なつた。（原審第一回公判調書檢察事務官作成、被告人第二回供述調書）

笈田は調べを受けて居ること及びその指示の言葉よりするも同人が主謀者であり、被告人は單に手先として使用されたに過ぎぬ、この事実発覚して家庭裁判所は保護処分に付し白菊寮に入寮せしめた。少年者に対する処置はこれを以て十分であり、若しカトリックの白菊寮が不適当と見られれば他の施設又は肉親たる父の監督の下に置いたらよい筈である。少年処置は最も留意慎重にすることが刑事政策乃至社会政策上国家に要請されるところのものなのである。然るに被告人が正に十八年に達するや否やこれを刑事処分に附したのである、全く所謂しやくし定規的仕方であつて、少年保護の法制の法意は全く顧みられて居ないかの感がある。一端保護処分に附したものを再び刑事処分に附するということは、それが当時の法規上許されたことであるとしても一事不再理の訴訟法上の原則を類推するも決して妥当ではない。殊に今日改正少年法は第四十六條に於て一事不再理の原則に基くことを明定して居る。旧法にこの規定なかりしとするも当然の事理であつて檢事の起訴は法令に違反するものというべきである。しかも年齢の点よりするも被告人は三人の中最も若少であるから受動的であることが認められるに拘わらず、濱谷は起訴されず不起訴となり、主謀者たる笈田うめは執行猶予になつた由である。年少な被告のみが懲役八月の実刑を科せられたことは裁判の公平上よりするも妥当でない。

(三) 被告人は僅かに十八歳になつたばかりの少女であり、中流家庭に育ち女学校も卒業している。保護処分に一歩を進めたとしても刑の執行猶予を與えて更生の道を辿らしめることこそ純眞なる青年少女に対する刑事政策の大道である。然るに一段階を飛躍して実刑を科することはその不当なることを指摘せざるを得ない。

(四) 被告人は初犯である、しかも動機は濱谷美枝子への同情から同人を自宅に同伴して帰つたことにある。而してその翌日笈田より麻藥買出しを勧められ、社会を知らざる少女のこととてついうか〳〵とそれに乗つたのであつて全く偶発犯

である。

本件は法に違反はして居るが他に何等被害を與えては居ない。賠償すべき何物も存しない。所得した麻藥は他人の手には渡つて居ない。而して被告人は改悟して謹慎して居り、父の嚴重なる監督の下に更生の道を辿つて居る。

右の如く犯罪の動機は同情に始まり犯行は他人の手足というよりは寧ろ機械として行動したに過ぎず、前科なく偶発犯であり而して被告人は起訴当時僅かに十八歳に達したばかりの少女であつて今日現在に於てさえ十九歳になつたばかりであり、將來引取りて嚴重に本人の教育を指導する実直なる父がある。被告人が起訴当時若し少年法が全部施行されて居つたならば被告は当然保護処分に終始し、刑事処分にはならなかつたものである。また、今日少年法が全部施行されて居るので、今日であれば当然起訴されないのみか、保護処分として終始した事案である。被告をして実刑を受けしめ刑務所の惡感化に浸潤せしめて一生を塗抹するか、或は父の監督の下更生の途を辿らしむるかの分岐点にあることを考慮するならば正に刑の執行猶予を與えるべき事案であると思料する。

(五) 実に前叙本件共謀の主犯者たる笈田うめが刑の執行猶予の恩典に浴したるさえあるに、最近昭和二十五年十二月二十日東京地方裁判刑事五部に於て麻藥十五本（七十五瓦）の販賣を目的とする所持の事案が懲役二年及罰金三万円、三年間執行猶予の判決ありたることを比照するに、本件は麻藥の量に於て七百五十分の一であり、被告人は少女であり、動機は他人への同情であることを思うとき裁判の公平は全く失われたというべき感を深うする。右の事情により本件は当然執行猶予を與うべきものなるに実刑を科した原判決は量刑著しく不当であつて破棄を免れないものと思料する。

第二点　原判決は判決に影響を及ぼすべき法令の違背があり、右は憲法第三十一條に違背する。

本件は一度保護処分に附せられたものと見るべきである。即ち昭和二十五年十月二十四日横浜家庭裁判所に於て少年保護司小俣金造の観察に附し、白菊寮に委託するの試験観察処分決定がなされて居り（記錄二十五丁）被告は現実に白菊寮

に收容されたのである。右決定は少年法第二十五條によるものと見るべく、同條は保護處分を決定するため必要があると認めるときにのみなさるべきであることは同條の明定するところである。然らば右決定は同法第二十四條の保護處分の前提をなす決定であつて保護處分として取扱われたものである。この決定がなされた以上は、もはや檢察官送致の決定はなきるできものでないのである。故に被告は保護處分としての決定がなされたと見るべきである。而して一度保護處分がなされたときは審判を受けた事件につきては、刑事訴追をすることはできないことは、同法第四十六條の明定するところである。故に本件は公訴提起の手續が規定に反して居るので、刑事訴訟法第三百三十八條により公訴を棄却すべきものである。之に反する原判決は判決に影響を及ぼすべき法令の違背あり。從つて憲法第三十一條に違背し破棄を免れぬものである。

