ)　時間が非常に短時間であつたこと。

(ヘ)　警察の立会の下で、いわゆる許可を受けての行動であつたこと等を考慮すれば、広沢、山田の行為は第二組合、会社の態度、野田絹子の態度に対する対抗上やむを得ずなされた行為であり正当な団体行動と云うべきであつて、この程度の行為は、野田、青柳において容認ずる義務があるのである。

したがつて、両被告人らの行為は労組法一条二項、刑法三五条の適用をうけ違法性を阻却されるべきである。

(ニ)　主婦会の行動に労組法第一条二項の適用がある。労働組合員以外の第三者の行為は次の要件を満す場合には刑事免責の対象になるといえよう。

(イ)　その団体、又は個人が当該労働組合と従来からその構成、目的、地位において共通し、あるいは密接な関係にあること。

(ロ) 当該労働組合の指導指揮のもとにその目的を達成するための行動であること。例えば組合書記が組合員でない場合も、組合の行動に参加したとき、それが刑事免責を受けるのは当然であろう。

三池主婦会は三池労組の指導のもとに結成された団体であり、その規約上からも、常に三池労組の斗いを支援しその目的構成において、密接不可分な関係にあることは明らかである。それは労働組合ではないが、労働法的評価においては労働組合と同視すべきであり、労働法第一条二項の刑事免責の適用を受けるべきであると解する。

（尚、柳川他、全訂判例労働法の研究九九八頁は組合員以外の者でも、組合指揮下で行動すれば、争議団体の構員となるであろう、とする）

第二点　原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があり破棄されなければ著しく正義に反する。

原判決は「広沢ムッオ、山田マツの両名が、他の主婦会員数十名と共に、……野田克彦方に押しかけ……右庭に降り立つていた姙娠九ヶ月の野田絹子及びその実母青柳フヂヨの両名を取り囲み、同女等に対し、多衆の威力を示して交々『裏切者何しに来たか』『謝れ』『謝らんと帰さんぞ』『裏切者の子供は不具者しか生れるものか』等と四周から怒鳴りつけ、……その身体及び行動の自由に対して危害を及ぼすやも知れぬような気勢を示し、もつて多衆の威力を示し数人共同して同人等を脅迫したものであると認定した。

右の主婦会員の発言のなかで、脅迫文書と受けとれるのは、行動の自由に対する危害と思われる発言「謝らんと帰さんぞ」だけであり、他の発言は強いて言えば「多衆の威力」の内容であろう。それで広沢、山田マツが「謝らんと帰さんぞ」と云つたかどうかを検討してみる。

山田マツが右の如き脅迫文言を発したという証拠は何処にもない。野田絹子証言によつても、山田マツは「何んのほんな子ができるか、裏切者の子やけん、ろくな子はでけん」と云つたというに過ぎないのである。

広沢ムッオはどうか。野田絹子証人は「広沢が『謝れ、謝らんなら帰さんぞ』と云つた」と述べているが、この証言は検察官の極端な誘導尋問によつてなされたものであつて、証拠としての価値は全く存在しないといわねばならない。「広沢が『謝らんなら帰さんぞ』と云つた」と云う証言が出て来るまでの経過はつぎのとおりである。

主尋問では、野田絹子証人は、広沢ムッオの発言として、「裏切者の子が生まれてもなんの良か子ができるか云々」「なんのほんな子ができるか云々」「この人がお母さんげな、親も親云々」の発言だけだと云つた。反対尋問でも「謝れ、謝らんなら帰さんぞという声は周囲の人から出たので誰が云つたか知らない」と答えている。検察官の主尋問でも最初は「周囲からで誰が云つたのかわからない」と答えていた。

しかし、「周囲のデモ隊の中には広沢、山田も入つているんですよ」とさも広沢か山田と云えと云わんばかりの誘導尋問によつて、ついに「広沢さんも勿論云われました」という証言になつたのである。野田絹子証人は自分が広沢ムッオ、山田マツ両名の刑事々件で証人となり、両名の言動について証言をしに来たものであることは充分知つていた筈である。何故なら、警察、検察庁で広沢ムッオ、山田マツの言動について供述し、それが原因で両名が起訴されているからである。その野田証人が、広沢、山田の行動について聞かれ乍ら、再三に亘つて「『帰さんぞ』と云つたのは誰かわからない」と述べたとすれば、その供述こそ信用すべきではなかろうか。

弁護人は「帰さんぞ」という声が出たことはあり得べきことであり、敢えて争わないが、それが広沢ムッオから発せられたものであるということは強く争う。広沢ムッオの供述も、このことを強く否定しているのである。

野田絹子証人が突如として「広沢さんも勿論云いました」と証言したのは、記憶を喚起したからではなく、広沢と云いなさいといわんばかりの検察官の強い誘導によつたからであると解するのが相当である。

事実、大衆行動の際、指導者は秩序正しく行動し、周囲がその指揮者を信頼するが故に若干野次馬的発言をするとい

うのが実状だからである。

以上考察して来たように、広沢、山田両被告人は何ら脅迫的文言を発していない。それにもかゝわらず、右両名が他の三池主婦会員と共同して脅迫したと認定した原判決は、重大な事実誤認があり破棄を免れない。

次に、「帰さんぞ」と云つた被告人両名以外の主婦会員と被告人両名との間に脅迫行為について共謀の事実が存在するかについて考えてみる。全証拠を検討しても、そのような共謀の事実を立証する証拠はない。ただ現場に一緒にいたというだけである。

多勢の人が説得抗議の目的で集り、説得活動をしている際、そのなかの一部の人が脅迫的言辞で野次つたとしても、現場で説得抗議をしていた全員がその野次に対し責任を負うことにはならない。それだけでは共謀の立証にはならないからである。

検察官は、広沢が野次を制止したかどうかを問題にしているが、犯罪を制止しなければならない法律上の義務は存在しないし、又、制止しないからといつて、直ちに共謀が認められる訳のものでもない。

以　上

（昭和三十九年四月八日受理）

昭和三九年(あ)第八八一号

決　定

本籍並びに住居　滋賀県犬上郡甲良町大字呉竹二四八番地

土建人夫

治三吉こと

内　田　次　三　吉

昭和一〇年一二月一六日生

右道路交通取締法違反、重過失致死、重過失傷害各被告事件について、昭和三九年四月一日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人世良琢磨の上告趣意第一点の(A)は、原審の弁護人が被告人の勤務していた会社の顧問弁護士で、被告人と利害相反する立場にあつたため、検察官の控訴趣意に対して反論し、弁証するなど被告人の利益のために活動しなかつたことを前提として、このような弁護士は、憲法三七条三項にいう資格を有する弁護人に当らないから、原判決には憲法違反があるというのであるが、所論のように原審弁護人が被告人の利益のために活動しなかつたものとは認められないから、所論はその前提を欠き、同第一点の(B)、(D)は、違憲（三一条違反）をいうが、その実質は単なる法令違反の主張であり、同第一点の(C)は、違憲（三八条三項違反）をいうが、同条項は、犯罪事実の認定について補強証拠を必要としているものであつて、情状

に関する事実についてまでこれを必要としているのではないから、所論はその前提を欠き、同第二点は、事実誤認の主張であり、同第三点は、事実誤認ないし単なる法令違反を前提とする量刑不当の主張であつて、何れも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三九年一〇月二〇日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　石　坂　修　一

裁判官　五　鬼　上　堅　磐

裁判官　横　田　正　俊

裁判官　柏　原　語　六

裁判官　田　中　二　郎

昭和三九年(あ)第八八一号

弁護人世良琢磨の上告趣意

第一点　原判決は憲法違反があり、その違反が判決に影響を及ぼすことが明かであり、原判決は破棄されなければならない。

理　由

(A)　憲法第三七条第三項には「資格を有する弁護人」とあるが、これは形のみ弁護士であつても、真に弁護人たるの実を備えないものをさけて、もつて個人の自由の擁護を国政の基範とする憲法第一三条の精神の実現を期する為に、被告人の利益の為に真実に活動する弁護人を期待しているものである。』さて原審に於ける弁護人は被告人の雇用者であり、又本件自動車事故の民事責任を負うべき立場にある株式会社金沢土建の顧問弁護士であつた。而して右会社は人件費を節約する為に、夜間の土砂運搬は自動車運転免許証のない者を集めて右運搬車の運転に当らしめていたものであり、被告人に対してもその無免許であることを知りながら、偶々彼が自己使用の人夫であることを奇貨として之れに運転を命じたのである。本件事故はかくの如くにして被告人が会社のこの業務に従事中に起つたものである。而してこの事故が起るや、会社はその民事責任を恐れ、又無免許者を運転者として使用した刑事責任を恐れたものか、被告人が事故発生の直後、これが報告に併せてその指揮を仰ぐべく社長を訪ねた際、社長は被告人に対して、右は業務外の運行中に生じたものの如く事実をまげて供述すべきことを命じ、之れと交換的に、被害者に対する宥談、弁償等一切のことは会社が代つてなすべしと約束したのである。当時被告人は右社長に対して、ここに書記することを憚からざるを得ざる地位にあり、且つ未亡人なるその母も亦この会社の飯炊き女として漸く糊口をしのぐ実情にもあつた為に、この社長の命令を

被告人　内　田　次　三　吉

拒むことを得ず（期待可能性）社長から示されたまゝ偽わりの供述をしたのである。

被告人は原審判決后世良弁護士を訪ねて直ちにこの事情を訴えたのであるから、原審弁護人も亦この実情を察知し得たはずである。

然るに原審弁護人はその会社の顧問として被告人と利害相一致しない立場にあつた為か、検事が控訴趣意書に於て、被告人の運行がその責務上のものではなくて、全く自個の恣意に出で、会社の業務外のものであつたことを強調し、それ故にこの緊急性も必要性もないこの運行による事故発生に対しては厳罰を科すべきであると要請したのに対して、弁護人は少しもこの点につき反論、弁証しなかつたこと記録上明かである。

してみれば、原審に於ては資格ある弁護人があつたが如き体裁にはなつていたけれども、実は資格ある弁護人は無かつたのである。

原審に於て前記の如く無免許者を集めて運転に当らしめた事実並びに被告人についての期待可能性の問題等が明かにされたならば、必ずやその判決は別の決論となつたに違いない。

原審はこの私選弁護人の選任事情を知らなかつたには相違ない。しかし、だからと云つて、原判決の推移かくの如くである上は、原判決をこのまゝ維持して、個人自由の擁護という憲法を貫く大精神を見失うことは許されない。

(B) 憲法第三一条は科刑は法定手続によるべきことを求めている。従つて而して刑事訴訟法第三九二条は、控訴趣意書に包含された事項は必ず調査すべきことを要めている。

(イ) 前記の如く検事はその控訴状に於て、被告人の行為には緊急性も必要性も無かつたということを強調して、第一審判決の軽きに過ぎることを主張しているのであるから、而して原審判決はこの主張に耳を藉して、第一審判決の執行猶予を禁錮刑に改めたのであるから、右の点については、仮りに法規が要めていなくとも、原審は充分な調査と判断

とをなすべきものである。ましてかかる法条のあるこの際にはこれを怠ることは許されない。然るに記録はこのことの無かつたことを示している。

(ロ) 検事の控訴趣意書は又、被告人が被害者に対して充分な誠意を示していないことを指摘して重刑を求めている。

原審はこの点について僅かに被害者の遺族だけを調べている。而もその記録中には、被告人に代つて会社の者が色々と誠意をつくしたことについて遺族は感謝している事実、及び被告人は弁償金をもつて遺族を訪ねたけれども、遺族は応答しないで被告人を追返した事実が記されている。これらは検事の控訴趣意に対して反対の事実を提供しているのに原審は看過している。

又、被告人は昭和三七年六月二五日京都地方検察庁に於て「金沢土建の方で一切示談をしてくれました」と供述しているのだし、又京都地方裁判所公判廷に於ても、「誠意ある行為をしたいと思つたけれども、会社が之れを無用なりとした」と述べているのだから、控訴趣意書がそれを然らずとして主張するのであれば、原審としてはその会社の関係者を訊問する等この点を明かにし得る方法は色々あつたのであるから、第一審よりも重刑を科するというこの場合には、これについての調査を充分にすべきであつたのに、それらを一つもしていない。もちろん原審としては種々手続、方式を提示して弁明し得るのであろうけれども、それらは憲法の基本的な要請と国民の健康な正義感の追求とを排除し得るものではない。必要性のなかつたことを特に強調しているが、それの無かつ

(C) 前記の如く控訴趣意書は、この自動車の運行が緊急性、たことの証拠は唯に被告人の自白だけである。

だから原審は、その然るや否やにつき、例えば会社の帳簿上被告人の作業記録其他を検討するとか、会社の関係人を訊問するとか（現に被告人の同僚はこの点の証言が出来ると云つている）、又記録によれば、被告人が社員「オノ」さ

んをその下宿先に送るべく運転したとなつているのであるから、その「オノ」を訊問するとか、充分の手続をすべきであるのにも拘らず、一切これをしないで、唯本人の自白のみによつてこの検事の主張に同調した判決をしている。

この点は憲法第三八条第三項に違反する。

(D) たとえ弁護人からの請求がなくとも第一審判決よりも重い刑を科する場合は職権で事実の取調をすべきが刑事訴訟法第三九三条の法意である。にも拘らず、原審は之れを怠つて個人の自由についての憲法の要請を充分に果していないのである。

第二点　原判決は之れを破棄しなければ著しく正義に反すると認められ、判決に影響を及ぼすべき重大なる事実の誤認がある。

理　由

(イ) 前記の期待可能性の問題及び緊急性、必要性の問題並びに、

(ロ) 被害者に対する誠意の問題、

については原審判決には重大な事実の誤認がある。その大要は既に述べた各項に於て示してあるから繰返さない。

第三点　原判決の刑の量定は甚しく不当で、これを破棄しなければ著しく正義に反する。

理　由

(A) 本件自動車の運行については期待可能性の問題があること前記の如くである。

(B) 被告人は死亡者を遺棄したという検事控訴の判断に基いて原判決は第一審判決より重い刑を科したが、遺棄の確証はない。現に記録はこの後に被告人に非ざる金洋一によつて轢殺された者が、被告人との衝突のとき一旦は倒れたが寸時にして起き上つたことそれ故に被告人は安心して立去つたことを示している。

(C) 致死の責任を被告人が負うべきか否か、相当因果関係如何の問題がありこれは第一審に於て弁護人は争つているものである。現に記録は、現実の轢殺者金洋一運転手が注意して運転すればこの轢殺は起り得なかつた事情にあつたことを明かに示している。

これらの不安定な諸点を綜合的に判断すれば、第二審に於て急遽第一審の執行猶予を破棄して禁錮刑を科するということは早計に過ぎる。

(D) 仮りに右の諸点については一切問題がないとしても、被告人の家には未亡人にして現在は病弱の為に働きも出来ない老母と乳児をかかえた妻とがあり、住家は動物小屋にも比すべき類のものであつてみれば、この被告人の禁錮は直ちに一家の死を意味する。

(E) 又被告人は真面目な青年で就業熱心であつたこと、その雇主の証言の通りであり、又前科のない者であることや、温良、純情の者であつて、前非を悔い改心を努めていることは法廷に於ても判断し得られた者であるから、第一審に於ては執行猶予としたと考えられるが、かかる者を第二審に於て禁錮刑に処する行刑上の必要はないのである。たとえ刑罰法規に該当しても行刑の必要のない者に科刑することは「残虐」ではないか、という憲法案審議の議会に於ける牧野英一氏の質問に対して、政府を代表して司法大臣は明瞭に「然り」と答弁しているのである。

以　上

（昭和三九年六月一日付）

昭和三八年(あ)第一五一一号

判　決

本　籍　石川県加賀市熊坂町ヲ二五一番地
住　居　東京都新宿区角筈三丁目一六〇番地　広川方
貴金属時計ブローカー
上　田　文　雄
昭和二年二月二七日生

右に対する関税法違反被告事件について、昭和三八年二月七日東京高等裁判所の言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決および第一審判決中被告人に関する部分を破棄する。
本件を東京地方裁判所に差し戻す。

理　由

弁護人田中耕輔の上告趣意について。
所論中には、判例違反をいう部分があるが、その判例を具体的に示しておらず、また憲法三一条違反をいう点もあるが、実質は事実誤認、単なる訴訟法違反の主張に帰し、その余は量刑不当の主張であつて、いずれも上告適法の理由に当らない。
なお、職権により調査すると、原審の是認した第一審判決は、同判示一の(三)の犯罪貨物として、押収にかかる外国製腕時

計「ランコ」等一一二個（昭和三四年証第一七五〇号の六および七）を被告人から、また同判示二の犯罪貨物として、押収にかかる外国製腕時計「ウオルサム」等三九九個（同証号の三九から六五まで）を被告人および第一審相被告人宮部精太郎からそれぞれ没収しているが、記録に徴すれば、これらの物件は被告人および右宮部精太郎以外の第三者の所有に属することが窺われ、その所有者たる第三者に右の没収について告知、弁解、防禦の機会が与えられた事跡は見当らない。所有者たる第三者に告知、弁解、防禦の機会を与えることなくしてその所有物を没収することが、適正な法律手続によらないで財産権を侵害する制裁を科するにほかならず、憲法三一条、二九条に違反するものであることは、当裁判所大法廷判決（昭和三〇年(あ)第二九六一号同三七年一一月二八日判決、刑集一六巻一一号一五九三頁）の示すところであるから、右各物件の没収を言い渡した第一審判決およびこれを是認した原判決は、この点においていずれも憲法三一条、二九条に違反するものであり、破棄を免れない。