以　上

昭和二六年(あ)第三七号

判　決

本　籍　朝鮮全羅南道靈巖郡始終面月松里
住　居　岡山県上道郡西大寺町新堀五一〇一番地
無　職　鄭　鐘　烈　大正五年九月一四日生

右の者に対する酒税法違反被告事件について昭和二五年一二月五日広島高等裁判所岡山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

弁護人豊田秀男の上告趣意は、後記のとおりである。

上告趣意第一点について。

所論は、第一審判決の確定しない事実を前提とするものであるから採用できないばかりでなく、論旨の理由ないことは、当裁判所大法廷判決（昭和二二年(れ)一〇五号昭和二三年四月七日大法廷判決）の趣旨に徴し明らかである。

同第二点について。

論旨中には憲法三二条違反の語を用いているが、その実質は刑訴四四条の違反を主張するに外ならないので上告の適法な

七月二二日判決　　昭和二六年(あ)第三七号

七月二二日判決　昭和二六年(あ)第三七号

理由に当らない。なお、原判決には刑訴四四条の違反もなく、また本件には刑訴四一一条を適用すべき事由も認められない。

よつて、刑訴四〇八条に従い、裁判官全員の一致した意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二二日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第三七号

弁護人豊田秀男の上告趣意

原判決を破棄し、本件を原裁判所に差戻すとの御判決を求む。

第一点　原判決は憲法第二十五条に違反する。

憲法第二十五条は国民に対し、健康にして文化的な生活を保障している、その趣旨は、国民は勤勉にして日々その業に励むならばこれにふさはしい生活収入を保障するところにある、又それは同時に勤勉なるも健康充分ならざるもの、偶々従事すべき仕事なきものに対しては適当なる補償を与える生活扶助の制度を予定し、之を担保しているものであると解する。

本件に於て原審弁護人の主張するところは本件被告が失業中であり、町役場より月額三千円の補助金の支給を受くるも到底五人の家族の生活を維持し得ざる事実が明認し得る場合に於て懲役四月の外に、更に被告人の到底負担し得ざる金額の金刑を課した第一審裁判の不当を是正され度いといふところにある。

元来、金刑は単に体刑を以ては賄い得ない、利得の剝奪がその主たる意味であり、その意味がない限り体刑の他に金刑を課する実質的な意義があるとは考えられない。

金刑が金刑としての意義を有するのは、その支払が或る程度可能なる場合に於て意味があるのであつて、換刑処分は支払ひ得る罰金を支払はない横着者に対し勤労によつてその償ひをせしめることによつて働くことの意義を体得せしめやうとするところに、行刑による教育なる高次の国家的目的を達成しやうとするものでなくてはならぬ、単に数量に比例して

被告人　鄭鐘烈

罰金の高低を定めるというのであれば、敢て人による裁判の要なく自動計算器によつて充分なし得るところである。

頭初より全然支払不能であり、換刑処分たる労役を以てその償ひを為さねばならぬものに対して罰金刑を課することは畢竟労役場留置の言渡を為すに等しく、懲役刑に加えるに労役場留置を以てなすこと全く無意味である。

現に本件被告人は生活扶助を受け漸くその生計を維持し、その維持が困難なる為働こうとしても病弱の為働く術はなく止むなく本件の違反行為に出でたものである。

国家は一方に於て健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を与へつゝ、他方病弱にして貧困、生活扶助を受けて家族の生計を保つものに対し体刑の外に、被告人にとつて労役によるの外なき罰金刑を言渡してゐるのである、その矛盾は、何が故に生じたかと言へば一に裁判の誤りによるのである。

原判決が憲法第二十五条に違反する所以であり、この点に於て破棄を免れないものと信ずる。

第二点　原判決は憲法第三十二条に違反する。

罰金刑が頭初よりその支払不能なることが明かであつて、労役場留置以外、何等の意味がない場合に於て敢て之を課すことの不当なることは前点上申の通りである、右の如き場合に於て猶且つ之を課すべき理由ありとする場合にはその点につき充分なる理由説示を為すべきであつて、之なくして課刑することは真の裁判ではあり得ない。

原審弁護人は、被告人に全く罰金の負担能力なき事実を証拠に基いて主張してゐるのである。

之を排斥しやうとするならば、原審はよろしく証拠によつて被告人に負担能力あること乃至は負担能力なきも尚課刑の必要ある所以を証拠によつて示すべきである。

原判決は原審で取り調べた証拠に依り諸般の事情を調査し、被告人が製造した麹、濁酒の数量等を考量すれば所論の様な情状を斟酌しても、原審の被告人に対する量刑が不当であるとは認められないとしてゐるが、右は一応理由説示に似て

実は何等の説示ではない、結局するところは、不当でないから不当でないという繰返しに過ぎないのである。

苟くも裁判と云う以上は動かし得ない証拠の認定があり、これに基く思惟の経過を示してその結論を導くのでなければならない。

国民は、右の如き納得の行く裁判を受ける権利が与えられてゐるのである。

裁判には理由を附すべしとする刑事訴訟法第四十四条の規定は、当然控訴審の裁判にも亦適用されるべきものであり、こゝに所謂理由とは前記の如き論理的経過を示した理由でなければならない、何人も斯る理由を附した裁判を受ける権利を法律によつて保障されてゐるのであり、原判決は此の意味に於ては、名は裁判にして実は似て非なるものである。

憲法第三十二条に違反すること明白であり破棄を免れないものと信ずる。

以上

昭和二六年(あ)第一二三号

判　決

本籍並びに住居　栃木県上都賀郡西方村字金崎　番地不詳

無　職

石　川　智　明

大正四年六月三日生

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

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人本人の上告趣意は、末尾添付の別紙記載のとおりである。

論旨は原判決の事実誤認を主張するものであつて、刑訴四〇五条の適法の上告理由にあたらない。また記録を調べても同四一一条三号を適用すべきものとも認められない。

弁護人大塚喜一郎、同設楽敏男の上告趣意は、末尾添付の別紙記載のとおりである。しかし控訴裁判所は検察官乃至被告人の控訴趣意に対し何等、新らたに事実の取調乃至証拠調をなすことなく、訴訟記録並びに第一審裁判所において取り調べた証拠のみによつて、いわゆる破棄自判の判決をすることができるのであり（昭和二五年(あ)六二号、同年四月二〇日第一小法廷判決、判例集四巻四号六四八頁。昭和二五年(あ)二九八一号、同二六年一月一九日第二小法廷判決、判例集五巻一号四二

七月二二日判決　昭和二六年(あ)第一二三号

頁参照）従つて本件におけるがごとく第一審裁判所が犯罪の証明がないという理由で無罪とした事案に対し、控訴裁判所が刑訴四〇〇条但書に従い事実の取調をしないで有罪の認定をすることも違法でないのである（昭和二五年(あ)三四五〇号、同二六年二月二二日第一小法廷決定、判例集五巻三号四二九頁参照）。所論は独自の見解のもとに右の控訴審の適法なる手続を憲法三七条二項前段に違反するものとして非難を加えるものであるけれども、前叙のごとく原判決には何等違法はないのであるから、論旨は前提を欠きこれを採用することができない。のみならず、所論の憲法三七条二項前段の趣意とするところは裁判所の職権により又は訴訟当事者の請求により喚問した証人につき反対訊問の機会を充分に与えなければならないということにあるのであるから（昭和二三年(れ)八三三号、同二四年五月一八日大法廷判決、判例集三巻六号七八九頁参照）、この点よりするも、所論のごとき主張について憲法三七条二項前段違反の問題が生じないこと、明白である。よつて論旨は理由がない。

前記弁護人両名の上申書と題する書面について。

書面記載の論旨は帰するところ証拠の証明力を争うものであつて、刑訴四〇五条の適法の上告理由にあたらないし、なお同四一一条を適用すべき事由もない。

よつて、刑訴四〇八条に従い、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二二日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

被告人の上告趣意

(1)　私は昭和弐拾五年七月二十一日に東京都足立区西新井町八〇一番地に住居しておりました石川智明です。友人の小川様の世話で山本幸太郎様と知合になりました。その時わたくしは家内と仲がわるくこまつておりました。自分も早く身をかたくしたいとおもいました。その矢先友人と山本君の二人が西新井橋のたもとまであるいて来ました。

その時に友人の小川君が僕をよんで話が有る今何をしてあるのかどこへ行くのかときゝましたので色々身の上話をしましたら、それならば山本君とともにはたらかないかと話をされましたので、世話になるように話をしました。その時に自分は米の通帳をとりに行くお話して三人そろつて鈴木家に行き受取つて来ました。それをすぐ山本君にわたしました。それを山本君が僕が持つているとの話でした。それからまた三人がそろつて清水酒店で焼酎四合をのみました。それから小川君とわかれて山本君と自分と二人で荒川づつみをあるいて山本君の家に行く事になりました。そのとちうで山本君が僕に何かよい仕事がないかなと話しだしました。

(2)　それで僕もどんな仕事でもよいから早く仕事をしたいと話をしました。そしたら山本君は自分にこれからよい仕事があるそれはくずもののかつぱらいをするのだ。その時に間がわるく行つた時はおれの身がわりになつてくれといいましたので僕はいやな気持でたまりませんでした。その時はことわる気になりましたが、話は出来ませんでした。そのまま山本君の後について行きました。すると土手の下に一軒の酒やが有りましたので又二人でその酒やに入りビールを一本とりまして二人でのみました。そのつり銭でそばをとり二人でたべました。