次に原審の是認した第一審判決は、同判示一の(一)および(二)の各犯罪貨物がいずれも没収できないものとしてその価格相当金額を追徴しているが、記録によれば、各犯行後、右一の(一)の犯罪貨物は徳永健一から、また同(二)の犯罪貨物は原審相被告人嶋村銀寿からそれぞれ押収されていずれも現存することが認められ、しかも右物件が犯人以外の者の所有にかかり、かつその者が犯行後その情を知らないでこれを取得したものであることが記録上認められないので、右各犯罪貨物については関税法一一八条二項に定める追徴の要件をみたしているものということができない。したがつて、被告人に対してその価格相当金額の追徴を言い渡した第一審判決およびこれを是認した原判決は、右追徴に関する規定の解釈適用を誤つた違法があるものというべく、この点においても破棄を免れない。

よつて、刑訴四一〇条本文、四〇五条一号、四一一条一号に従い、なお昭和三八年法律第一三八号刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法の施行されたことに鑑み、刑訴四一三条本文を適用して、主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官入江俊郎、同斎藤朔郎の補足意見、裁判官奥野健一の意見、裁判官山田作之助の少数意見があるほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官入江俊郎、同斎藤朔郎の補足意見は、次のとおりである。

われわれの補足意見は、昭和三五年(あ)第一七七二号同三八年一二月四日大法廷判決（刑集一七巻一二号二四一五頁）の各補足意見と同一であるから、それを引用する。

裁判官奥野健一の意見は次のとおりである。

原審の是認した第一審判決は、押収に係る外国製腕時計「ランコ」等一一二個および外国製腕時計「ウオルサム」等三九九個を被告人より没収しているが、記録によればこれらの物件は被告人以外の第三者の所有に属することが窺われる。しかし、本件犯行当時は第三者の所有に属する物件を没収すべき手続法規は存在せず、従つてこれを没収することは違憲であることは当裁判所の判例（昭和三〇年(あ)第二九六一号同三七年一一月二八日判決、刑集一六巻一一号一五九三頁）とするところである。然るに、その後に制定施行された昭和三八年法律第一三八号刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法を遡及適用して、その第三者より犯行当時没収することができなかつた同人の所有物件を没収することは憲法三九条の趣旨に反するものと解するから、当裁判所としては本件を破棄して、第一審裁判所に差し戻すべきではなく、自判して前記物件に対する被告人に関する没収言渡の部分を削除すべきである。

また、原審の是認した第一審判決は、その判示一の(一)および(二)の各犯罪貨物は没収できないものとして、その価格相当金額を、本件被告人から追徴しているが、記録によれば右一の(一)の物件は原審相被告人嶋村銀寿からそれぞれ押収されていずれも現存し、本件被告人以外の者の所有に係ることが認められる。従つて本件被告人は右各物件の所有者ではなく、また被押収者でもないから占有者でもないので、本件被告人より右物件の没収も、追徴もするこ

とはできないものと解すべきである。従つて、この点についても原判決およびその是認した第一審判決中被告人に関する部分を破棄し、その追徴言渡の部分を削除する旨自判すべきであつて、第一審裁判所に差し戻すべきではない。

なお犯罪貨物の所有者でない者から追徴すべきでないことの理由の詳細は、昭和二九年(あ)第五六六号同三七年一二月一二日大法廷判決（刑集一六巻一二号一六七二頁）昭和三四年(あ)第一二六号同三八年五月二二日大法廷決定（刑集一七巻四号四五七頁）昭和三七年(あ)第一二四三号および同三四年(あ)第二二七六号同三九年七月一日大法廷判決における私の意見と同一であるから、それを引用する。

また、第三者の所有物件につき、犯行後制定施行された前記応急措置法を遡及適用して、没収の言渡をすることの許されない理由の詳細については、昭和三五年(あ)第一七七二号同三八年一二月四日大法廷判決（刑集一七巻一二号二四一五頁）における私の意見と同一であるから、それを引用する。仮りに若し、原審が当時においては第三者所有の物件の没収は憲法上許されないとして没収の言渡をしなかつたとしても、当裁判所としては、その後前記応急措置法が制定施行されたからといつて、同法により没収すべしとして原判決を破棄して、差し戻すことはできないものと思われる。然らば、原審の没収言渡に如何なる違法の点があつたとしても、少くとも右応急措置法を遡及適用して、改めて没収すべしという理由で原判決を破棄し、差し戻すことはできないものと思う。

裁判官山田作之助の少数意見は、次のとおりである。

わたくしは、刑事訴訟において、被告人に対する裁判手続、従つてまた被告人に対して言い渡された判決の効果は、その被告人に対してのみ生じ、訴訟当事者となつていない第三者に対しておよぶものではないと解する。第三者所有の物件について、被告人がこれを占有保持している関係から、その被告人に対して言い渡された右物件を没収するという判決は、単にその被告人が右物件に対して有する占有権、使用権を剝奪する効果を生ずるに止まり、第三者がその物件に対して有する所

有権が、右判決により、奪われるというが如きことはあり得ない。本件第三者所有物件についての被告人に対する没収の判決の効果が第三者の所有権を奪うものであるとの前提のもとに、この点につき原判決を破棄せんとする多数意見には賛同しがたい（昭和三〇年(あ)第二九六一号同三七年一一月二八日大法廷判決、刑集一六巻一一号一五九三頁におけるわたくしの少数意見参照）。

検察官　浜本一夫公判出席

昭和三九年一〇月二一日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　奥野健一

裁判官　坂修一

裁判官　山田作之助

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　横田正俊

裁判官　長部謹吾

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

裁判官　柏原語六

裁判官　田中二郎

裁判官斎藤朔郎は死亡につき署名押印することができない。

裁判長裁判官　松田二郎

裁判官　入江俊郎

昭和三八年(あ)第一五一一号

関税法違反

被告人上田文雄

弁護人田中耕輔の上告趣意

一、原判決には採証法則に違反し、判決に影響を及ぼすべき事実の誤認が存し、以つて憲法第三一条に違反する疑いが存するので破棄さるべきと思料される。

原判決は、本件物件は全て犯則物件なりと認定し、その基礎として、捜査当局の所謂入関済証紙の貼用がないこと、価格が安いこと、被告人の供述調書の存在を考慮しているが、本件犯則物件中には、所謂入関済証紙を貼用するに至つた以前に、本邦内に輸入せられた物品が存在すること。免税品として輸入を許可せられた物品が混入せられていることは、極めて明瞭な事実である。

しかるに、原判決は之を看過し、漫然と本件全物件を一律に犯則物件と認定したことは証拠採用に関する従来の判例に違反し、重大なる事実の誤認を犯している。従つて又、被告人は原判決により、不当に処罰を受けるものと言うべく憲法第三一条に違反すること又明らかである。

二、原判決は、刑事訴訟法第四一一条第二号に違反する疑が存する。

被告人は単に神藤のセールスマンたるに過ぎず、本件の主犯たるべき者ではない。そして、被告人は本件が関税法違反事件としては初犯である。この点を考慮すれば原判決の量刑は甚しく不当であると思料される。

三、詳細は近日中に補充する。

以上

昭和三七年(あ)第九七三号

判　決

本　籍　福岡県糸島郡二丈村大字鹿家九五四番地
住　居　同県北九州市小倉区大字船頭町柳通飲食店いかり内
大　工　山田こと　吉　村　金　増
昭和六年三月六日生

右恐喝、同未遂被告事件について昭和三七年三月二八日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し被告人および検察官から各上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決中「当審における未決勾留日数中七十日を原判決の懲役八月の刑に算入する。」との部分を破棄する。

原審における未決勾留日数九日を第一審判決の懲役八月の刑に算入する。

検察官のその余の部分に対する本件上告および被告人の本件上告をいずれも棄却する。

理　由

被告人本人の上告趣意一は、原判決に対する論難の趣旨を含むものでないから不適法であり、同二は、事実誤認の主張を出ないものであつて、適法な上告理由に当らない。

昭和三九年一〇月二七日判決　昭和三七年(あ)第九七三号

弁護人坂田豊喜の上告趣意は、事実誤認、量刑不当の主張であつて、適法な上告理由に当らない。

福岡高等検察庁検事長柳川真文の上告趣意について。

記録によれば、被告人は昭和三六年一一月二四日福岡地方裁判所において第一審判決判示第一の一の罪につき懲役一年二月（未決勾留日数中一二〇日裁定算入）、同二の罪につき懲役八月、同三の罪につき懲役二月の各言渡を受けたものであるが、これよりさき起訴前の昭和三六年六月三日右一の罪につき勾留状の執行を受け、後記の経緯により、右罪に対する刑の執行が開始された日の前日である昭和三七年二月二日まで引き続き勾留を継続されていたこと、前記第一審判決に対し昭和三六年一二月七日全部控訴の申立をしたが、同月九日前記三の罪につき控訴を取り下げ、同月一四日から、これに対する前記懲役二月の刑（未決勾留日数一三日法定通算）の執行を受け、昭和三七年一月三一日刑期満了したが、同年二月三日さらに前記一の罪につき控訴を取り下げ、即日これに対する前記懲役一年二月（未決勾留日数一二〇日裁定算入）の執行を受けたこと、しかして、原判決は前記二の罪についての控訴を棄却するとともに、原審における未決勾留日数中七〇日を、これに対する前記懲役八月の刑に算入する旨言い渡したものであることを明認することができる。

してみれば、被告人の原審における未決勾留日数（本件控訴申立の日である昭和三六年一二月七日から本件勾留の継続された昭和三七年二月二日まで計五八日）中、昭和三六年一二月一四日から昭和三七年一月三一日までの四九日間は、前記三の罪についての刑の執行として一個の拘禁のみが存在していたものと解すべきであつて、かかる場合に重複する未決勾留日数を本刑に算入することは不当に被告人に利益を与えるものとして違法であり、かつ、昭和三七年二月三日以後は、本刑に算入すべき未決勾留日数の存しないこと明白であるので、原判決中、原審未決勾留日数七〇日の本刑算入を言い渡した部分は、所論各判例に違反するとともに、刑法二一条の適用を誤つた違法があるものというべく、論旨は理由があり、原判決中の右部分は刑訴四〇五条二号、四一〇条一項本文、四一一条一号により破棄を免かれない。

よつて、同四一三条但書により原判決中「当審における未決勾留日数中七十日を原判決の懲役八月の刑に算入する。」との部分を破棄し、刑法二一条に則り原審における未決勾留日数九日を第一審判決の懲役八月の刑に算入し、原判決その余の部分に対する検察官の上告は上告趣意として何らの主張がなく、従つてその理由がないことに帰し、被告人の本件上告は全部理由がないから、刑訴四一四条、三九六条により右各上告をいずれも棄却し、同一八一条一項但書により、当審における訴訟費用は被告人に負担させないこととし、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　玉沢光三郎公判出席

昭和三九年一〇月二七日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　柏　原　語　六

裁判官　石　坂　修　一

裁判官　五　鬼　上　堅　磐

裁判官　横　田　正　俊

裁判官　田　中　二　郎

被告人の上告趣意

私は、恐喝同未遂被告事件にて昭和三十七年三月二十八日福岡高等裁判所に於て控訴棄却『通算七十日』の言渡を受けた者ですが、検察官より『未決通算七十日』を憲法違反として上告申立てられ、続いて私も昭和三十七年四月十日上告を申立て検察官の上告申立に対する意見ならび当事件は一審、二審とも否認として扱われている事は明らかですので今一度当事件の真実を大略的に記述し一日も早く更生の機会を当えて戴き度幾重にも懇願致します。

一、先ず検察官の私の通算に対する憲法違反としての上告申立に対する意見より記述致します。

一審は福岡地方裁判所で次の通り判決を受けました。

① 判示第一の一の罪に就き懲役一年二月に（未決通算百二十日を此の刑に算入）

② 判示第一の二の罪に就き懲役八月に

③ 判示第一の三の罪に就き懲役二月に

各処せられ全面的に不服の為控訴を申立てたのですが、家庭の事情も私が一日も早く出所せねば大事な事態にあり已む無く右記③の刑を取下げました、係官は取下た日より服役に入るとの事でしたが……

控訴取下日は昭和三十六年十二月　九日
　　〃　　十四日　此の間六日間の空白となる

懲役確定日

右記の如く六日の空白な日と成つたのです、それから此の刑を翌三十七年二月一日満期して①②の別件がある為被告にか

山田こと
被告人　吉村金壇

えり控訴中の①②の中①の刑を同三日に取下げ、結局前の六日と此の①の刑を取下げるまでの三日を合わせて計九日の拘留日数と成りましたが高裁の判決で未決通算を七十日も算入して戴きましたので傍聴していた私の家族も大変喜び、私も余り嬉しく涙の出る思いでしたが思いもよらない通算でしたので不安に成り係官に此の事を告げた為に検察官の上告申立の結果と成つたのです、現在私は①の刑を服役中ですが別件である②の（上告申立中）件がありますので他の受刑者と共に作業等許されず②の件の確定するまで独居にて座業をしなければ成りません、捕つて今日まで一年以上に成りますが前述の様な次第で立業が許されずー つと座つた儘の生活を送つて居る為、痔や膀胱の病気に掛り苦しんで居る次第です。

検察官が高裁での通算を理由に上告申立てられたのでしたら結局現在の七十日の通算も無効に成るものと思います、ですが一審での百二十日の未決通算も六ヶ月間の拘留期間から差引かれた次第で結果二ヶ月の通算は貰えなかつた次第です。

何卒右記の事情や前記の九日間の件等、私から係官を通じて告げた点に斟酌下されまして、尚現在独房にて病気に苦しんで居ります点……家族の大事の為に③から①と次々に一日も出所が早く成る為に控訴を取下げた等の情をお酌み下さりまして、何卒一日でも通算を残して下されます様只管お願い申上げます。

二、次に事件の経緯に就いて当時の実情を大略に記述致します、一審、二審に於いては私達の真実の供述は全然、無視されておる様に思考されて成りません。私達を取調られた警察官は「お前達は前科者だから例へ詐欺をしても恐喝になるのだ!!」と常に言つておられましたが、結局私達の前科が大きく刑事殿や検察官の心証を悪くし私達の被害者である河野敏鎌の前科は全然取上げずに此の事件は判断された次第です、私達は恐喝罪として合計二年もの刑を受けましたが……その現因は何故か!! 此の点を深く御審査下されまして御厚情ある御裁決をお願い申上げます。

判示第一の一、同第一の二、同第一の三、の中判示第一の二だけ上告を申立てて居るのですが一より記述せねば当事件

の経緯が解せませんので判示第一の一から大略記述致します。

(1) 私の営業しておる飲食店の隣家で同じく飲食店を営んでおります酒井勢記さんより昭和三十五年十一月、同人が忙しいので私に、宗像郡玄海町神湊の河野敏鎌に同人の貸している五万円を取立てくれ、と頼まれ、私も二、三度酒井さんに同道して河野敏鎌の家にも行つた事もありますが、酒井さんの催促に対し河野の巧みな借金返済不履行の言逃れ等河野の話ぶりから視て、私一人で河野の家に前述の五万円の取立に行つても口の先で誤魔化される事は明らかであり折角、酒井さんから取立を頼まれながら、それも果せない様では酒井さんに対しても済まないので、恰度遊びに来て居りました友人の平川幸政に酒井さんより依頼を受けている前述の件を打明て私と一緒に河野の家に催促に行つてくれる様、頼み一緒に行く様に成つたのです、平川に河野の酒井さんに対する応対ぶり等話しますと「わざ〳〵遠方まで高い車代を費して行くのだから無駄足を踏まぬ様又、度々行けないのだから酒井さんより譲渡書を貰つて行く事にしようではないか」と云う事で酒井さんより債権譲渡書を貰つて河野の家に赴く事に成つたのです、昭和三十五年十一月末頃です。

河野方に乗用車で行き河野敏鎌に炬燵のある板の間に案内され八月末までの期限で酒井さんより金五万円を借りて何うして今日までも返済せんのか!! 今後どうして何時支払つて呉れるか!! 等債権譲渡書を同人に提示しながら債権に対する交渉をしたのです、同人は「現在お金はないが後二、三日すれば福岡銀行東郷支店より融資して貰うように成つておるので、それまで待つて呉れ」と申しますので、その裏付として同人の家の登記書（当時日本冷蔵株式会社の仕事をさせてもらう為に供託金の代りとして同社の福岡支社に預けてあつた）を、もし約束の同月二十九日までに支払い不履行の場合第一担保として提供する旨の誓約書を一筆願いまして同人の希望通り同年十一月二十九日を支払い期日と約束して私達は待たせてある乗用車で帰つたのです。