その後で山本君が又一本とりよせてのみました。それで二人で酒屋を立出でまして土手の下をあるいて玉子の方面に向

つて二人でかたをくんで行きました。その時に僕が先日あずけておいた米の通帳を山本君のしらぬまにとつて自分のズボンのポケットの中に入れておきました。すると山本君がのどがかわいたなあにかないかなきうりでもたべたいなと話しをしましたので、これをさいわいと思いまして自分が取りに行くと話しました。そしたらば山本君が僕にふくろをわたしてくれましたので、それを持つて山本君僕がかえつてくるまでまつててくれよとたのみました。そのまま前の橋をわたりはたけの中に行きまして酒やのうらを通り土手の方へかえつてきてしまいました。それから西新井橋交番所に行き明日のあさ六時すぎまでそのわきでねておりました。二ども三どもカカリのだんなにおこされました。

(3) さいごの八時に又しらべられました。その時に君は石川だれつと話されましたので僕は石川智明ですと話しましたら君は昨夜わるい事をしたなと話されますのでびつくりしました。そのまますぐに交番につれて行かれ自分の持品をしらべましたら自分の米通帳と山本の米通帳が入つておりました。その時に自分の通帳だけと思つたら山本の通帳も入つておるのでびつくりしましたが、金は一銭も有りませんでした。別のポケットから二百四拾五円を出しました。その時にまだ昨夜の酒がよつているのでその金も中に入つて居りましたと話しましたのです。これは後日のあやまりです。請人の山崎様もよくその夜の事はわかつておるわけです。それに大体請人も山本君の事をよく知つております。山本君の話によると金五千円をとられたと話しておりますが、僕が会つた時は午後五時ごろでした。その時に二人とも酒をのみよつておりました。自分もその五千円が有るならばすぐかえしてわびをする気持でおりますが、何んと話しをされてもした事もなければ取つた事も有りませんのでこまつております。ただし米通帳は自分の元になければこまるので無断で取りました。誠に申訳有りませんよろしくおたのみします。

以上

昭和二六年(あ)第一二三号

弁護人大塚喜一郎、同設樂敏男の上告趣意

第一点　原判決は憲法違反の違法あるものであるから破毀を免かれない。

本件は第一審判決に於て犯罪の証明がないものとして無罪の言渡あつたものであるが、原判決は第一審判決には判決に影響を及ぼすべき事実誤認あるものと判定し、更に進んで「本件は原審（第一審）が取調べた証拠により当審に於て判決できるものと認めるから刑事訴訟法第四百条但書に則り」懲役五年に処すべき旨の言渡を為した。併しながら原判決が被告人に対して証拠調請求の機会を与えないで、第一審判決と正反対の事実を認定したことは憲法第三十七条第二項前段に違反するものであるといわなければならない。何となれば

一、現行刑事訴訟法は控訴審を事後審としたことは争のない所であるが、例外的に事実審理を認めている。即ち刑訴法第三百九十三条第一項は控訴裁判所が必要と認めるときは訴訟当事者の請求又は職権で事実審理を為し得るものとし、特に同条項但書は第一審弁論の終結前に取調の請求をすることが出来なかつた証拠で量刑不当又は事実誤認を証する為め欠くことの出来ない証拠はこれを取調べなければならないとしている。換言すれば、同条項但書の規定は控訴裁判所に取調義務を課したものであるから、仮りに控訴裁判所に於てこれ等の証拠の取調べを為さないときは違法であるといわなければならない。

二、飜つて原判決援用の刑訴法第四百条を検討すると、同法条本文は管轄に関する違法以外の理由によつて第一審判決を破毀する場合には、事件を原裁判所に差戻すか又はこれと同等の裁判所に移送しなければならないとしている。これ即ち控訴審が第一審判決の当否を事後審査する本来の形態であるが、同法条但書は例外的に控訴裁判所が更に自判をするこ

被告人石川智明

とができる場合を規定している。而してその例外的場合は控訴裁判所が「訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取調べた証拠によつて直ちに判決をすることができるものと認めるとき」に限定している。この法的要件を如何に解釈するかが本論点の争点である。原判決は、控訴裁判所が訴訟記録並に原裁判所において取調べた証拠によつて直ちに判決ができると認めたときは、事実調を為さないで自判することができると解釈し前記の如く判決したのである。併しながら、同法条はしかく簡単には解釈されないのである。

三、刑訴法第三百九十三条第一項本文は「控訴裁判所は前条の調査をするについて必要があるときは云々」と規定しているから、新に証拠調を為すか否かは一見控訴裁判所の裁量に委ねられている如くである。併しながら同法条項但書は前述の如く控訴裁判所の取調義務に属するものとして「第一審の弁論終結前に取調を請求することができなかつた証拠」を指示している。従つてこの証拠が存在する場合には控訴裁判所はその取調を省略して被告事件について判決することはできない。然らば控訴裁判所は必要的調査の対象である証拠の有無を如何にして認知するのであろうか、同法条但書は「第一審の弁論終結前に取調を請求できなかつた証拠でその事由が疏明されたものについては云々」と規定しているから、必要的調査の対象たる証拠の有無は訴訟当事者がその事由を疏明しなければならない。従つて控訴裁判所はこの疏明がない限り証拠調を省略して判決を為しても違法ではないが、訴訟当事者は常にこの疏明を為す機会を与えられなければならない。

四、そこで必要的調査の対象たる証拠を疏明する当事者とその時機如何と云うことが問題となる。控訴申立人は控訴趣意書提出の時に疏明資料を提出することができるであろう（刑訴法三七六条、同三七七条、同三八三条等参照）。又事実審理が開始されたならばその際にも疏明することが出来るであろう。併しながら被控訴人は事実審理開始の時以前に於て疏明する機会がないのである。或は被控訴人も答弁書提出の機会があるからその時に疏明し得ると主張する人があるかも

知れない。併し被控訴人に原判決に満足しているものであるからこの段階に於ては新に証拠を提出する必要を感じないのである。これを本件に就て観れば、被告人は原判決によつて無罪の推定をうけているのであるから検事控訴があつたからと云つてそれ丈けでは新証拠提出の必要を感じない。而して又訴訟法の立前としても原判決に服している当事者にこの段階に於て新証拠提出の責任を求めることは妥当ではない。従つて被控訴人は事実審理が開始されなければ必要的調査の対象たる証拠を疏明する機会がないのである。或は控訴裁判所に於て事実審理の必要なしと考えたならば、少くとも被控訴人たる被告人に対して必要的調査の対象たる証拠の疏明を促して、証拠申請の機会を与えなければならない。この機会を全然与えないで原判決の如く破毀自判することは刑訴法第三百九十三条第一項但書の法意に背反するものであるといわなければならない。

五、このことは憲法第三十七条第二項に関連して重要視すべき問題である。即ち同法条項は「刑事被告人はすべての証人に対して審問する機会を充分に与えられ」なければならないと明定しているが、被告人の証人審問権は証人申請の機会を与えられることを前提としていることは論を俟たない。この法意と控訴裁判所が必要的調査の対象たる証拠（刑訴法三九三条一項但書）を疏明する機会を与えるべき法理とを綜合考察するときに、控訴裁判所が被告人（被控訴人）に対して前記疏明の機会を与えないで判決した場合には、明らかに憲法第三十七条二項に違反するものといわなければならない。

要之、刑訴法第四百条但書の適用上、控訴裁判所が事実審理を省略して被告人に不利益な判決を為す場合には前記の如き制限が存在するものといわなければならない。

然るに原判決は漠然この点を看過して同法条の適用により第一審判決を破毀自判したものであるから、憲法違反の違法あるものといわなければならない。

六、尚右結論を補強する理由として憲法第三十九条に就て一言し度い。同法条はその立法の経過と体裁より所謂二重危険禁止の原則の適用により無罪判決に対する検事上訴を違憲であるとする解釈がある。(昭和二五年(れ)第一〇二一号平野力三に係る昭和二十二年勅令第一号違反事件に係る本弁護人提出答弁書第七点御参照)。併し一応この点に就ては御庁判例(昭和二四年新(れ)第二二号事件)があるから再論はしない。

併しながら無罪判決に対する検事上訴によつて更に審理をうけ結局無罪確定したが、その間社会的活動が制限され時間的労力的に相当の苦痛を嘗めた事例は前記平野事件大野伴睦事件その他に於て観ることが出来るが、これ等は人権擁護上看過し得ない所である。この種上訴事件に対しては訴訟促進に関する最高裁判所規則の制定その他被告人保護の立法的措置が望ましいが、更に現行刑事訴訟法運用の上に於ても充分な考慮を払うべきである。

即ち無罪判決に対する検事上訴は違憲であるとさえ主張する思想があるのであるから、控訴裁判所が無罪判決を破毀して有罪の認定を為さんとする場合には慎重且厳格に被告人保護の手続を為すべきであつて、この観点より刑訴法第四百条但書は前記の如く解釈すべきである。

七、而して又これを被告人心理の立場より論ずれば、第一審に於て無罪の言渡をうけて安心しているのである。第一審中心主義の新刑事訴訟法の下に於てはこの安心は一応尤もである。これに対して控訴裁判所が何等の予告(必要的調査の対象たる証拠を疏明すべき旨の慫慂)も与えず突如として有罪の判決を言渡すと、被告人は恰も「闇打ち」をうけたように感ずるのである。控訴は「死んだ記録」による判断である。第一審は「生きた証拠」による判断である。「死んだ記録」による裁判であつても、一応第一審判決を違法として破毀差戻を為してもう一度「生きた証拠」によつて裁判すると云うことであれば、前記の如き予告なき裁判であつても一応納得もしよう。併し全然証拠申請の機会も与えないで闇打ち的に突然有罪の言渡をするのは不親切ではなかろうか。——この被告人心理は刑事政策上看過できない所であつて、

刑訴法第四百条但書適用問題として前記主張を補強する理由とすることが出来る。

以上陳述した如く刑訴法第四百条但書適用上被告人に不利益の判決を為す場合には、被告人に対して刑訴法第三百九十三条第一項但書の証拠疏明の機会を与えなければならない。然るに原判決はこの機会を与えないで漫然同法条を適用したものであるから、憲法第三十七条第二項前段違反の違法あるものといわなければならない。