河野敏鎌の誓約書に記載した支払金額は七万円ですその内訳は貸りている金額が五万円で利息が月五分で四ヶ月分の一万円に酒井さんが同人の返済不履行の為に同人方まで催促に来た費用（車代）が五回分で最底を一回分、二千五百円で合計一万二千五百円に（但し此の中二千五百円は控除する）合計七万円としたのです。（河野と談合の上）

（注）　此の誓約書の件も恐喝罪として刑に処せられたのですが、私達は脅迫的な言動は神明に誓ってありません、河野敏鎌の妻文子の検察官に対する供述には、当時の事に就いて、

「平川、山田が夜遅くやって来ました、その時は主人が出て行って、私も続いて出て行き主人が板の間に案内し私もお茶を出しました、①平川は債権譲渡書を見せて主人と話して居りました、②平川は酒をのんでいて顔を赤くしてベラ〳〵しやべつておりました。その時、平川は一応主人をおどしておいてから債権の取立を確実にしようと思つたのでせうか「③自分達は普通の人と違うんだ」と云う意味の事をしやべりまくり「④自分達をあまり甘く見るな」と云う意味の事をまくし立てていましたが「⑤刑務所にも行つた事がある、刑務所は一年や二年では足りないんだ刑務所を恐れていては自分達のような商売は出来ん」等。

大体右記の様な供述をしておりますが全然出鱈目な供述でありますが公判廷では譲渡書ではなく委任状だ……と前述の如く①では債権譲渡書を主人に見せていた、と供述しております。

夫婦共に申告しております。

②では平川は酒をのんでいたと供述しておりますが、これも嘘です、小倉から（私の家）河野敏鎌の家まで乗用車を飛ばしても一時間半位い掛ります小倉から酒をのんで来たにしても一時間半も顔の赤いのが続く筈もなく、車を途中止めて酒をのむ余裕もありません（車を待たせればそれだけ運賃が高くつくからです）③④⑤に就いても色々と脅文句を並べた如く供述しておりますが私達はあくまでも債権の問題を単刀直入に話たのであり車は外に待たせてあり待時間代

金のメーターは刻々と上つているのに必要以外の話をする訳がありません。河野敏鎌の家が五万円の返済もせずに、十二畳位いの部屋や炬達の間や台所、玄関等まだ木材の香も新しく増築したばかりである事は、河野自身が酒井さんから借りている金の事等問題にしていない現れだと思います、酒井さんもデパート、本店、支店の三店の魚商を、又ふぐ料理店、飲食店（私の隣家）等の多角経営で多忙の中を四、五回も催促に来たのに「何時々々支払うから〳〵」とその都度、巧に追かえし全然、誠意がない為に結局私達に委任したものと思います、河野家の増築の金の出場所や、酒井さんが催促に来た都度追かえしていた事等、酒井さんが常に私に零していた、河野に対する不満を此の時単刀直入に話したので、河野は自分が借りた金も払わずに借金の数倍もかけて増築した事や、酒井さんが催促に来た時の無責任な態度等穴があれば入りたい衝動にあつた事は私達には良く解りますが、前述の河野の妻が検察官に供述しておる③④⑤の様な脅文句は申しておりません。

(2)　河野敏鎌は二十九日に返済すると確約しましたが、酒井さんが四、五回も催促しても支払わなかつたくせに、今度は二十九日に河野が違約するような事でもあれば酒井さんに対しても立場がなく成るので、その前に一度念を押しに行く事にして平川と私はタクシーで同人方に赴き、明日が支払いの約束日だが真違いないか念を押しますと同人は「真違ない、明日の朝十時に熊屋旅館で合いませうそこは銀行の近くの宿ですので金を受取つて参上します」と云うので私達も河野の言う通りその宿に泊つて約束時間まで待とうか……と思つたのですが家族に外泊を言つていないので心配する恐れがあり一応小倉に帰り翌日の約束時間に熊屋旅館に赴いた処、同人は朝早く来て後で来ると云つて出て行つた、との事で私達も同宿で待つておりましたが十二時に成つても同人は来ないので仕方なく河野方（同宿よりタクシーで往復一、〇〇〇円）に行つたり銀行に行つたりしまして同人が居ないので又熊屋旅館に引返して待つて居りますと午后二時頃河野は

来まして「兎に角自宅に来て呉れ」と云うので待たせてあるタクシーで同人方に赴いたのです、河野は「金が今日は出来なかつたので明日まで待つて呉れ」と云うのですが私達は昨日念を押しに来た時も今日は間違いないとの事でしたので持参している金も二、三千円しかなく外で待つているタクシーも小倉を朝の八時半頃から、前述の如く乗りまわして居り代金も四千円以上に成つており私達もホト〳〵困惑したのですが私達も今日まで同人方には二回往復しておりそのタクシー代六千円も私達が支払つておりますが今日の分は同人の約束不履行が現因であり今日の分は河野に支払つてもらう事にして同人にその旨打明ますと同人も私達には大変気の毒がつて三千円を出して呉れたのです、その金を運転手に渡して不足の分は小倉で支払う事にして車は帰し、河野方では同人の子供が学校からボツ〳〵帰つて来ますので何処か旅館を世話してくれる様頼み、同人は旅館に掛があるとかで同人の妻が私達を大島旅館に案内してくれたのです、時間は小学生の帰校時で午后三、四時頃でした。

(注) 此の日河野が金の出来なかつた事を熊屋旅館で私達に告げずわざ〳〵同人方までやつて来たのは同人の家屋（日冷に供託金の代りとして預けてあつた登記書）が以前日冷に三十四万三千五百四十円の不渡手形を同人が出していた為に仮差押の通知を受けた事をその裁判所から来た通知書を見せながら打明けたのです、私達は誓約書に記載した同人の家屋の裏付も何んの効力もなく成り開いた口が塞がらない思いで此の話を聞いたのですが同人は、「此んな形式的な事は何うでも良いではないか明日は必ず金は出来るのだから」「私に前科のある事を親戚連中が知つているので急用の金を借りる処がないので此んな時に困る」と刑務所に行つた事を私達に打明けたのです、私達も打解けた気持に成つて「此んな寒い日は刑務所も辛かつたなあゝ」と雑談をしたのです。

河野敏鎌の妻は此の時の模様を次のように供述しております。

(一) 大島旅館に案内したのは午前零時頃でそれも平川、山田が「此んな家に泊れるか」と言葉荒く云つて脅すので仕方

なく旅館に案内した、と供述しており、同旅館には小倉の用心棒をしている人だから……と私達の事を批評しております、だが私達は、脅した心算はない!! 用心棒ではない!! 旅館に案内乞うたのも夜中ではない!! 等いくら真実を叫んでも証拠の無い為に河野夫妻の言う儘に成つております、しかも案内して貰つた旅館の豊福キクヨは宗像署の山口清司法巡査に次の通り当時の事を供述しております。

(二) 河野丈子さんが二人の（私と平川）お客を連れて来た当時は昼だつたので休憩のつもりだつたと思います、尚丈子さんから聞いた用心棒とは思えませんでした、と同旅館の人は当時は夜中ではなく昼であつた事を証明しております、だが一審では河野丈子の供述の通りで判決を受けたのです。

右記のように河野の親族外の供述は無視されている事は明らかです。

結局翌日に成つても河野は又明日迄待つてくれと云つて約束を果してくれず自宅に泊つて呉れとの事でその日は河野方に泊つたのです、旅館代は私達の持つてない事も河野は知つており、私達としては河野の返済金から支払う心算だつたので河野が返済せねば私達も金は無く結局河野が私達の宿泊代も責任もつように成り支払つてくれたのです。

斯うして、結局二十九日は旅館に三十日は河野方に夫夫泊つて（三十日の夜私の店の集金の為に小倉まで往復して来る、タクシー代は河野に責任持つてもらう）河野の言う通りに待つておりましたが同所は大変寒い土地なので私達は二日も三日も待つのに耐えなく成り又、河野の言う通りに待つていても私達の家族も心配するし私達が風邪を引いてしまいそうで帰る事にしたのですだが度々催促に来れないので私達は帰るに際して、誓約書も何んの効力もない今日……何か裏付を戴いて帰らねば酒井さんにも返事の仕様がないし二度と河野方に訪れたくないので私達は河野の「今度一週間後に返済金が出来るからその日まで待つてくれ」との言葉に私達も「それではその期限で小切手を切つ

てくれ小切手を先付にしておればその日は当地まで来なくても銀行から金は受取るから……貴方も金は銀行に振込んでいてくれ」と頼み三万円の小切手を一週間後の十二月七日に後の五万円（一万円増やした）は二、三日後にしてくれと云うので河野の意見通り十二月十日に夫夫、日付けて貰い、私達の帰りのタクシーも同人は自分の約束不履行の為、迷惑を掛けた私達に対して非常に気の毒がつて出してくれたのです。

(三) 斯うして十二月七日の三万円の小切手の換金日と成り河野が銀行に現金を約束通り振込んだか電話をしてみますと「まだ振込んでいない」との銀行の返事で私達も河野と云う奴は何処まで嘘を吐くのだろう……と腹が立つたのですが、今日か明日までには何んとか連絡に来るだろうから……と信じ翌八日の午后五時まで待つてみましたが河野からは一向に連絡の気配がありませんので私達から出向く事にして（すぐに帰つて来る心算で）私の妻と平川と私の三人で車を飛ばして河野方へ赴いてみますと、河野は留守で同人の妻が応対に出て来ました、私達は河野に対する不満を同妻にぶちまけましたが河野が留守では話に成らず結局同人の帰りを待つ事にして私達の乗つて来たタクシー代金の中千円を同妻に工面して貰い、河野方では子供が多いので借金の話等出来ないので同妻に喜楽旅館に世話して貰い、河野の帰りを待つておりましたが、その夜も河野は帰宅して居るのに私達には報せず、翌九日も報せないので私達は同人方に行つて見たのですがやはり河野は留守で同人の妻が「まだ主人は帰らないので帰り次第報せます」と言うので、その夜も旅館に泊り、結局二日間も泊つてしまいました、河野の奥さんの報せで河野方に赴つてみますと河野は私達の来るのを待つておりました、同人は「金は五千円しか出来ない、後の金は日冷との仕事の契約が出来次第支払うから、何れにしても後十日もすれば契約も決るし金も出来る」と言つて五千円を差出しますので私達も五万円の小切手も今日（十日）が期限と成つており、不満を言いたいのは山山でしたが私達は不服を云う力もなく、次の支払日を十日後の十二月二十日に河野の希望通り決めて、私達は「此の五千円では帰りのタクシー代しかないのでタク

シーを世話してくれ」と頼みますと河野は「その五千円は元金ではなく帰りの車代だからその金で帰つてくれ」と頼むので五千円を車代として帰つたのです。

約束の二十日に河野方へ車を飛ばし行つてみますと河野は「正月前まで待つて呉れ」と言うので私達も仕方なく不満を言いながら帰り、十二月暮に成つても河野からは何んの連絡もなく、私達も酒井さんには「今年中には必ず支払つて呉れるそうです」と確言している手前責任がありますので、又車で河野方へ赴つてみますと河野は又巧言に「餅も搗き得ずにおるのだ」と愚痴を零し「日冷の仕事も年が明ければ出来ると思う日冷が駄目の時には日水にも手を打つているので大丈夫だから」と言いますで、正月前でもあり、あまり喧ましくも云えず、「正月中には小倉に来て呉れ、その折に貴方の返済方法等話合いませう」と頼んで帰り結局河野の約束不履行の為に二度も河野方まで往復してタクシー代も六千円掛り、河野の家に赴つた度に妻からは「他人の事で何故そんな馬鹿な金ばかり使うのね……私が酒井さんに河野方へ赴かせるのは止めさせる様に頼んで来るから」と叫ぶので、私はそんな事すれば酒井さん夫婦から折角信用されて頼まれておるのに私の立場が丸潰れですので……妻に「男のする事に一、一、口を出すな」と怒鳴り揚句は夫婦喧嘩と成り……その後で私はつく〴〵「俺は夫婦喧嘩までして酒井さんに義理立てをしておるのだが一体何んの為にそれまで酒井さんに尽さねばならないのだろうか!!」と反省していたのです、酒井さんは只私の店の隣家で飲食店を経営して以前私の妻も同店で働いていた、と云うだけの知り合であり、自腹まで切つて尽している自分が馬鹿な気にも成りましたがその反面、斯うして自腹を切つているのも……妻と喧嘩をしているのも……河野敏鎌がいい加減な約束を為すため、約束通りに赴つた私達は無駄足と成り費用は自腹を切る結果と成り河野が「明日まで待つてくれ」と言えば妻にも報せず泊る事に成るのであまり妻に信用のない為、河野方から家に帰れば早速妻から何処に泊つたか責められ……私としては河野の約束不履行にムシャクシャして帰宅した途端に妻から疑われるので腹が立

つて埒らず結果夫婦喧嘩と成る……いずれにしても河野敏鎌の為だ……と云う観念が強く成り私自身が河野に金を貸して狡猾な河野から今日まで欺されてきたような心理と成り、酒井さんから依頼された当時とは反対に、酒井さんが此の債権を諦めても俺が許さんぞ!!　と云うくらいの気構えに成つていた事は否定出来ません、しかし被告としての立場上此の事件の当初より脅迫的な言動を暗示や明示した等の被害者の供述に対する私達の意見は述べられても、その証拠等示す事の出来ないのが残念で成りません、被害者側の証人は河野敏鎌の妻、同文子、同長男、政敏、同母、マンの一家を上げての親子の証人です、それに対し私達の証人は一人も居りません、私達が保釈でも許されたのならば当時私達が利用したタクシーの運転手の人でも証人としてお願いするのです、運転手はその都度〳〵違つておりますが私達が被害者の供述する如く車代等を脅して強要していたか、否か、くらいは、各運転手は知つておると思いますし、だがこれらの運転手も常に流しのタクシーを利用していた為タクシーの会社名が解らず運転手の顔を見らねば解らない次第で私達以外に運転手の顔を知つてる者は被害者以外に居りません。（私達は運転手の溜場を知つて居るので捜すのも容易です）

斯うした次第で私達の証人として誰一人呼ぶ事は出来ませんでしたので、私達の必死の真実の供述や法廷に於ける証言も空しく、その上単なる弁解ないし否認に過ぎない、と裁判官からも判断されております。

河野敏鎌に債務の返済能力が無いのに強硬に催促を為したのならば社会通念上許されぬ事かもしれないが前述の如く負債の数倍も掛けて自宅の増築したり電動機付水揚ポンプや自転車の購入をしながら負債の解決には一向いそしまず、その上、誠意の無い約束を為して、その都度欺きその為に生じた失費の何分の一かを受取つたのが恐喝罪と成りその催促を為したのが恐喝未遂と成り、これこそ社会通念上許されぬ事ではないかと思考するのです。

三、次に原判示第一の二（上告申立の分）に就いて大略記述致します。

昭和三十六年一月十日頃私達はタクシーで河野敏鎌方に赴き同人に「あれほど貴方の解決方法（負債の）に就いて話合うから正月休には小倉に出向いてくれる様頼んでいたのにどうして来てくれなかつたのか……日冷の仕事の方は何う成つたのか」等聞いてみますと同人は「今月の二十日まで待つてくれ」と云いますので私達は度々経費をつかつては大変だから二十日は河野に小倉に来て貰う事に決めて此の日は帰り、二十日は朝から一歩も外出せずに大工仕事も休んで河野の来るのを待つていたのですが結局河野の打電による「〇デキヌ三十ヒマデマテ」の電文にて此の日まで待つた私の期待も覆えされました、私は心に今度は、今日行けぬ後連絡す、と期限のない打電をするのではないだろうか、と思いながら債権者の酒井さんにも今度三十日は真違いなく返済してくれるでせう……と安心させていたのです。

愈愈三十日と成り前回の如く仕事も休んで、普通ならば商売の関係上、昼頃まで休んでおる妻や女給達も起して河野の為に御馳走等を用意させて待つておると、又、電報が来たよと妻が言いますので私は大きな声で「今日行けぬ後連絡す」と書いてあるだろうと云いながら電文を受取つて見ますと「ケウユケヌアトレンラクス」と打信してあり同所にいた女給達も早くから起されて、むくれていた時なので、私の予言が一致したので、笑つておりました、私は酒井さんにも今日は真違いない、と伝えており、私の立場がなく成る感じがするので此の旨を酒井さんに報せる前に今一度河野に会つてからハッキリした報告をせねばと思い翌二月一日頃河野方へタクシーで赴き同人に対し「一体何うして呉れるのか……私達も社長（酒井さんの事で重身を付ける為に社長と呼んでいた）に報告の仕様がないではないか」等同人に対する不満を告げ結局同人の云う通り同月の中旬まで待つ事にして帰り、酒井さんに此の旨を告げますと、酒井さんは、「今日までに、第一に誓約書が無効と成り、第二に小切手が無効で、第三が電報、第四も電報でいずれも約束は果さずにおり形のある不履行だけでもそれだけあるのに今後これ以上河野の言う事を信用し、又情を懸けても通じるような相手ではありません、私としましても是以上貴男方に迷惑をお掛けする訳にはゆきません、斯うなれば警察に依頼する他