以　上

昭和二六年(あ)第一二三号

弁護人大塚喜一郎同設楽敏男の上申書

被告人石川智明

右者に係る強盗被告事件に付原判決は有罪事実の認定を為しておりますが、該判決は左記理由の如く無罪事実に対して有罪の認定を為した違法あるものでありますから刑訴法第四百十一条により破毀せられんことを切望致します。

理由

一、原判決有罪認定の直接証拠は被害者山田孝太郎の供述だけであつてそれ以外の証拠は補強証拠たるに止まるものであるが、同証人の供述は別紙第一審裁判所提出弁論要旨「第二山本証言の措信しがたい理由」に於て詳論している如く全然証拠価値なきものである。

二、次に原判決援用の証人保坂丑松の証言であるが、同証言によれば、原判決摘示の如く、被告人が判示の日頃同証人宅に帰宅した事実は推認し得る。併し被告人が同日頃帰宅したのは同人方に預けてあつた「かもし」を取りに行つたものであつて何等疑はしいものではないこと別紙弁論要旨「第五罪体の証明不完全」の㈡に於て詳論している通りである。

三、更に原判決は西新井安定寮司法警察員下田成雄作成名義の実況見分書を証拠として援用しているが、該証拠はそれ自体強盗事実の証拠とすることが出来ない。又同見分書写真も何人かがずり落ちた形跡を残しているが、これをもつて暴行事実の証拠と為すことができないことは別紙弁論要旨「第三現状の写真」に於て詳論している通りである。

四、更に原判決は証人松崎正雄の供述を有罪事実の証拠と為しているが、同証言は却つて無罪事実を立証するものである。別紙弁論要旨「第六被告人に有利な証拠」に詳論している如く被告人は判示日時の翌朝迄荒川堤の交番近くに寝ていた者

である。

万一原判決判示の如く被告人が強盗を為したものであるとすれば、その翌朝迄交番がある現場近くに寝込んでいることはあり得ない所である。而もその間二回迄松崎巡査より不審訊問をうけているのであるから、被告人にやましい所があれば逃げている筈であるにかかはらず益々交番の近くに来て寝ており同巡査より交番に同行を求められた時には交番より数米の所にいた者であつて（検証調書並に添附の見取図参照）これ等の情況は被告人無罪を推定し得る有力な証拠であるといわなければならない。

五、更に原判決は証人清水福次郎同小川米松の各供述を証拠として援用しているが、両証拠はそれ自体では本件強盗事実に関係ないものであつて、有罪証拠として問題とするに足らない。

六、而して原判決は特に被告人に前科ある事実を摘示し恰も前科あるから本件強盗も推認し得るが如き口吻を洩しているがかかる考へ方は危険も甚だしいのである。被告人はこの前科の刑に服従して既に改化遷善せられているものであつて、本件起訴事実の有無は一に証拠によつて判断しなければならないのである。

然るに一見被告人に不利益に見える証拠は仔細に検討すれば前述の如く何れも証拠価値なきものであつて本件の真相は別紙弁論要旨「第八本件の真相」に詳述している通りである。

七、殊に本件を有罪と認定することが不可能な理由は 罪体の証明が為されていないことである、このことは 別紙弁論要旨「第五罪体の証明不完全」に於て詳論している通りである。

調書も援用しているが、該領置調書は金弐百円の領置を立証するものである、原判決はこの弐百円が本件強盗の金五千五百円余の一部分であると認定している如くであるが、この弐百円は被告人が配給米をとる為にその代金として保存していたものであること別紙弁論要旨「第四任意提出始末書及び検察官に対する供述調書」に於て詳論している通りである。

果してさうであるとするならば、本件は強盗の目的とされている金五千五百円余の行方に関する立証が全然なされていないこととなる、罪体の立証なくして有罪の認定を為すことは証拠法上許容されない所であつて、このことは原判決が事実誤認を為しているとする致命的欠点であるといわなければならない。

（別紙弁論要旨記載省略）

以　上

昭和二六年(あ)第二一九号

判　決

本籍並びに住居　静岡市五番町三〇番地

休職大蔵事務官

村　越　省　三

大正八年一二月一七日生

右の者に対する収賄被告事件について昭和二五年一〇月二三日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人西ヶ谷徹の上告趣意及び、同長野潔の上告趣意第一点について。

収賄罪は公務員が職務に関して賄賂を収受するによつて成立し、これにより公務員が不正の行為をなし又は相当の行為をなさないことを要件とするものではない。故に事実上不正処分の可能性なき場合においても収賄罪の成立を妨げないとすること従来の判例とするところである。（昭和一一年(れ)五六二号同年五月一四日大審院第二刑事部判決）。従つて刑法一九七条後段の請託とは公務員に対して一定の職務行為を行うことを依頼することであつて、その依頼が不正な職務行為の依頼であると、正当な職務行為の依頼であるとに関係なく、苟も公務員が請託を受けて賄賂を収受した事実ある以上同条後段の収賄罪は成立し、賄賂の収受が事前なると事後なるとは犯罪の成否に影響なきことは従来判例の趣旨に徴して明らかである。

七月二二日判決　昭和二六年(あ)第二一九号

七月二二日判決　　昭和二六年(あ)第二一九号

所論は収賄罪の被害法益は公務員の職務の公正であるとの前提に立ち、請託とは公務員の職務の公正を害するおそれある不法の依頼要求であつて、正当な職務行為の依頼を受けて賄賂を収受するも何等職務の公正を害する危険がないから請託というを得ず、従つて同条後段の収賄罪を構成せずと主張するけれども、公務員の職務の公正を維持するためには正当な職務行為に対しても賄賂による買収を許すことを得ないことは明らかである。論旨に援用する判例は現行刑法一九七条改正以前のものであつて、本件に適切でないから論旨は採用することができない。なお論旨は原判決の判断遺脱を主張しているけれども、これは刑訴四〇五条の上告理由にあたらない。

弁護人長野潔の上告趣意第二点について。

論旨は、上告人が原審において主張せず、原審において判断されなかつた事項について第一審判決の瑕疵を主張するものであるのみならず、判例違反に名をかる訴訟法違反の主張であつていずれの点よりするも上告適法の理由とならない。

同第三点及び弁護人大竹武七郎の上告趣意第二点について。

論旨はいずれも量刑不当の主張であつて刑訴四〇五条の上告理由にあたらない。

弁護人大竹武七郎の上告趣意第一点について。

論旨は判例違反、法令違反を主張するけれども実質は事実誤認の主張であつて上告適法の理由とならない。のみならず、第一審判決の認定事実は挙示の証拠を綜合して優にこれを認め得るところであるから、論旨は採用することができない。また記録を精査し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。

昭和二七年七月二二日

最高裁判所第三小法廷

七月二二日判決　　昭和二六年(あ)第二一九号

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

弁護人西ケ谷徹の上告趣意

原判決は「刑法第百九十七条第一項後段に所謂請託とは、公務員に対してその職務に関し、ある特定の行為を依頼若しくは要求することであつて、苟くも公務員が請託を受けた事実がある以上、その賄賂の収受が該行為の事前なると事後なるとは、毫も犯罪の成立に影響することなく、同条第一項後段の適用を受くべきものであること同条の解釈上多言を要せざるところである」とし、この法律解釈に基いて、弁護人の控訴趣意第一、第二点を排斥したことは、原判文上明らかである。しかしながら、弁護人は原判決が「徒に独自の見解に基く」ものと一蹴した弁護人所論を以て、過去の学説判例の趣旨が一致して支持するところであると信ずるが故に、原判決には刑事訴訟法第四百五条第三号所定の事由があり、仮に然らずとするも、同法第四百十一条第一号により破棄を免かれないものと信ずるので、以下弁護人の所信を開陳して御審議を願うのである。

第一、刑法第百九十七条第一項後段の法意について、弁護人が原審に於て主張したところは、所謂請託とは公務員に対して具体的特定なる行為を依頼要求するのみならず、その依頼要求に賄賂の交付約束、利害関係誘導、特殊情実関係の利用その他公務員の職務の公正を害するおそれのある事情が伴い、不法な依頼要求であると認められる場合を指称するものではないかということである。従つて多くの場合請託があつたとせられるのは、公務員が依頼要求せられた職務行為を実施する以前に賄賂の交付が行われる場合であつて、賄賂の交付が該行為の事後である場合には、特別の事情なき限り請託があつたとは認めがたいことが多いというのであつて、弁護人の所論は原判決の言うように、徒に単に事後報酬の場合には右後

段の規定を適用すべきでないということを主張したものではない。

第二、即ち弁護人は請託とは公務員の職務の公正を害するおそれのある不法の依頼要求であると主張するのである。刑法第百九十七条第一項前段は、公務員が職務に関し賄賂を収受要求約束した場合を処罰すべきことを定め、同項後段は、公務員が職務に関し請託を受けて同様の行為を為した場合を、右前段より重く処罰すべきことを定めている。請託の意味を解釈するについては、請託の有無によつて右の如く刑罰の軽重があるとすれば、右処罰の軽重の標準は職務の公正を害する危険の大小にあると言わなければならない。現実に職務の公正を害する結果が発生した場合には、同法第百九十七条の三によつて更に重く処罰せられる。第百九十七条は未だ現実には職務の公正を害する結果は発生しないが、その危険ある行為なることを以て可罰性を認めたものであると信ぜられる。従つて同条による処罰の軽重は右危険の大小によるものと理解せざるを得ない。即ち請託を受けた場合は、公務員の職務の公正をより多く害する危険あるが故に重く処罰せられるのである。これを逆に言えば、公務員に対する特定の依頼要求であつても、公務員の職務の公正をより多く害する危険なき場合は、これを請託と謂うことはできない。事前の賄賂の供与等を伴う公務員の職務の公正に対する具体的な危険を看取せられる。これに反して、事前に何等右の如き不法の請託なき事後報酬の場合には、その行為は公務員の清廉と品位を害し、抽象的には公務員の職務の公正に関する危険を感ぜしめるには相違ないが、賄賂の供与等を伴う事前の請託の如き具体的な危険を認めることはできない。この故に刑法第百九十七条第一項は、その前段後段に於て、請託の有無によつて刑の軽重を定めたものと理解するのである。然るに原判決は、何等の理由を示さず、公務員に対する特定の要求依頼がある以上、賄賂の収受が職務行為の事前であると事後であるとは毫も犯罪の成否に影響しないと独断するのみであり、到底弁護人を首肯せしめないのである。