ありません、それで今度は本人を小倉に連れて来て下さい」との事で、私達も今日までに相当に経費等自腹を切つてお りますが責任を果せなかつた私は引目を感じているので、その様な愚痴も云えず、その反対にせめて河野を酒井さんの所に連れて来るだけでも果さねばいよ〳〵立場がない、と此の時深く感じたのです。

斯うして二月中旬と成りましたが河野からは依然として何んの連絡もなく酒井さんは逢う度に、河野を小倉に連れて来てくれるよう頼みますので河野の家にタクシーで赴つてみますと河野は不在で老母が留守番をしていたので私達は「河野さんが帰宅されたら今月中に連絡する様伝えて下さい」と頼んで此の日は帰り月末まで待つたのですが依然として連絡はなく酒井さんに対しての私達の立場は増々悪く成る様な、立場と成り酒井さんと道で出会つても隠れたい衝動にかられていたのです。

原判示第一の二の(1)に就いて今から当時の実情を記述致します。

(1) 昭和三十六年三月一日と成りまして私達は河野方へタクシーで赴き同人に「今日は小倉へ来て社長に合つて下さい」と言いますと河野は「度々迷惑を掛けて済まんが後五日もすれば裏の砂を売る様にしており今度こそ真違いないのでそれまで待つてくれ」と言いますので私達も今日はどんな事があつても小倉に同道願わねばと思つておりましたが、河野の話振りからみて今度は本当のように思われますので、も少し具体的に聞いて確実性があれば、五日まで待つ事にしよう、酒井さんも警察に願うより金を返済して貰つた方が良いのだろうから……と思い待たせてあるタクシーも帰して置かねば高くつくので河野に「車を帰して置かねば高くつくので現在までの代金を支払つて下さい、私達も今日まで貴方の家に来るのに相当に経費をつかつているし結局貴方の不履行に依る失費だから今日の車代は支払つて下さい」と頼むと同人は「一寸まつてくれ」と言つて奥に入つて行き、七百円持つて出て来て「今これだけしかないので不足の分は貴方が立替えていてくれ」との事で不足の分を私が立替えて車を帰し、裏の砂の売買の話も具体的に

聞き終り私達は「帰りのタクシーを世話して下さい代金は五日の私達に支払う分から差引いてもよいから」と頼み河野の呼んでくれたタクシーで帰つたのです。

(2) 約束の五日と成り私達はタクシーで河野方へ赴きましたが同人はまだ帰宅して居らず炬燵の間で子供達が勉強していたので、父ちやんが帰宅したら小倉の人が来ていた、と伝えるよう言伝けて近所の食堂に夕食に赴き同食堂で平川が腹痛をおこし医者の手当等うけて二、三時間同食堂の座敷で休んで平川も幾分良く成り十時近くに成つたので河野方へ赴きますと同人はまだ帰宅して居らず、私は応待に出て来た老母に、平川の具合の悪い旨を告げて休ませてくれる様たのみ、待たせてある車も、平川の具合が何時悪化するやも知れない為に代金は掛にして帰し、老母の敷いてくれた布団に平川を休ませ私もその儘眠つてしまつたのです。

う、と私の枕元に来て言つておりました)

翌六日子供さんの学校に行き終るのを待つて床起し朝食も済んで河野に如何成つたか促すと同人は「今日福岡から裏の砂を検討に来る事に成つているのでそれの済むまで待つてくれ」と云うので平川はまだ具合が直らず、私も火の気の無いので寒くて堪らずに居りましたが、待たねば仕方のない事で待つ事にして河野の帰つて来るのを待つておりましたが、同人の帰宅したのは夜の十一時頃でそれも金は五千円しか金は出来ない、との事で私達は昨夜乗つて来たタクシー代を支払えば幾らも残らず私達は不服を云いますと同人は「後十日すれば今日まで貴方達に迷惑掛けた分も償うから待つてくれ」と頼みますので子供さん達も奥の部屋で試験勉強をして居り余り不腹を云うのも気が引けるので私達は同人の云う通り承諾して「それにしても此の金で今日タクシー代を支払へば昨夜の分が払えんのでタクシーを世話してくれ」と頼み同人は私達に大変気の毒がつてタクシーを呼んで呉れたのです。

以上の通り原判示第一の二の(1)(2)(3)に就いて記述しましたが結局、元金は支払つてくれず「骨折損のくたびれもう

け」が唯一の報酬と成つたのです。

(3) 私は酒井さんに対して私が酒井さんより借金でもしておる様な引目を感じる様に成り、又酒井さんは私達が河野から全額受領して使い込んだのではないか？　と思つておるのではないだろうか……と色々思いあぐね……いずれにしても河野を酒井さんに対面させて此の件から手を引く事にしよう、前述の様な事情もあるので此の儘手を引く訳にはいかず、放つておけば何時までも返済せず詫状の一枚も出してくれる人物ではない、それで今度こそ河野を小倉に連れて来よう、と思いタクシーで出掛けたのです。

(4) 原判示第一の二の㈣並に同判示第一の三、に就いて記述致します。

昭和三十六年五月七日前述の様な事情で河野方へ赴きますと、同人は玄関口に出て来ましたので私達は夜分で家の中に入るのは遠慮して同人が言葉巧に弁解しているのを「もう貴方の話は聞きたくない……これ以上貴方の話を真に受けて社長に報告してもかえつて私達の立場が悪く成るばかりだ今日は小倉に来て貴方から直接に社長へ話して下さい」と云つて促しますと同人は着換えて来るからと奥に入つて行き、その儘裏から逃げて終つたのです、私達はそんな事は知りませんので応対に出て来た老母と話しておりましたが、あまり河野の支度が遅いので老母に一寸覗いてくれと頼み老母は奥の方へ入つて行きましたが直ぐに引返して来て「彼鎌は居りませんばい」と告げますので私達は驚いて家の裏に行つて、あちら、こちら見ましたが当人の姿は見当りませんので引返して老母に「河野さんは五日か一週間待つてくれと言つておりましたので、それまでに連絡してくれる様伝えて下さい」と頼んで待たせてあるタクシーで帰つたのです、しかし河野からは同月中旬まで何んの連絡もありませんので「負債は一体何うして呉れるか、又此の前は何うして逃げたりしたのか」と云う意味の手紙を出しました処、河野の妻から「主人はずーつと不在の為に帰り次第返事する」と云う意味の返事が来まして同月末近くに成つても何んの音沙汰もありませんので、又「月末まで連絡乞う」と云う意味の手紙を出し返事を待つておりましたが結局、月末まで何んの連絡もなく、愈々酒井さんに対しても立場がなく成り月末の三十一日に河野方へタクシーで赴き同人等の報告で私達は恐喝罪として捕つたのです、後で解つたのですが前述の五月七日裏から逃げた時に警察に訴えていたそうです。

(5) 以上の様な経緯で現在に至つておる次第ですが、散々河野からは欺されその揚句に費用は要り結果未決のまま六ケ月を過しその上二年（合計）の懲役を言渡されておりまず、泪も涸れ果て泣く事さえ出来ない有様です。

河野の妻は此の事件の模様を検察官に、私達は常に「言葉荒く言うた」「恐ろしくて堪らなかつた」「主人の命が危ないと思つた」「主人の母や子供達は恐れてしまい、毎日恐怖の生活をしていた」等、河野の事は棚に上げ私達の事を悪い様に供述して居ります、しかし私達は河野の老母や子供達と必要以外話した事もなく河野に負債に就いて話合う時も家族の者の心配しない様子供や老母の前では負債に就いては話さず常に気をつかつていた次第です、それなのに何うして家族の者が恐怖を感じたのか腑に落ちない次第です、その上主人の命が危いと思つた等とんでもない事です、私達が原判示記載の如く危害を加える腹で催促に赴いていたのならば、河野が違約した度に危害を加えておりますが、私が此の債権を依頼されて河野方へタクシーで赴いたのは合計十三回でタクシー代にして四万六千五百円ですが河野がその中、五回に渡つて合計一万四千七百円（全部恐喝事件で起訴される）を車代として出して呉れたので差引高三万一千八百円を私が自腹切つたのです、何故、タクシーばかり利用したかに就いては河野が「私の家に来る時は夜遅くでないと昼間は魚商売で留守が多いから」と言うし河野の居住している神湊と云う所は非常に辺鄙な所で交通機関はバスが通るのみで、それも夜遅く成れば通はず私は飲食店営業の為に夜は特に忙がしく、斯うした事情で結果便利なタクシーを利用する様に成つたのです、河野にもこれらの事情は当初より話してお互いが要らぬ経費をつかつたり、無駄足を踏んだりせぬ為お互いに約束は確実に守る様、合点仕合つていたのです、河野は「もし違約する様な

事があつても貴方達の交通費は私の責任にあるのだから貴方達に払わせるような事はしませんよ」と言つていた言葉も私達を罪に落す巧言であつたとしか思えません。（公判廷に於ても此の様なことを云つた覚えはないと証言しております）

私達の主張等、原判示や公判記録から察するに全然引用してないものと思慮するのですが、それも私達に実証する証人等が無い為一方的な判断の元に原審も終つた様に思われて成りません、しかし此の事件全態から見れば、ほんの針の穴の程でわずかながらも河野の妻の供述の中に事実と相違している点があります、それは前記にも記しました如く原判示第一の一の(3)の件で大島旅館に案内して貰つたのが私達は午后三、四時頃だつたと供述するのに対して同妻は午前零時頃だつたと供述するのです、此の件も証人がいなかつたら、他の件同様に一方的な供述を引用されたと思うのですが、（同妻の供述のみ）私達が泊つた大島屋旅館の豊福キクヨさんは当時は昼だつたし河野の妻が言つていた用心棒には見えなかつた……と供述しております、しかしこの件も同旅館の実証は引用されず河野の妻の虚偽の供述のみ引用されている事は原判示から観ても明らかであります、右記に述べました事は当事件からみれば微々たる事に過ぎませんが河野一族の以外の証人の供述は他に無い為、泣き寝入りの態です、此の上は宜敷く御審査願う他に術のない現状です何卒右記の件等引用されて大きな目にて当事件の経緯を御精査賜ります様懇願致します。

尚前記一、でも記述しました未決通算の件も宜敷御検討下さりまして一日も多くの通算を賜り度、節にお願い申上げます。

以上の通り当時の実情を記述致しまして、何卒一日も早く更生の機会を与えて戴きます様上告趣意書を以ちましてお願い申し上げます、私に間違いがありますれば御叱正賜り且つ公正なる御判決の程只管御願い申上げます。

（昭和三十七年六月十四日付）

以　上

昭和三七年(あ)第九七三号

弁護人坂田豊喜の上告趣意

第一点　原判決は原審弁護人夏秋嘉行及び被告人の事実誤認及び量刑不当の控訴趣意に対し、控訴棄却の言渡をした。これに対し被告人から上告の申立をしたので当弁護人は記録を精査したが、刑訴法第四〇五条第一項第一号規定の「憲法違反又は憲法の解釈に誤りがあること」は見出し得ず、又同条項第二号規定については検察官上告の点を除き「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」を各発見し得ない。

第二点　原判決は原審弁護人及び被告人の事実誤認の主張につき、

「……よつて、記録及び原審で取調べた証拠を精査して案ずるに、原判決挙示の関係証拠を綜合すれば、原判示第一の二の(1)ないし、(4)のとおりの各事実を肯認することができるのであつて、被告人等の所為は恐喝の意思に出でた恐喝行為に該ることは明らかであり、正当な権利行使とは到底認められない。」として「原判決が挙示の関係証拠により同判示第一の二の(1)ないし(4)のとおりの各事実を認定したのは相当であり、論旨は理由がない」と排斥して第一審判決（懲役八月）を支持し、

さらに量刑不当の主張につき、

「……記録によつて窺われる本件犯行の態様、被告人の前科歴その他諸般の情状を綜合して考察すると原判決の被告人に対する刑の量定は相当であり所論の被告人に有利な諸事情を十分参酌しても重すぎて不当であるとは思われない、論旨は

被告人　吉村　金増　山田こと

理由がない」としてその主張を排斥し、結局被告人の控訴を棄却した。

第三点　ところで、右原判決には検察官の上告の点の他に次の点に刑訴法第四一一条に該る事実誤認及び仮にそうでないとしても量刑の不当がある。

即ち、本件事件は被告人が酒井勢記の河野敏鎌に対する債権につき、右債権の取立を酒井から依頼され、その取立行為として行われた一連の行為であるが、被告人にとつてみれば、右取立委任の趣旨に基き、それを誠実に実行した結果であつて、被害者河野は他人から金を借り入れながら弁済の段になると全然債権者側を無視するという悪徳な債務者で、民事責任上は悪質な債務者である。かゝる人物に、被告人が第一審及び原審の被告人側の本件証拠に表れている程度の言葉を用いてその債務の支払いを求めたとしても、道義上行き過ぎた程度でしかなく、それが刑事上処罰に値いする恐喝行為として被告人に刑罰を科することは却つて社会正義に反するものと信ずる。被告人の河野敏鎌に対する債務の支払い要求は右証拠に表れた程度であるならば権利行使の範囲内にあつて社会通念上是認し得るものと考えられる。これをもし恐喝行為とするならば、小額の金員の取立は経済的に訴訟によるを得ず、よつてそれ以外の支払い要求によるが、本件程度の要求行為も許されないとすれば、債務者たる借主は法の保護の名の下に極めて不当な利益を得、小金融の経済社会が混乱に陥る危険は多分にある。被告人の本件所為が言葉にのみ終始していたところから考え、恐喝行為として非難するに当らない。一方右債務の取立と平行して被告人が車代を要求した事実をもつて、恐喝の事実を認定したが、この車代要求は、本件債務取立が被害者河野に責任があることから考え、債権者側の当然の権利であり、しかもその要求金額も何んら不当のものではない。第一審及び原審における被告人側の本件証拠から考察し、前記五〇、〇〇〇円の債権取立に合体した社会通念上是認し得る行為であり、何んら恐喝の事実はない。又一方、被告人においては権利行使の認識の下に本件所為を各為したのでそこには恐喝について故意は存しない。

以上いずれにしても被告人の本件所為をもつて恐喝の事実を認定することは全く事実を誤認したものである。よつて恐喝の事実を認定した原判決は重大な事実誤認があり原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると考える。

仮に右の主張が認められないとしても被告人に懲役八月の実刑を科したことは刑の是定を著しく誤つたものである。即ち、被告人に権利行使の認識しかなく、仮に恐喝の故意があつたとしてもそれは極めて薄弱であること、被害者河野にも本件事件発生に重大な責任があること、及び、本件事件は確定判決で分割されたが前後二件と合せて刑の量定をすべきところ、本件と前後二つの事実の刑期の合算が懲役二年であり、しかもその刑は本件事案には重きに過ぎる。ところで右刑期中一年四月は確定し、残り八月が未確定で、本件事案についての刑期とされているが、全体として本事案を見れば右懲役八月は被告人にとり極めて不当となる。この点で原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと考える。

右上告の趣意を陳述する。

（昭和三十七年七月十七日付）

以　上

昭和三七年(あ)第九七三号

被告人　山田こと　吉村金増

検察官の上告趣意

原判決は最高裁判所の判例と相反する判断をなしその判断は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから破棄は免れないものと思料する。

一、本件は、昭和三十六年十一月二十四日福岡地方裁判所が被告人に対する恐喝同未遂被告事件につき判示第一の一の罪につき懲役二月に処し未決勾留日数中百二十日を右懲役一年二月の刑に算入する旨の判決を言渡したのに対し被告人より同年十二月七日控訴の申立を為したが被告人は昭和三十六年十二月九日判示第一の三の罪に対する控訴を取下げたので右罪に対する懲役二月の刑が確定し、さらに昭和三十七年二月三日判示第一の一の罪に対する控訴を取下げたので、右罪に対する懲役一年二月の刑（以下(ニ)の刑と称する）が確定した。

よつて福岡高等裁判所第一刑事部は昭和三十七年三月二十八日残りの判示第一の二の罪（懲役八月）について右控訴を棄却し当審における未決勾留日数中七十日を原判決の懲役八月の刑に算入する旨の判決を言渡した事案である。

二、しかして被告人は第一審判示第一の一の罪（懲役一年二月に処せられた部分）につき昭和三十六年六月三日勾留状の執行を受け爾後勾留更新の上昭和三十七年二月三日右勾留にかかる罪につき控訴の取下をなし即日(ニ)の刑が確定する迄右勾留状によつて引続き勾留せられていたものであることは一件記録編綴中の勾留関係書類及び右の控訴取下書によつて明白である。

三、しかるところ被告人は添付にかかる福岡高等検察庁検察官より福岡刑務所長宛被告人の別刑執行状況についてと題する照会書及び福岡刑務所長より福岡高等検察庁検察官宛昭和三十七年四月二十日附福刑収第二〇三二号の被告人の別刑執行状況について回答と題する文書によつて明らかな如く、昭和三十六年十二月十四日より昭和三十七年一月三十一日迄前記(一)の刑の執行を受け（法定通算十三日）ついで昭和三十七年二月三日より前記福岡高等裁判所の判決が言渡される日迄引継き前記(二)の刑の執行を受けていたものである。

もつとも一件記録のみによつては右執行にかかる両刑が被告人の控訴取下げによつて確定したこと及び勾留状は前記判示第一の一の罪につき発せられていたものであることが明らかなだけで前記(一)(二)の刑の執行状況についてはこれを認むべき資料はないがしかしこのことは所謂裁判所の職権調査事項に属し且つ右執行にかかる両刑は本件と共に福岡高等裁判所第一刑事部に係属し、被告人の控訴取下によつて確定したものであるから直ちにこれが執行を見るべきことは容易に推認出来るところであつて裁判所として当然調査を要するところである。

四、以上の如く被告人は本件につき、前記(一)の刑の執行を受けた期間即ち昭和三十六年十二月十四日より昭和三十七年一月三十一日迄の四十九日間は前記判示第一の一の罪につき発せられた勾留状と重複拘禁を受けていたこととなり又被告人が前記判示第一の一の罪につき昭和三十七年二月三日控訴を取下げ即日(二)の刑の執行を受けるに至つた後は当然勾留状の効力は失効し未決勾留なるものは存在しないものといわなければならない。

しかしてかかる重複拘禁にかかる未決勾留を本刑に算入すること及び未決勾留が存在しないのにこれを算入することは刑法第二十一条の解釈適用を誤つた違法なものであつて前者については昭和二十九年(あ)第三八九号事件に対する同三十二年十二月二十五日大法廷判決（集十一巻十四号三千三百七十七頁）昭和三十三年(あ)第一五一四号事件に対する同年十一月七日第二小法廷判決（集十二巻十五号千五百四頁）がそれぞれ判例として明示しているところで後者については自明の理

である。

五、しからば控訴審として本刑に算入しうべき未決勾留日数は本件の控訴申立の日たる昭和三十六年十二月七日から前記(一)の刑の執行に着手した前日の昭和三十六年十二月十三日迄の七日間と、右刑の終了の翌日たる昭和三十七年二月一日から前示(二)刑の執行に着手した前日たる同月二日迄の二日間の合計九日に過ぎないに拘らず前記のとおり当審における未決勾留日数中七十日を本刑に算入する旨の判決を言渡したのは前掲の最高裁判所の判例と相反する判断をしたもので右判断は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから刑事訴訟法第四百十条により破棄を免れないものと信ずる。

以上

（昭和三十七年六月二十三日付）

福岡高等検察庁乙第二四九四号
昭和三十七年四月十九日

福岡高等検察庁検事　子原一夫

福岡刑務所長　松本貞男殿

被告人の別刑執行状況について

本籍　福岡県糸島郡二丈村大字鹿家九五四番地

恐喝、同未遂

山田こと

吉村金増

右者は頭書被告事件につき上告審係属中のところ同人に対する左記判決の刑執行状況を調査のうえ回答願いたく照会します。

記

昭和三六年一一月二四日福岡地方裁判所判決
判示第一の三の罪につき懲役二月（昭和三六年一二月九日控訴取下）
判示第一の一の罪につき懲役一年二月未決勾留日数百二十日算入（昭和三七年二月三日控訴取下）

福刑収第二〇三二号
昭和三十七年四月二十日

福岡高等検察庁
検察官検事　子　原　一　夫　殿

被告人の別刑執行状況について（回答）

本　籍　福岡県糸島郡二丈村大字鹿家九五四
恐喝、同未遂

福岡刑務所長　松　本　貞　男

山田こと
吉　村　金　増

昭和六年三月六日生

昭和三十七年四月十九日貴乙第二四九四号をもつて御照会のありました右者にかかる標記について左記のとおり回答します。

記

一、判示第一の三の罪　恐喝未遂罪　懲役二月　法定通算十三日
　昭和三六年一二月一四日刑起算　昭和三七年一月三一日刑終了
二、判示第一の一の罪　恐喝罪　懲役一年二月　裁定通算百二十日
　昭和三七年二月三日刑起算　昭和三七年一二月三日刑終了
三、参考事項
　昭和三六年五月二日福岡地裁小倉支部判決
　昭和三六年五月一七日判決確定
　銃砲刀剣類等所持取締法違反罪罰金弐万円（一日二百円換算）
　右刑のうち罰金四百円について次のとおり労役場留置執行
　昭和三六年一〇月三〇日起算　昭和三六年一〇月三一日終了

昭和六年三月六日生

昭和三七年(あ)第二五五八号

判　決

本　籍　東京都荒川区南千住町一丁目九一番地
住　居　同都台東区浅草今戸一丁目三番地　清水荘内
会社員　岡　博　昭和九年一〇月三日生

右暴行、公務執行妨害被告事件について、昭和三七年七月一一日東京高等裁判所の言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人元林義治の上告趣意第一について。

所論は、刑訴法二一二条二項は憲法三三条に違反する規定であり無効であるから、この無効の規定によりなされた逮捕手続を適法と認め、公務執行妨害罪の成立を認めた原判決は憲法に違反するという。

しかし、刑訴法二一二条二項が憲法三三条に違反しないことは、当裁判所の判例（昭和二三年(れ)第七七四号同年一二月一日大法廷判決、集二巻一三号一六七九頁）とするところであるから、論旨は採ることができない。

同第二について。

昭和三九年一〇月二七日判決　昭和三七年(あ)第二五五八号

所論は、(一)本件逮捕は刑訴法二一二条二項一号にいう「犯人として追呼されているとき」に当らず、(二)器物損壊罪は親告罪であるから告訴なき親告罪については現行犯逮捕をなすことは許されず、(三)右器物損壊罪はガラスコップ二個代価合計約一〇〇円という軽微な犯罪であるのに、これを現行犯逮捕したのは職権濫用というべく、憲法一一条一三条に違反するものであり、右三点のいずれの点よりするも、本件逮捕は違憲であるにもかかわらず、これを看過して適法な逮捕と認定した原判決は、結局、憲法三一条、三三条、一一条、一三条に違反すると主張する。

所論は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当らない。(なお、本件逮捕が適法である旨の原判断の結論は正当である。)

同第三は、事実誤認、同第四乃至第六は、単なる訴訟法違反、同第七は、量刑不当の主張であり、論旨その余の部分も違憲をいう点はあるが、実質は事実認定、単なる訴訟手続、量刑に対する論難の域を出でないものであつて、すべて適法な上告理由に当らない。

また、記録を調べても、刑訴法四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、同四〇八条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

昭和三九年一〇月二七日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　田中二郎

裁判官　石坂修一

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　横田正俊

裁判官　柏原語六

昭和三七年(あ)第二五五八号

弁護人元林義治の上告趣意

被告人　岡　博

序　説

当弁護人が本件に関する第一審記録及第二審の記録を精査した結果左の通り判断した。

(イ)　公訴事実中暴行罪は昭和三五年五月中旬頃の事件であり、公務執行妨害罪は昭和三六年八月三日の事件であつて、その間一年三月の隔りがあり、公務執行妨害を起訴するにあつて無罪の判決あることを慮れ、被告人が認める前者の暴行罪を俗に謂う「ツッカエ棒」として一年有余前の軽微な暴行事件を付帯させたもののようである。

(ロ)　暴行罪の犯行は浅草のキャバレー「新世界」に於て飲酒酩酊（三社祭の神輿かつぎの後）の上の出来事であり一応警察沙汰にはなつたが示談も成立し、訓戒の程度で許されているもので起訴されれば刑罰の軽重は別として無罪とはならないが日本の悪慣習（祭典の酒及日本人の酔払）を標準として強く非難すべき行為ではない事件である。

(ハ)　又公務執行妨害罪の犯行の要件である、警察官の職務執行を誘引した被告人の行為も亦前同様浅草のキャバレー「クラブ、社長」に於て飲酒酩酊の上の出来事であつてその行為のみであつたならば、前年の事件同様訓戒で許さるゝべき案件であつた。

(ニ)　第一審判決書に「被告人は公務執行の警察官等から暴行傷害を受けた事実並に後手錠をはめられた事実につき警察官吏の行動に行き過ぎがあれば、別個に糺明さるべき問題である」と説明されてゐるし、その事実は刑法第百九十五条及第百九十六条の特別公務員の傷害罪に該当する被告人の本件犯行以上に社会上黙秘すべからざる犯行である。

(ホ)　何れの暴行事件も、その原因が他意なく前記の如く飲酒酩酊に基く出来事であり、結果もたいしたことがない。殊に後

者の事件については警察が保護その他の類似する処分を為せば平穏に済んだ出来事であつたにも拘らず警察がその措置を誤り前記特別公務員の傷害の事実と相からんで発生したもので何れが原因を為したか判断の出来ない事案である。

本　論

原審判決（第一審判決並第二審判決）の第一の犯罪事実については刑の量定以外に之を争はず、第二の犯罪事実について以下第一項乃至第六項に主張する通り原審判決に憲法の違反があることを主張するものである。

第一、警視庁巡査川畑幸雄、同金井好男の両名が昭和三十六年八月三日東京都台東区浅草雷門一丁目七番地のクラブ「社長」に於いて被告人を器物損壊現行犯として逮捕した事実を認定しその現行犯は刑事訴訟法第二百十二条第二項第一号即ち被告人が犯人として追呼されてゐる事実があつて器物損壊罪を行い終つてから間がないと明らかに認められた為め所謂準現行犯であると説明してゐるが憲法第三十三条において現行犯として逮捕される場合は刑事訴訟法第二百十二条第一項に限られるものであると信ずる。

即ち、同法同条第二項の所謂準現行犯は憲法第三十三条に違反する規定であるから無効の規定で、従つて原審判決が被告人をこの無効の規定に則り準現行犯として逮捕した前記両巡査の逮捕手続を適法な公務執行と認めその公務執行をする右両巡査に暴行をなしたことについて公務執行妨害罪を認めたことは憲法違反となるのである。

第二、原審判決（第一審判決及第二審判決）中判示第二の事実については憲法第十一条、第十三条、第三十一条及第三十三条に違反するものである。

その理由は東京高等裁判所に於いて控訴棄却の判決があり、第一審判決を維持したのであるから第一審判決の理由中罪となるべき第二の事実が前記憲法違反の点があると謂うのである。

即ち、第一審判決は被告人が「昭和三十六年八月三日東京都台東区浅草雷門一丁目七番地、クラブ「社長」に於いて同

店代表者渡辺正治所有のガラスコップを投げつけ損壊した器物損壊現行犯人として警視庁巡査川畑幸雄、同金井好男両名から逮捕され、同藤瀬武が運転する乗用自動車で浅草警察へ連行される途中、右自動車が同区浅草雷門二丁目十六番地附近に差しかかつた際同車内において右両巡査が被告人の行動を静止しようとしたところ同巡査等に対し両肱をツッパッテ顔面をつき足部等を足蹴りにする等の暴行を加え（その間約二分）もつて右両巡査の職務の執行を妨害し。たものである」との事実を認定し刑法第九十五条第一項を適用し懲役刑を選択して併合罪の法令等を適用した上科刑しているが、

1、被告人を現行犯人として逮捕したとの認定が前記憲法条章に違反する。

(イ)　第一審判決は前記各巡査が被告人を逮捕したときの状況につき「被告人がクラブ「社長」でガラスコップを損壊した後テーブルに着座していた際で現に罪を行い終つたものではないが、被告人の行動を見て前記渡辺正治が警察に急報し、右クラブ「社長」の客席にいる被告人を注視していて前記巡査達が到着した際同店のボーイをして指示させたことにより、その逮捕が刑事訴訟法第二百十二条第二項第一号に該当する適法のものである」と判示しているが渡辺正治氏が客席にいる被告人を注視していた事実並に同人がボーイをして指示させたとの事実認定に誤認がある（後記第二項参照）が一応この事実を前提としてもその事実は刑事訴訟法第二百十二条第二項第一号に記載する「被告人が犯人として追呼せられているとき」に該当するものではないのである。

凡そ、犯人として追呼せられているときは、追呼の字義の通り犯人が逮捕を免れよおと企てる意思その他捜査を妨げよおとして犯行の現場から立去る場合その犯行を現認する者等から犯人と呼称されて追跡をうけている状態を謂うものであることは追呼の文字の表はす通りであるにも拘らず第一審判決は犯行後唯犯人を注視していた者が更に第三者をして警察官吏に犯人を指示せしめる場合をも刑事訴訟法第二項第一号の追呼に該当すと云い第二審判決も之を維持していることは法律の解釈を誤つたものであり而も後に論ずる如く被告人がガラスコップを損壊したものでなく前

記渡辺正治が被告人を注視していたものでもないし、同人がボーイに指示させたものでもなく前記巡査がボーイに尋ね被告人の席（六番テーブル）に至つたものであるにおいては現行犯人として被告人を逮捕したことは違法である。

この件につき特に注意すべきことは刑罰法規は絶対に拡張解釈を許すべきものでなく殊に憲法第十一条に基本的人権の享有を保障し同第十三条に個人の生命及自由の尊重を保障し逮捕については同第三十一条に法定手続の保障を規定し、同第三十三条には司法官憲の令状に因ることを原則とし現行犯の逮捕は万止むを得ない事情のあるときに限られ、而してその現行犯の認定につき警察官の恣意的になることを防止するため刑事訴訟法第二百十二条第二項に追呼その他三つの場合に限られているのであるからその追呼外三つの場合についても厳格に解すべきものであつて拡張解釈を許すべきものではない、ことに留意すべきである。又憲法第三十三条の現行犯が刑事訴訟法第二百十二条第二項を含むか否かについても学者間異論のあることを留意されたい（団藤重光著、新刑事訴訟法綱要、第四編第二章、第二節第二款第一項の令状によらない強制処分の解説）。

その他本件については現行犯人と認むべき何等の証拠がないのであるから警視庁巡査川端幸雄、同金井好男両名が被告人を逮捕したのは前掲憲法に違反する行為であつて、適法な警察官吏の職務執行ではない。

(ロ) 前記両巡査が現行犯として被告人を逮捕した犯罪事実は渡辺正治所有のガラスコップを投げつけ損壊した器物損壊罪を犯したことを理由としているが器物損壊罪は刑法第二百六十四条に規定する如く告訴をまつて論ずべき親告罪である。被告人が前記渡辺正治所有のガラスコップを損壊したものでないことは後に論ずるのであるが、仮に然りとしても同人は告訴していないのみならず同人に対する警察官作成の供述調書に同人の供述として「被害届は出しますが告訴状は出しません」との記載によると前記両巡査が被告人を逮捕した際被害届も出していないのみならず告訴をする意思が毛頭なかつた事実が認められるのであるから、告訴をまつて論ずべき右親告罪について被告人を現行犯として逮捕したことは前掲憲法条に違反するものである。詰り親告罪を現行犯として逮捕して捜査を進めても告訴のなき限り公訴の条件を具備しないのであるから刑罰法規が厳格に解さるべきものであり現行犯逮捕が例外の場合でその条件を厳格に解すべきものである立法の趣旨から告訴なき親告罪につき現行犯逮捕は明らかに憲法第十一条及同第十三条に違反するものであつて、この違反した現行犯逮捕は適法な警察官吏の公務執行行為でないのである。

(ハ) 仮に親告罪につき告訴を要せずして現行犯と認めた場合犯人を逮捕し得るものとしても本件の場合を按ずるにその器物損壊たるや原審判決は「渡辺正治所有のガラスコップをナグゲッケ損壊した」とのみ判示しコップの数量を明記していない。前掲渡辺正治供述調書中に「コップ二ケを割りました」との記載及控訴審第五回公判調書中証人渡辺正治の供述として「コップ二ケの代価が約金一〇〇円である」旨の記載から原審判決に判示するコップ二ケであつてその価格が新しいもので一〇〇円と認定すべき事案である。

被告人が右渡辺正治所有のガラスコップを損壊したものではないことは後に論ずるとしてガラスコップ二ケその代金合計一〇〇円の器物損壊罪に対し現行犯として警察官が之を逮捕したことは職権濫用と謂うべく、従つてこの点から論ずるも前同様憲法第十一条及同第十三条に違反するものである。凡そガラスコップ二ケの損壊罪は微罪と見ることが常識であり何人も異論なきところと考える被告人のその犯罪ありとしても前記両巡査が現行犯として逮捕したことは前記憲法によつて人権を保障されている現在日本に於いて之を許すべきものではないもので適法な警察官吏の職務執行ではない。

2、原審判決が警視庁巡査川畑幸雄、同金井好男両名が被告人を渡辺正治所有のガラスコップを投げつけ損壊した器物損壊現行犯として逮捕したことにつき前記三点何れの点からするも夫々憲法に違反するものであるにも拘らず之を看過し之を適法な逮捕として認定したのであるから前記(イ)記載の如く現行犯人でない（刑事訴訟法第二百十二条第二項第一号

に該当しない）点においては憲法第三十一条及同第三十三条に違反した判決であり、前記(ロ)記載の如く告訴なき親告罪について現行犯逮捕したことを看過して之を適法な現行犯逮捕となした点において原審判決は憲法第三十一条、同第三十三条、同第十一条及同第十三条に違反した判決であり、更に前記(ハ)記載の如く微罪の現行犯を逮捕したことが職権濫用であることを看過した点において憲法第三十一条、同第十一条及同第十三条に違反の判決である。

3、而して、公務員の職務の執行が適法でない限り公務執行妨害罪か成立しないことは通説なのであるから原審判決第二の公務執行妨害罪は成立しないのである。（木村亀二刑法各論(上)二十頁）

第三、重大な事実の誤認

原審判決（第一審判決及第二審判決）は被告人を公務執行妨害と認定する前提である警視庁巡査川畑幸雄、同金井好男両名が昭和三十六年八月三日東京都台東区浅草雷門一丁目七番地クラブ「社長」において被告人を器物損壊現行犯人として逮捕したとの認定は誤認である。

1　全記録を精査するに被告人が同日同所で為したその乱行については昭和三十六年六月一日法律第一〇三号「酒に酔つて公衆に迷惑をかける行為防止等に関する法律」に該当する行為として俗に謂う「トラバコ」に保護すべき行為であり浅草警察一一〇番に電話をした渡辺正治も亦その程度の保護を願出たものであることは同人に対する警察官作成の供述調書中同人の供述として「被告人は二十一、二才の男（石川のこと）と店の階下七番テーブルで社交員輝美を指名してビール四、五本を飲みそのうち何か気にさわつたらしく午后十一時十五分頃被告人はコップでビールを前記輝美にかけアバレ初め遂にコップを床の上に投げつけ二ケを割りました、私は他のお客さんに何かあると困ると思い私が一一〇番を掛けお巡さんを呼んだのでした」との記載、控訴審第五回公判調書中証人渡辺正治の供述として「私しは開店間ぎわのことでもあり大きなことになつては大変だと思い万全を考えて電話を掛けたのです、当時開店早々で客を摑みたい為め他の客に影響しては大変だと考えたのですが今から考えてみると当時は経験も浅く多少神経過敏だつたということは云えます」との記載並「店の入口で四、五人の警官にお陰様でもお納まつた様ですからと云つて頭を下げました、そのとき一人の警官が地階に降りて行き間もなく岡さんと一緒にのぼつて来てパトロールカーに乗せて行きました」との記載。

等で認められるのであるからこの事案は前掲法律第一〇三号として処理すべき案件であり、現場に臨んだ前記警察官等も又その趣旨において同行を求め争いなくパトロールカーに乗車させたのであるがその途中被告人が前記両警察官から甚だしき暴行を受け、原審判決が認定してゐる傷害を受ける程の車中争となつた結果警察官三対被告人一の割合の外酌人と正気者との争いは被告人が勝目なく遂に手錠を背手にかけられ浅草警察署に連行され同署においてその処理につき公務執行妨害罪の現行犯手続を執ると共に器物損壊犯人の現行犯の逮捕手続書を作成して事件を糊塗したのが真相であり（記録逮捕手続書）。

尚、前記両巡査の上級警察官吏として小口巡査部長が現場に臨んでいたことは警視庁巡査川畑幸雄に対する警察官作成供述調書中「そのうち監督車両警視第六六五号に乗つていた第二班の小口部長と金井巡査が現場にかけつけて来たので私も一緒に店に入らおとしたところボーイがマネージャーが話しをつけるから待つて下さいと云はれ私は入口で待つており小口部長以下三名が店の中に入つて行きました」との記載、警視庁巡査金井好男に対する警察官作成の供述調書中同人の供述として「私が被告人に店にいては迷惑だし表に出て話そおと云つたが被告人が頑張つていたところ間もなく小口部長も店に入つて来て岡の手を持つたところ岡は行くからさわるなと云つて連れの男と一緒に玄関先（地上）まで出て行き小口部長が警視第六五七号のドアを開け乗車させよおとすると岡は小口巡査部長の右腕を引きずり入れる様に早く乗れよと、すごい勢いで乗車しました」

との記載で明らかであつて以上の事実は小口部長は勿論金井巡査も川畑巡査も被告人をクラブ「社長」と云う地下室にあるキャバレーで被告人を器物損壊罪の現行犯人として逮捕したものではないことが推定出来る」

凡そ、逮捕とは捜査機関及私人が被疑者の移動の自由を拘束する行為並に引継ぎ抑留する行為を謂うのである（有斐閣刊行我妻、宮沢編新法律学辞典、刑法担当東京大学教授団藤、同平野解説）然らば前記事実は前記の如くバトカーに被告人が乗車し神谷バー前迄に至る迄は逮捕の状況でなく車中斗争から公務執行妨害罪の構成要件を充足さる為め器物毀棄の現行犯逮捕に切りかえたことが明白である。

原審判決が前記両巡査か前記クラブ「社長」て被告人を器物毀棄の現行犯として逮捕したことが誤認であるのである から原審判決の判示の如く現行犯として逮捕され浅草警察署に連行される自動車内で暴行があつたとしても前記両巡査の被告人逮捕手続中の公務の執行でないのであるから公務執行妨害に該当しないのである、この事実誤認は刑事訴訟法第四百十一条第三号に所謂「判決に影響を及ぼすべき重大な誤認であり且著しく正義に反するものである」から原審判決を破棄すべきである。

2　被告人が渡辺正治所有のガラスコップを投げつけ損壊との認定も又誤認であつてガラスコップを投げつけたのは被告人とクラブ「社長」に同道した石川と謂う者であつたことは控訴審第五回公判調書中証人渡辺正治の証言として「私は警察で被告人がコップを床の上に投げつけ二ヶ割つたと述べましたが当日店に帰つてから（八月三日夜浅草警察署に出頭して）後で社交さん達に聞いたところグラスは石川と云う人が投げたのだと云うことでした私は現場に居たわけでないからはつきりしたことではないと前置きして申し上げたのです岡さんは前々から名前も知つているし会計も岡さんが払つていますから私の見方も岡さんに重点をおきますから話しも自然とそおなるわけで警察でも斯ういう事だろおと前おきして話したのであるが字に書けば多少言葉の違いということも出て来ます」との記載から明らかに器物損壊をしたのは被告人でなかつたことが明らかであり、その他の関係人の供述調書等被告人がガラスコップを損壊したかを確認する証拠がない。

然らば被告人を器物損壊罪の現行犯として逮捕したことは前第一項1の(イ)乃至(ロ)で述べた如き違法なものでなかつたとしても犯人に非らざる者を誤認して逮捕したものであるからその逮捕も又憲法第十一条、同第十三条、同第三十一条及同第三十三条に違反するものであり、且之の事実誤認は前記両巡査の現行犯逮捕手続が適法な公務の職務執行ではないことになるのであるからバトカーで浅草警察署に連行される車中で被告人が原審判示の如き警察官に暴行を加えたとしても両巡査の職務執行を妨害したことにはならないという結論になつて右事実誤認は前同様刑事訴訟法第四百十一条第三号に所謂「判決に及ぼすべき重大な事実の誤認がある場合」に該当し「著しく正義に反するものであるから」原審判決を破棄されるべきものである。

3　第一審判決はその理由末尾において。

前記川畑、金井両巡査が判示クラブ「社長」において逮捕した時被告人が同クラブの代表者渡辺正治が警察に急報し客席にいる被告人を注視していて前記巡査が到着した際同店のボーイをして指示させた事実を認定し之によつて刑事訴訟法第二百一条第二項第一号に規定する「犯人として追呼せられているとき」に該当すると記載しているこの判示事実は甚だしき誤認である。

(イ)　前記渡辺正治が警察に急報したことは争はない。

(ロ)　然し同人が客席（六番）に居る被告人を注視していたものでなく同人がボーイを指示した事実はない。このことは控訴審第五回公判調書中証人渡辺正治の証言として「私は入口（地階）に居りましたが四、五人の警察官にお陰様でもお納つた様ですからと頭を下げました。その時一人の警官が地下へ行きました間もなく岡さんと一緒に上つて来て

岡さんをパトロールカーに乗せて警察に行きました」との記載、弁護人が岡の所へ警察を案内した者があつたかとの問に対し「サ……案内した者があつたかどおか記憶にないので判りません」との記載、同弁護人の、巡査部長が後から地下に降りて行つたの知つているかとの問に「サ……それは知りません云々……」と記載、検察官の、七番のテーブルが見える所から電話までどの位の時間が行けるかとの問に対し「それはすぐ行けます云々、その時も別に電話をかけると云う様な意味で上に昇つて行つたわけではないのです」との記載、「上に昇つて二、三分たつた頃、店の主任から報告を受け之を信用して電話をかけたもので私しはコップを投げた頃は見ておりません」との記載並同検察官の、警察では報告通り述べたのかとの問に対し「そおです、コップを割つたのは岡か石川かわからなかつたのですとの趣旨」の記載、及び控訴審第一回公判調書中証人金井好男の証言として「クラブ「社長」に行き暴れている高橋組の若い者についてはボーイが案内してくれて六番テーブルを指してあすこに座つている人と知らされました」との記載並控訴審第三回公判調書中同証人の証言として「私は現場へ到着してからクラブ「社長」のボーイに先導されて地下のホールへ行きました、階段を降りて入口からホールで右側のテーブルに岡と外一名の男と三人位女給が座つていたと思います」との記載によつて明らかである。

右の如く第一審判決は事実を誤認しているもので前掲各証拠を綜合すると、クラブ「社長」の代表者渡辺正治は判示コップを投げつけた事件を目撃しているものでもなく右クラブ「社長」は地下室にあつて右渡辺正治は当時地階に昇つて居たものであり、地階に居た際主任（ボーイ頭）から事件の報告を受け電話をしたものであり警察官がボーイに聞いてボーイの案内で被告人の席に臨んだもので前記渡辺正治がボーイに命令して被告人を指示させたものでもない。之の事実誤認は原審判決中右渡辺正治がガラスコップを損壊することを見て警察官が来る迄被告人を注視していたこと及右渡辺正治がボーイに犯人を指示させたと云う事実の認定を覆えすものであり、刑事訴訟法第四百十一条第三号に

所謂「判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認」であり、之の事実の誤認がなければ同法第二百十二条第二項第一号に該当せず従つて準現行犯でないことになるのであるから、謂うまでもなく同法第四百十一条の「著しく正義に反すると認めること」になるのであるから当然原審判決を破棄すべきである。

第四、理由不備

第一審判決は「被告人が浅草警察署に連行されるパトロールカーの車内で左下眼検部打撲傷及上口唇打撲傷を受けた事実及び被告人が車内で後手錠をかけられた事実を認めその傷害が両巡査の行動に行き過ぎがあつたとすればそれは本件と別個に糺明さるべき問題であつて被告人の本件罪責が之によつて消滅すべき、すじ合いでない」として公務執行妨害罪を認定しているが右被告人に傷害を与えた警察官等の暴行と被告人が両巡査に対し両肱をつつぱつて顔面をつき足部等を足蹴りにした暴行との因果関係について判断をしていない。

仮に被告人がパトカー内で運転台に乗り出したり運転する巡査の肩に手をかけたり運転席のシートをゆすぶつたりしたとしても判示の如く両巡査が被告人を座席に引戻したり之を静止する為に取り押えるにつき両巡査が被告人に対し前記の如き暴行傷害を加える必要がなかつた筈である。警察官のこの暴行に対し原因し被告人が両巡査に対し判示の如き暴行を為したとするならば被告人に判示の如き傷害を与える程度の両巡査の暴行と被告人が両巡査に対し両肱を突張つて顔面をつき足部等を足蹴す程度の暴行との間に格段の差があるのみならず若し警察官の暴行が原因するとすれば被告人に判示暴行があつたとしても公務執行妨害は成立しないこの点原審判決時に於て審理判断すべきものであり、第一審判決摘示は寧ろ被告人が自動車の運転を妨害する行為に出でたことに原因し、両巡査が之を取り押えようとして判示の如き暴行傷害を被告人に与えこれに反発した被告人が金井、川畑両巡査に対し判示の如き暴行沙汰に出でたものと認定したもののようである。

然らば右両巡査が被告人の自動車運転を妨げる行為になした判示暴行傷害は職務上適法な執行と謂うべきではない従つてその暴行に対する反発として、換言すれば、職務の適法な執行でない警察官が被告人に対し加えた暴力傷害の行為と相争う為に被告人が両巡査になした暴行であつて公務執行妨害罪に該当するものではなく、且被告人は右両巡査の正当な公務執行と解してゐなかつたのたから公務執行妨害罪は成立しない。

この点第一審判決は事実審理が不充分であるのみならず判決自体に記載した認定事実と被告人に公務執行妨害罪の認定との間に審理不尽理由不備があると共に理由に齟齬あるものである。

第五、第二審判決の理由の齟齬

1、被告人が小口巡査部長の説得で同行に応じ自動車に乗る際にも小口部長に対し「お前も一緒に乗れ」と云つて袖を引いたことを認定しながら後に素直に同行に応じたものでなかつたと認定したことは経験則に反し寧ろ被告人が素直に同行に応じたものと認むべきである。

2、前記両巡査が被告人に対し「コップを投げたことで本署に行つて貰いたいと告げたところ被告人は暴言を吐いて之に応ぜず漸く小口巡査部長の説得によつて同行に応じたものである」ことを認定し、更に右警察官等が被告人に対し「逮捕する」との言葉を用いたか否か明確でないと認定し乍ら後に被告人は警察官の強制によつて拒否し難く之に応じたものであるから被告人が逮捕せられたものと云うことが出来る」と判断したことも亦理由齟齬である。即ち逮捕が前記説明した通り人の移動の自由を拘束し抑留することを云うものであるから右の事実は逮捕と謂うべきでない。この点も亦第二審判決は甚だしく理由を齟齬するのである。

第六、第二審判決は弁護人の主張に対し判断遺脱している。

1、第二審判決は控訴趣旨第二の事実に関し被告人が任意同行したもので逮捕されたものではない。仮に逮捕されたものとしてもその逮捕が適法要件を欠いているものとの主張すると判示し種々説示した上被告人は逮捕されたものと認定しているが逮捕が適法要件を具備しないとの弁護人の主張に対し判断を遺脱している。

2、第一審判決も第二審判決も公務執行妨害罪につき被告人に犯意を有したか否かの点についても判断を遺脱している、即ち公務執行妨害罪の成立には、仮に公務員の職務執行が適法であつても行為者が違法なものと誤信した場合は故意を阻却する。（木村亀二編法律学ハンドブック、刑法各論第十一公務執行妨害罪第四項）

而して第一審判決は「被告人がバトカーに乗せられたときも警察に行く必要はない」と申したことを認定し、第二審判決もまた前記両巡査が判示クラブ「社長」において被告人に対し「コップを投げたことで署に行つて貰いたい」と告げたところ被告人は「俺が何を悪いことをした逮捕するのだつたら令状を持つて来い」と主張した事実を認めている、又この事実は本件記録中前記両巡査に対する警察官の供述調書及第一審の公判における右両巡査の証言並に藤瀬武巡査の証言、第二審公判における藤瀬巡査及金井巡査の各証言によつて明らかに認められるものであるから、この上告趣意書第三項で主張した如く逮捕の事実がなかつたとの主張並第一項で主張した逮捕が違法であるとの主張が認容されないとしても第一審判決も第二審判決も被告人が判示バトカーで浅草警察署に連行される途中両警察官の職務行為に対し違法であると信じていたこと認定しているのであるから当然被告人に対し公務執行妨害の故意を阻却するものとして無罪の判決を云渡すべきであつたのである。

第七、刑の量定が甚だしく不当であつて著しく正義に反する。

1、原審判決第一の暴行罪は罰金刑で然るべきである。

(イ) 序説に記載した通り浅草の三社祭りに神輿をかついだ被告人が昼間から多量に飲酒し被告人が保安員として担当するキャバレー「新世界」に到り酩酊していた為め誤解から生じたことに原因する。

(ロ) 暴行の程度は単に平手で支配人飯島聰明の顔面を殴打したに過ぎない。

(ハ) 示談が成立している。

(ニ) 起訴されるまで一年四月を過ぎ現在において三年以上を経過しているものである。

こと等の事情から実刑を科する案件ではない。

2、原審判決第二の公務執行妨害罪については前記本論において種々観点から論議した通りであるが一応第一審判決及第二審判決に記載された事実を基礎としても

(イ) 両巡査が被告人を現行犯として逮捕した犯行は飲食店に使用するガラスコップ（一ケ五十円）を損壊したに過ぎないものである。

(ロ) 被害者は告訴する意思を有せず且現行犯逮捕を希望していたものではない。

(ハ) 被害者は被告人を熟知している間柄である。

(ニ) 右コップの損壊は飲酒酩酊の上キャバレーの女給にカラカウ程度のいたづらから生じたに過ぎないものである。

(ホ) パトカー車中に於て被告人が両警察官になした暴行も大したことなく逆に両巡査から暴行傷害を受けている。

(ヘ) 被告人の両巡査になした暴行も又飲酒酩酊の上であつて特に逃走しよおと企てるなど悪質な意図の下に行はれたものではない。

(ト) 前記の如く昭和三十六年法律第一〇三号酩酊規定法によつて処理すべき案件であつたにも拘らず警察官が令状を有せず無理な現行犯逮捕をなした結果からである。

(チ) 器物損壊についてに示談も成立している。

等の事情から検察官は不起訴処分にして然るべき案件である。

3、被告人には不幸にして前科の執行猶予の刑があつて本年十一月十一日にその期間が満了することになつているにも拘らず本件について実刑を科せられるならば当然前の執行猶予が取消されて一年の刑も併せて執行を受けることになつて甚だしい重い懲罰を受る結果になる。

4、被告人は第一審に於て七十九日の長い未決勾留処分を受けてゐる、公務執行妨害罪と暴行罪の併合罪でも刑法第二十五条第二項前段に則り本件についても亦執行猶予の宣告をなすことが至当である。

総括

一、前記本論の冒頭に記載した通り第一審判決の第一の犯罪事実は之を争はず、唯本論第七項で述べた通り刑の量定が過重であるとの主張に止る。

第一審判決第二の公務執行妨害罪については之を認めるとしても刑の量定が過重であることについて前回同様本論第七項に主張した通りである。

二、第一審判決第二の公務執行罪については独逸刑法第百十三条に「職務の適法な執行にあたり」と規定する如く我が刑法においても公務の職務執行が法令上の要件を具備し且適法有効であることを必要とする通説に従い前記本論第一項並第二項において警視庁巡査川畑幸雄が被告人を器物損壊現行犯人として逮捕したものとしても憲法第十一条及同第十三条又は同第三十一条及同三十三条に違反するものであることを主張し本論第三項に於いて前記両巡査が被告人を現行犯として逮捕の手続をしたものでなく被告人に刑事訴訟法第二百十二条第二項第二号の事実もなく任意同行に応じパトカーに乗車して警察署に連行される途中において被告人が暴行をしたのであるから右両巡査が現行犯逮捕の公務執行中でなかつたことに依つて原審判決が重大な事実を誤認し且判決に及ぼす影響が重大で著しく正義に反するものであるから破棄すべきものであることを主張したのである。

三、第四項理由不備並第五項理由の齟齬及第六項弁護人の主張に対する判断の遺脱等は被告人が両巡査に暴行を為した際両巡査が適法な公務を執行しゐないと信してゐたものであるから故意を阻却するものであり其他何れも原審判決が粗漏であることを指摘して原審判決を破棄すべきことを主張した。

四、凡そ社会に「冗談から駒が出た」とか「針小棒大」等の言葉があるが原審判決第二の公務執行妨害罪として被告人が検挙実刑を受けるに至つたことは全く比喩に該当するものと思もわれる。既に前記数ヶ所において主張した通りこの公務執行妨害罪の原因をなした両巡査の公務執行が法令上の要件を具備したものとしても適法有効なものでないとの主張はサテ置き、僅か価格金百円相当のガラスコップ二つを損壊した飲食店、キャバレーにおける泥酔者の行為を取締りが甚だしく隠当を欠いた為めに起つたものであるのみならず両巡査が被告人に傷害を与えた特別公務員職権濫用の行為を糺弾せずして被告人のみを非難し且実刑を科したことはどの角度から論じても憲法第十一条、同第十三条によつて保障された人権を無視し甚たしく正義に反した違反な判決と云はざるを得ないのであつて前記両巡査の非行に対し人権擁護委員会若しくは刑事訴訟手続に依つて糺弾する準備中である。

（昭和三十八年一月十六日付）

以　上

昭和三九年(さ)第六号

判　決

本　籍　金沢市茨木町七〇番地
住　居　福井市佐佳枝下町一五番地　松本工務店内
現場監督
安　吉　栄　信
昭和一〇年四月一六日生

右の者に対する道路交通法違反被告事件につき、昭和三九年三月四日福井簡易裁判所がした略式命令に対し、検事総長から非常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

原略式命令を破棄する。
被告人を免訴する。

理　由

本件記録によれば、福井簡易裁判所は、昭和三九年三月四日に、「被告人は、所轄警察署長の許可を受けないで、昭和三八年一二月二〇日午後三時ごろ、福井市佐佳枝上町四一番地先道路上において、人夫幸村三郎をして、長さ九〇センチメートル幅六〇センチメートル深さ八〇センチメートルの穴を掘らしめる作業をしたものである。」との犯罪事実を認定して、道路交通法七七条一項一号、一一九条一項一二号、刑法一八条を適用し、被告人を罰金三〇〇〇円（換刑処分、二〇〇円を一日に換算）に処する旨の略式命令をなし、同月一〇日にその謄本を被告人に送達したこと、および右略式命令は、法定期

間内に正式裁判の請求がなかつたため、同月二五日に確定したことが認められ、また、添付された別件記録によれば、同裁判所は、右略式命令前である同年二月一日に、「被告人は、警察署長の許可を受けないで、昭和三八年一二月二〇日午後三時ごろ、福井市佐佳枝上町四一番地先路上において、使用人幸村三郎をして、右道路のアスファルトを割り、幅六〇センチメートル長さ九〇センチメートル深さ八〇センチメートルの穴を掘らせ、工事をしたものである。」との犯罪事実を認定して、道路交通法七七条一項一号、一一九条一項一二号、刑法一八条を適用し、被告人を罰金三〇〇〇円（換刑処分、二〇〇円を一日に換算）に処する旨の略式命令をし、同月六日にその謄本を被告人に送達したこと、および右略式命令は、法定期間内に正式裁判の請求がなかつたため、同月二一日に確定したことが認められる。

ところで、右二個の略式命令によつて認定された犯罪事実は、その日時、場所および内容において全く同一であることが明らかである。したがつて、同裁判所は、後の略式命令（三月四日付でしたもの）請求事件を刑訴四六三条一項により通常手続に移したうえ、同三三七条一号により免訴の言渡をなすべきであつたといわなければならない。しかるに同裁判所は、この手続をとることなく、前記のように重ねて略式命令をしたのであるから、これが法令に違反し被告人のために不利益であることはまことに明白である。

よつて、刑訴四五八条一号、三三七条一号により、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　平出禾公判出席

昭和三九年一〇月二七日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　田中二郎

裁判官　石坂修一

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　横田正俊

裁判官　柏原語六

昭和三九年(さ)第六号

検事総長の非常上告理由

被告人　安吉栄信

被告人安吉栄信は、昭和三九年二月一八日福井区検察庁検察官事務取扱検察事務官より福井簡易裁判所に対して道路交通法違反として「被告人は、所轄警察署長の許可を受けないで、昭和三八年一二月二〇日午後三時頃福井市佐佳枝上町四一番地先道路上において人夫幸村三郎をして長さ九〇センチメートル巾六〇センチメートル深さ八〇センチメートルの穴を掘らしめる作業をしたものである。」との公訴事実により起訴略式命令を請求され、これに対し同裁判所は昭和三九年三月四日公訴事実と同一の犯罪事実を認定したうえ、道路交通法第七七条第一項第一号、第一一九条第一項第一二号を適用して「被告人を罰金三千円に処する。右の罰金を完納することができないときは、金弐百円を壱日に換算した期間被告人を労役場に留置する。」との略式命令を発し、この命令は同年三月一〇日被告人に送達され、その後正式裁判請求期間の経過により同年同月二五日確定するに至つたことは、添付の右一件記録に徴し明らかなところである。

しかるに、添付の別件記録によれば、右略式命令の確定前である昭和三九年一月二一日福井区検察庁検察事務取扱検察事務官より福井簡易裁判所に対し道路交通法違反として「被告人は警察署長の許可を受けないで昭和三八年一二月二〇日午後三時頃、福井市佐佳枝上町四一番地先道路において使用人幸村三郎をして右道路のアスファルトを割り幅六〇センチメートル長さ九〇センチメートル深さ八〇センチメートルの穴を掘らせ工事をしたものである。」との公訴事実により起訴略式命令を請求され、これに対し、同裁判所は、昭和三九年二月一日公訴事実と同一の犯罪事実を認定したうえ、前記同一法条を適用して「被告人を罰金参千円に処する。右の罰金を完納することができないときは、金弐百円を壱日に換算した期間被告人を労役場に留置する。」との略式命令を発し、この命令は、同年二月六日被告人に送達され、その後正式裁判請求期間の

経過により同年二月二一日確定するに至つたことが明らかである。

ところで、右のようにして確定するに至つた前後二個の略式命令を対比検討すると、両者の犯罪の日時・場所・内容において全く同一であるから、本件は、まさに、同一事実について二重に起訴され、二重に処罰した違法があるものといわなければならない。

従つて、後に略式命令の請求を受けた福井簡易裁判所は、刑事訴訟法第四六三条により事件を通常の手続に移したうえ、同法第三三七条第一号により免訴の判決を言渡すべきであつたに拘らず、同裁判所がこの手続をとることなく前記のように重ねて略式命令を発したのは、審判が法令に違反していることが明らかであり、しかも被告人のため不利益である。

よつて、右昭和三九年三月四日福井簡易裁判所が発した略式命令を破棄して被告人を免訴する旨の裁判を求めるため本件非常上告を申立てた次第である。

（昭和三九年九月四日付）

以　上

昭和三八年(あ)第二二三号

判　決

本　籍　福岡県田川郡香春町大字中津原七〇二番地の一
住　居　小倉市妙見町一丁目　小倉地区労働組合会議事務局長
島　津　太　助
大正一二年三月二〇日生

本　籍　小倉市大字足原七七九番地
住　居　同市同大字大昌小倉炭鉱菊ヶ丘社宅二七組　日本共産党赤旗新聞小倉地区事務局長（休職）
原　功
昭和五年一月一四日生

本　籍　小倉市大字守恒一八五番地
住　居　同市足原大昌辻ノ原　高橋ウメ方　総評北九州地方オルグ
大　森　貞　文
昭和八年一二月一七日生

本　籍　大阪市東淀川区三津屋北通五丁目五九番地の一

昭和三九年一〇月二九日判決　昭和三八年(あ)第二二三号

住　居　小倉市足原大畠小倉炭鉱菊ヶ丘社宅二七組　原方
鉄筋工　村上農　昭和七年八月一日生

本　籍　広島県比婆郡高野町大字上湯川乙八七番地
住　居　小倉市宇佐町三丁目　森原サカエ方
無職　恩田隆　昭和七年一一月三日生

本　籍　小倉市大字富野七二六番地
住　居　同市宇佐町三丁目　森原サカエ方
組合専従員　福田茂　大正一四年九月四日生

右の者らに対する暴力行為等処罰ニ関スル法律違反、右被告人島津太助に対する建造物侵入被告事件について、昭和三七年一二月一一日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人諫山博の上告趣意第一点について。

所論は憲法二八条違反をいうが、同法条は勤労者の団結権、団体交渉権その他の団体行動権を保障しているが、この保障もかかる勤労者の権利の無制限な行使を許容し、それが国民の平等権、自由権、財産権等の基本的人権に絶対的に優位することを是認するものでなく、従つて勤労者が労働争議において使用者側の自由意思を剝奪し又は極度に抑圧するような行為をすることを許容するものではないことは当裁判所の判例とするところである（昭和二三年(れ)第一〇四九号同二五年一一月一五日大法廷判決、集四巻一一号二二五七頁参照）。そして所論労働組合法一条二項も、同条一項の目的達成のためにした正当な行為についてのみ、刑法三五条の適用を認めたに過ぎず、勤労者の団体交渉においても刑法所定の暴行罪などにあたる行為が行われた場合にまで、その適用があることを定めたものではないこともまた当裁判所の判例とするところである（昭和二二年(れ)第三一九号同二四年五月一八日大法廷判決、集三巻六号七七二頁参照）。しかして本件において、原審の認定した事実関係の下における被告人らの行為を前段説示したところに照せば、被告人らの右行為が憲法二八条の保障する勤労者の団体行動権の行使に該当するものでないことは明らかである。それ故論旨は理由がない。

同第二点について。

所論は、事実誤認、単なる訴訟法違反の主張であり、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同第三点について。

所論は、事実誤認、単なる訴訟法違反の主張であり、刑訴四〇五条の上告理由に当らない（原審認定の事実関係の下においては住居侵入罪に当るものとした原審の判断は正当である）。

昭和三九年一〇月二九日判決　昭和三八年(あ)第二二三号　三

同第四点について。

所論中憲法三七条二項違反をいう点もあるが、実質は単なる訴訟法違反の主張であり、刑訴四〇五条の上告理由に当らない（所論安部次一の供述調書を証拠としたことは、刑訴三二一条一項三号に違反するものとは認められない）。

被告人原功、同大森貞文、同福田茂の各上告趣意は、事実誤認、単なる法令違反の主張であり、被告人島津太助の上告趣意は、事実誤認の主張であり、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない（被告人らの法令違反の主張の理由がないことは、弁護人諫山博の上告趣意、とくに第一点について説示したとおりである）。

よつて、刑訴四〇八条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

昭和三九年一〇月二九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　田　二郎
裁判官　入　江　俊　郎
裁判官　長　部　謹　吾
裁判官　岩　田　誠

被告人　島津太助
同　原功
同　大森貞文
同　村上巖
同　恩田隆
同　福田茂

弁護人諫山博の上告趣意

第一点　原判決が判示第一、第二、第三、第四、第五、第七、第九の各事件を団結権、団体交渉権、団体行動権の正当な行使とみなかつたのは憲法二八条、労組法一条二項の解釈適用を誤つたものである。

戦後の労働刑事事件に関する裁判では、労組法第一条第二項の奇妙な歪曲が横行している。ある労働刑事事件が犯罪を構成するかどうかを判断するについて、刑法にふれる暴力の行使があつたか否かを先ず調べ、暴力の行使があれば、いかなる事情があろうとも労働組合の正当な行為とは認めず、刑罰を課するという態度がそれである。「労働組合法一条二項の規定も同条一項の目的達成のためにした正当行為についてのみ刑法三五条の適用を認めたにすぎないのであつて、勤労者の団体交渉においても、刑法所定の暴行罪又は脅迫罪にあたる行為が行なわれた場合にまでその適用があることを定めたものでない」（最判昭二九・八・二〇刑集八、一二七七）というごときは、その典型的な事例といつてよいであろう。だが、このような立場が労組法第一条二項の正しい解釈とは弁護人にはどうしても思われない。労組法でいう「暴力の行使」には、もつと突つこんだ検討がなされなければならないはずである。

ごく形式論理的にみても、右に引いた最高裁判所の判例は、つぎのような批判を免れないであろう。

労組法一条二項は、正当な組合運動について、刑法三五条の適用があることを認めている。ところで刑法三五条の意味は、ほんらいは刑罰にふれる行為であつても、法令または正当の業務としてなされたものを罰しないということである。この条項が発動されてくるのは、形式的には刑罰法規にふれるけれども、法令または正当な業務として違法性を阻却するというときである。裏を返せば、もともと刑罰にふれない行為については刑法三五条を適用する余地はないのである。労組法一条二項が正当な労働組合運動に刑法三五条の適用ありとしているのも、右と同様に理解することができる。組合運動としてなされた行為が刑罰法規にふれないのであれば、それが処罰の対象にならないのはいうまでもない。労組法一条二項を待つまでもなく、犯罪構成要件に該当する事実なしとして、無罪の判決が言渡されることになる。

刑事免責条項といわれている労組法一条二項は、こんな無意味なことを規定しているのではないであろう。労働組合運動のなかには、市民法に照らせば犯罪構成要件を充足するけれども、憲法二八条の団結権、団体行動権保障の立場からみると処罰するに忍びない事例がいくらもある。そういう場合にはじめて刑事免責条項たる労組法一条二項が発動されてくることになる。労働組合運動のなかで刑罰法規にふれるものを片つぱしから処罰するのであれば、労働者に団結権、団体交渉権が保障されたことの意味はほとんどなくなつてしまう。

そこで、「労働組合の団体交渉その他の行為であつて前項（労組法一条一項）の目的を達成するためにした正当なもの」については刑法三五条を適用して刑事責任を免除するというのが、刑事面における憲法二八条の具体化にほかならないのである。

したがつて、もともと刑罰法規にふれない組合運動については、労組法一条第二項を適用する余地も必要もない。市民

社会の刑罰法規にはふれるが、団結権保障の観点からみると正当性の範囲を超えていないという組合運動にのみ、労組法一条二項が適用されてくるのである。市民法的立場からは犯罪構成要件を充足するが、労働法的には正当な組合運動ないし争議行為と認められるという場合に、刑法三五条の適用によつて刑事責任を免れさせるというのが憲法二八条、労組法一条二項の正しい解釈である。

暴力のともなう組合運動にたいする労組法一条二項の適用について、かつて最高裁判所は「所論の労組法一条二項においても労働組合の団体交渉その他の行為について無条件に刑法三五条の適用があることを規定しているのではないのであつて、唯労組法制定の目的達成のために、すなわち団結権の保障及び団体交渉権の保護助成によつて労働者の地位の向上を図り経済の興隆に寄与せんがために為した正当な行為についてのみこれが適用を認めているに過ぎないのである。従つて勤労者の団体交渉においても刑法所定の暴力罪又は脅迫罪に該当する行為が行なわれた場合常に必ず同法三五条の適用があり、かかる行為のすべてが正当化せられるものと解することはできないのである」（板橋造兵廠事件、最判昭二四・五・一八刑集三巻七七二頁）と判示したことがあつた。そこでは「刑法所定の暴行罪又は脅迫罪に該当する行為」があつた場合には、常に必ず刑法三五条の適用があると解することはできないとして、刑法三五条の適用を全面的に否定したものではない趣旨を明らかにしている。

ところがその後だされた最高裁判所の判例は「旧労組法一条二項の規定は、勤労者の団体交渉においても、刑法所定の暴行罪又は脅迫罪にあたる行為が行なわれた場合にまでその適用あることを定めたものでないことは、既に当裁判所大法廷の判例とするところであるから（昭和二二年(れ)三一九号、同二四年五月一八日大法廷判例、判例集三巻七七二頁以下）、原判決が被告人等の判示行為を暴力行為等処罰に関する法律一条一項、刑法二二条一項に当るものとして有罪としたが、その犯情において冒頭摘録のごとく同情すべきものとして量刑した上刑の執行猶予としたのは正当といわなければならな

い」（日鉄輪西製作所事件、最判昭二五・七・六）と前記昭二四・五・一八判決を引用しながら、それとまつたく異なる内容の判決をくだしている。この判決によると「刑法所定の暴行罪又は脅迫罪」が行なわれた場合には、刑法三五条はまつたく適用されないことになつてくる。そして、その後最高裁判所はしばらく同様の判決をくり返した。労組法一条二項のこのような解釈は団結権保障の意味を頭から否定することになるとして、学者の強い反対をうけている。

宮島尚史助教授は「刑法三五条自体は市民社会における当然の事理の表明であり、いわば実質的違法性考慮の問題である。更にふえんすれば一応構成要件に該当するかの如き行為も社会的正義感情がこれを不問に附する場合は、犯罪は成立しないということであり、極言すれば、犯罪成立不成立は規定の問題ではなく、社会観念の問題である。したがつて、三五条は罪名によつてその適用を区別せらるべきものではなく、すべての罪名について当然妥当すべき性格のものである。判例その他は、それにもかかわらず暴行脅迫罪については一条二項（刑法三五条）を適用しないという立場をとつているようであるが、これは市民刑法の解釈としても正当でなく、労組条件につき一条二項は刑法所定の各構成要件につき考えられなければならない」（季刊労働法一五号六一頁以下）と、伝統的な裁判所の判示に批判を提起している。

伊達秋雄教授の「われわれはある行為について刑法第三六条、第三七条の違法性阻却事由の存否を判断するのみでなく、常にあらゆる場合に刑法第三五条による違法性阻却事由の、換言すればその行為の適法であるか違法であるかを判断しなければならない。勿論立法者はある行為については如何なる事情があろうとも絶対にこれを違法だとする法律を作ることも可能であろう。

そして人或は労働組合法第一条二項但書の規定は暴力の行使はまさにこの場合の一つだと主張するかも知れない。しかし先にみたように改正法が旧法と何等趣旨を異にするものでないこと及びこれについて刑法第三五条の適用を認め得る限り、第三六条、第三七条との本質的同一性からして、労働組合法第一条第二項の規定がかような趣旨のものであることは

肯けない」、「むしろ素直に争議行為としての暴力行使についても刑法第三五条の適用を認むべきであり、これによつて刑法第三六条、第三七条の解釈を本来の姿において維持するのが法の正当な運用である」（ジュリスト五三号）と説かれるのも、同様の趣旨である。

しかし、組合運動で暴力の行使があつたら刑法三五条は適用されないとする最高裁判所の判示も、その後事案に応じて微妙な動きをみせている。最高裁判所が三友炭鉱事件判決のなかで「就業を中止させる行為が違法と認められるかどうかは正当な同盟罷業その他の争議行為が実施されるに際しては特に諸般の情況を考慮して慎重に判断されなければならない」（最判昭三一・一二・二判例時報九六号）と判示したことは有名であるが、吾妻光俊編註解労働組合法は、「近時の最高判例は争議行為としての暴力の行使にも、刑法第三五条の適用のある場合の存し得べきものとする趣旨と解される判断の仕方を示している」として、前記三友炭鉱事件判決のほかに、羽幌炭鉱事件判決をあげている（同書一〇六頁）。

下級審判決がこの点の解釈で種々のバライティを示していることはいうまでもない。

右のような立場から、弁護人は組合運動の過程で刑法所定の暴行罪にあたるような行為があればぜつたいに刑法三五条が適用にならないとする考え方には同調できない。団体行動権にもとづく行動がいかなる事情のもとで、いかなる方法で行なわれたかをもとにして刑法三五条適用の有無を判断するほかない。その場合に判断の基準になるのは、けつきよく健全な社会通念もしくは労働良識ということになつてくる。

小倉炭鉱争議の特色は、小倉炭鉱が半封建的収奪体制を維持するために、ありとあらゆる手段を弄して組合を圧殺しようとはかつたことである。賃金不払い、ロックアウト、第二組合、第三組合の育成、団交拒否、地労委の命令違反、暴力団の雇入れ（これらの詳細については第一審における控訴趣意書参照）とならべただけで、炭鉱側の攻撃がいかにすさまじく不法なものであつたかがうかがわれる。このような不当な使用者の攻撃に抵抗して斗われたのが

小倉炭鉱争議であり、そのなかのいくつかの火花が、判示第一、第二、第三、第四、第五、第七、第九の各被告事件としてデッチあげられたのである。

弁護人はもともとこれらの各事件は純粋に市民法の立場からみても罪にならないものと思つている。だがかりにこれらの行為が市民法としての刑法にふれるところがあつたと仮定しても、すでに述べた一般理論に立脚して検討すると、これらはすべて団結権、団体交渉権、団体行動権の正当な行使として違法性を阻却することを主張する（目的の正当性と手段の相当性）。これに反する判断をした原判決は、憲法二八条、労組法一条二項の解釈適用を誤り、そのため無罪たるべき被告人らに間違つて有罪判決を言渡したことになる。このような原判決が確定するといちじるしく正義に反することになるので、原判決は破棄さるべきである。

第二点　判示第八事件について、原判決が原被告人が小林仙太郎に暴行を加えたと認定したのははなはだしい事実誤認である。原審における控訴趣意書で指摘しているように、第一審の事実認定にはさまざまな誤りがあつたが、そのなかでもとくにはなはだしい事実誤認はこの点であつた。判示第八事件の経過を記録によつて検討すると、つぎのとおりである。

小倉炭鉱では争議期間中に組合が分裂して第二組合がつくられていたが、七月中旬ごろから、さらに第三組合結成の動きが表面的してきた。判示第八事件は、第三組合結成準備会の日の出来事として起訴されたものである。

第二組合がそうであつたように、第三組合結成の動きも、会社のきも入りで進められた。いよいよ旗あげという七月一六日には、新組合の首途を祝して、清酒三本が会社からとどけられた。七月一六日の夕方、第三組合運動の中心的な活動家数名が丸本芳春の家に集つて、新組合設立のための打合せを行なつた。丸本はそのころ、第三組合の組合長に予定されていたのである。

会社が贈つた三本の清酒は、その席でみなに振舞われた。小林仙太郎にたいする暴力事件は、第三組合の世話人の一人

である小林が丸本の家を出て帰る途中におこつたとされている。検察官の主張をみると、組合員多数が小林をとりかこみ「（原）被告人が同人の胸許をつかんで突倒し、ついでこもごもける、突く、踏む等の暴行を加え」たというのである。

この事件について、検察官は小林仙太郎（第四七回）、丸本芳春（第四七回）、片岡一二三（第四七回）、徳田実（第四八回）などの証言を援用した。そのうち、小林仙太郎以外には、小林が組合員から暴行を加えられる場面を目撃した者はいなかつた。のこる小林仙太郎は第四七回公判において、原被告人が暴行を加えたという公訴事実を否定する証言をした。被告人以外の組合員から暴行を加えられたかどうかも断定できないと述べている。ひどく酒に酔つていたので、そのときどうしたのか、まつたく自覚しなかつたという証言である。

ところが同人の検察官調書には、多数の組合員から暴行を加えられたと書かれており、それには原被告人が小林仙太郎に暴行を加えた旨の記載もある。しかるに第四七回公判における証言では、小林は検察官にたいする右供述をくつがえし、あれは自分の目撃を記憶のまま述べたものではないから責任がもてないと証言している。小林の第四七回公判における証言は、検事調書を拠拠なしに否定したものではなかつた。酒に酔つていたためなにもわからなかつたといい、供述調書に名前の出てくる原や大森は、当時はまつたく知らなかつたといつて検事調書を否定したのである。これは当時の事情からみて十分に信用できるものと思われる。会社と暴力団の結びつき（第四八回公判における大森証言その他）をみれば、暴力団におどかされてウソの供述をさせられたというのも、ありそうなことである。

小林証人は気の毒にも、この証言をした後で、検察官の逮捕状請求によつて逮捕され、数日間勾留されてしまつた。その間に、小林がどういう取調べをうけたかは、容易に想像できる。彼がいかなる内容の供述調書をとられたかも、見なくてもだいたいわかる。供述調書をとられた後で、再び証言を求められた小林が、検察官からどんな証言をさせられようと

しているかも、たやすく予測のつくことである。小林が逮捕されたと聞いて、弁護人は腸がたぎるような憤りを覚えたことを卒直に申し述べておきたい。思いおこすのは、松川事件や三鷹事件、菅生事件における検察側の卑劣なデッチあげの手口である。松川事件の被告人のなかには、ありもしない列車転覆謝礼金の自白をせさられた者が何名かあつた（このことは第二審判決が肯定している）。三鷹事件の被告人のなかには、ありもしない共同謀議を自白させられた者があつた（東京地裁はこの自白を空中楼閣と断じた）。菅生事件では官憲の手によつて若い共産党員たちが、十年、八年という懲役刑に処せられようとしていた（恐るべきデッチあげの爪跡は最高裁判所によつても確認された）。

小林証人を不当逮捕して自白をせまつた検察庁のやり方に、手段こそちがえ、三鷹、松川、菅生とつづいたデッチあげの臭いを強く感じないわけにはいかない。三鷹事件では検察官に不利益な証言をした証人が偽証罪で逮捕されて、公判請求をうけた。この偽証罪の被告人は、三鷹事件の他の多くの被告人とともに無罪判決の言渡しをうけ、その判決はすでに確定している。真実の証言をした者が偽証罪で逮捕され、永いあいだ被告人生活を送らなければならなかつたというのに、当時の主任検察官は平気で出世栄達している事実を、なんとみるか。

三鷹事件や松川事件の例をみると、弱い組合員を逮捕して検察官の意のままの供述をさせることは、職業的な検察官には、朝食前のことのように思われる。こんな仕事は、すこしも検察官の自慢にはならないはずである。検察官が第四七回公判における小林証言を疑わしく思つたのであれば、なぜ公判廷における徹底的な反対尋問によつて虚偽を撃破しようとしなかつたのか。五時間かかつても、十時間かかつてもよい。公開の法廷における堂々たる反対尋問によつて証人の証言の誤りをあばきだすことこそ、当事者主義、公判中心主義のもとにおける検察官の正しいあり方ではなかつたのか。そういう正しい手段がとられず、密室において公判廷における証言の訂正を求めたとしか思えない検察官のゲリラ的訴訟戦術は、当事者主義を無視するアンフェアーなものとして、唾棄に値するものといわなければならない。本公判の最終段階に

おいて、このような誤つた法廷戦術がとられたことを、弁護人は最も遺憾に思つている。

それでは、当日の真相はいかなるものであつたか。第四八回公判における中尾精一、大森貞文、児玉勲、釘村貞夫の各証言および原被告人の供述がそのときの真相を一点の疑問の余地もないくらい明らかにしている。小林が丸本の家から帰る途中、溝のところで転倒したのは事実である。だがそれは、組合員の暴力によるものではなかつた。小林が酔つておりかつ足場が悪かつたために自分自身で転倒したのである。その間組合員が小林に暴力を加えるようなことははじめから終りまで一度もなかつた。原被告人のことをいえば、彼が小林の近くに来たのは、小林が溝の附近で転倒し、立ちあがつた後のことである。このような原が小林の転倒に責任があるはずがない。これこそ、典型的なデッチあげ事件のひとつといわなければならない。

小林の検察官調書のほかに第四八回公判廷で証拠に提出された安部次一の検察官調書にも、小林にたいする原被告人の暴行がふれられている。安部は小倉炭鉱争議中にスト対策のための警備員として臨時に雇入れられていた者である。世間では彼らのことを暴力団と呼んでいた。同人の警察調書にはスト中に臨時に寝泊りしていた会社の寮が住所として記載されている。しかしもともと浮浪者的な生活をしていたと思われる男であるから、住所を寮で調べても、わからないのがあたりまえである。安部の住所が判明しないのは、間もなく小倉炭鉱を引きあげることがわかつていたスト中の臨時警備員について、捜査官が本籍や前住居地などを調査しておかなかつたのである。仮りの宿にすぎない小倉炭鉱の寮を住所として記載しただけで満足し、それ以上の調査資料をそろえていなかつたのであれば、やがて安部が所在不明になるであろうことは、はじめからわかりきつている。こんな捜査官の手落ちによつて所在不明になつた安部の供述調書に、刑訴法三二一条一項三号の所在不明の理由で証拠能力を附与することはできない。

したがつて安部の検察官調書は、本件の事実認定の資料から排除されなければならない。またかりに、それに証拠能力

が認められたと仮定しても、原被告人を知つていたとも思われない暴力団の一員の供述調書によつて、原の暴行を認定することはとうてい無理である（今のままでは、弁護人はこの点について安部に反対尋問を加えることができない）。したがつて、安部の検察官調書によつても、被告人の有罪を認定することはできない。

このようにみてくると、原被告人の有罪を裏づけるに足る証拠は皆無といつてよい。それどころか、同被告人の無罪を証明する証拠がかえつて数多く法廷に出されている。これらを綜合判断すれば、原判決の認定したごとき事実はぜつたいに認定できなかつたはずである。これに反する認定をした原判決は結局明らかに事実誤認をしたことになり、そのため無罪たるべき原被告人が有罪判決の言渡しをうけることになつたのであるから、本事件について原被告人には無罪の判決が言渡さるべきであつた。

原裁判所が僅かな誤判をも許さないという冷厳な態度で記録を検討していたら、これくらいのことは容易に判断できたにちがいない。しかるにこの点に関する原判決の判示は、かたどおりの文言を並べて控訴趣意を排斥しただけで、弁護人の具体的な控訴趣意にまともに答えたものではなかつた。このような判決に、われわれは承服することができない。本件で争点になつているのは、原被告人が小林仙太郎に暴行を加えた事実があつたかどうかという、まさに犯罪の成否とじかに結びついた問題であつた。暴行の態容の争いではなく、暴行の有無の争いである。無実の罪が誤つて認定されるかどうかの争いである。かかる重大な事実誤認の主張については、一層慎重な判断が望まれるのである。けつきよく原判決は、事実の認定を誤つて無実の被告人に有罪の事実を認めるというのははなはだしい事実誤認をおかしたことになり、原判決がそのまま確定するといちじるしく正義に反する結果になるから、職権によつて原判決は破棄さるべきである。

第三点　判示第九事件（島津被告人の住居侵入被告事件）について原判決が有罪判決をくだしたのは、はなはだしく法令の解釈適用を誤つたものである。

島津被告人はいうまでもなく小倉炭鉱労働組合の組合長であつた。同人は昭和三〇年六月二八日付で解雇されたけれども組合長という資格にはその後もかわりなかつた。労働組合の組合長になつたり、交渉委員になつたりすることは、本来、会社の従業員としての身分を有するか否かとは無関係である。ところが会社は、島津被告人はじめ解雇通告をうけた組合員を、労働組合の役員として認めないという態度をとつた。そして被解雇者が組合役員にとどまつているかぎり、小倉炭鉱労働組合とは団体交渉をしないという方針をうちだした。これが労組法七条二号の禁止する不当労働行為にあたることはいうまでもない。そこで組合は昭和三〇年七月六日に福岡県地方労働委員会に不当労働行為の救済申立をなしたが、福岡地労委（会長舟橋諄一）は同年七月二五日付で「被申立人（小倉炭鉱）は島津太助、伊藤国泰、塚本虎一、福田茂、武田三二、池田泰助を含む組合代表者との新賃金細目協定、解雇問題に関する団体交渉を拒否してはならない」という命令をだした。地労委は右命令のなかで小倉炭鉱の措置が不当労働行為を構成する理由を、「被申立人は、右協約の規定を理由として団体交渉の拒否は正当の理由があると主張するので、これにつき按ずるに、本件被解雇通告者が解雇の正当性を争つており、一方組合規約において解雇処分の争われている間は組合員たる地位を失わない旨の規定もあることだから、右被解雇通告者は現在なお申立人組合の組合員の資格を失つていないといわねばならない。加うるに申立人組合長、書記長を始め組合執行委員五名のうち四名までが解雇通告を受けておるという本件においては、労働協約第百一条を理由としてこれらの被解雇通告者が組合代表として賃金問題其の他に関する団体交渉員たる資格なしとすることは、事実上対等の立場においての適切な団体交渉を不可能ならしむるものなるのみならず、労組法第七条第二号の法意にも反し、無効であると考えられる」と説示している。ところが小倉炭鉱は右命令の送達をうけても、これに従おうとはしなかつた。同年八月二二日付で会社は福岡地方裁判所にたいして、「昭和三〇年七月二五日付で被告（福岡県地方労働委員会）が原告に対してなした昭和三〇年（不）第十号不当労働行為救済申立事件の命令を取消す」旨の裁判を求める行政訴訟を提