第三、若し弁護人の信ずる如く、請託とは公務員の職務の公正を害する危険ある不法性を伴うことをその要件とするものとすれば、仮に公務員に対する特定の依頼要求があつても、この不法性なき限りこれを請託と見ることができないのは当然である。例えば、訴訟法に基く訴訟の提起、控訴、上告その他の申立、法廷に於ける弁論の如き、公務員に対する特定行為の要求であるが、これを以て所謂請託と見るべからざるは当然である。税法所定の異議、再審査の請求、税務官吏の調査に対する所得額等に関する陳述等も法律上当然認められた権利行為であつて、そこに何等の不法性を認めることはできない。かゝる行為があるからといつて、当該公務員の職務の公正を害する危険は絶対に存しないからである。原判決は頗る簡略であつて、弁護人の公務員に対する不法性を伴わない依頼要求は所謂請託ではないとの主張を肯定しながら、本件については事実問題として右不法性ある依頼要求の存在を認定したのか、弁護人の右主張を所謂独自の見解として排斥したのか具体的に明らかではない。この点につき弁護人は、原判決は控訴趣意に対する判断を遺脱した違法あるものと思料するのであるが、原判決の全趣旨を綜合すると、原判決は弁護人の右主張を排斥し、仮令公務員に対する絶対に不法性のない依頼要求であつても、所謂請託であると判断したと解せざるを得ない。これはまことに驚くべき見解であつて、到底承服することを得ない。即ち原判決の解釈によれば、日本国民に憲法と法律が認めている国家に対する権利の行使として国民の一人が、権限ある当該国家公務員に対して、法律の定める一定の方式に従つて、特定の行為を要求することも所謂請託であるというのである。請託とは通俗的に言えば、公務員に対して個人的によろしく頼むことなのであつて、公務員に対する法律上の方式に従う職務行為の要求の如きは、請託の観念に入らないことは多言を要しない。この両者の区別は畢竟当該行為が公務員の職務の公正を害する危険の存するや否やにあるのである。当該公務員が正規の申立に応じ、法規と良心に従つて事務を処理する場合「請託を受け」なる観念を容れる余地があるであろうか。仮にその行為の事後に申立人が謝礼趣旨の下に金品を贈与し、公務員がこれを受取つたとしても、職務行為自体には何等公正を疑うべき理由はないの

である。従つてこの場合に於ては軽い刑法第百九十七条第一項前段の規定を適用すべきであつて、同後段の規定を適用すべきではないと信ずるのである。然るに原判決はこの場合に於ても右後段を適用すべきものとし、その独自の法律解釈を固執するが故に、同様解釈に基く第一審判決の法令違反と採証並びに事実認定のあやまりを主張する弁護人の控訴趣意第一点、第二点を理由なしと断じたのであつて、右は従来の大審院判例の趣旨に違反し刑事訴訟法第四百五条第三号に定める上告の理由があると思料せられ、若し仮に具体的な判例がないとすれば、本件は実体法に関する重大な法令違反であつて当然同法第四百十一条第一号所定の事由に該当すると思料せられるから、御審議の上原判決を破棄して相当の御裁判を賜わるべきものと信ずるのである。

以　上

昭和二六年(あ)第二一九号

弁護人長野潔の上告趣意

被　告　人　村　越　省　三

第一点　原判決は「刑法第百九十七条第一項後段に所謂請託とは、公務員に対してその職務に関し或る特定の行為を依頼若しくは要求することであつて、苟くも公務員が請託を受けた事実がある以上其の賄賂の収受が該行為の事前なると事後なるとは毫も犯罪の成立に影響することなく、同条第一項後段の適用を受くべきものであること同条の解釈上多言を要せざるところである」と判示した。この判示は、原審弁護人の控訴趣意書第一点に対するものであるが、その論旨の主要なる点は控訴趣意書記載の通り「所謂請託とは、公務員に対して具体的な一定の行為を依頼し要求するのみならず、その依頼要求に賄賂の交付又は約束、利害関係誘導、特殊の情実関係の利用その他公務員の職務の公正を害するおそれある事情が附随し、不法な依頼要求であると認められる場合を指称することは、その立法趣旨に徴して明白である」とする部分に存することは、同趣意書を素朴に読むことにより、きわめて明白に認められるところである。同趣意書において、賄賂の収受と行為との関係につき、いわゆる事後報酬という言葉を用いて展開している論理は、原審認定のように、それが原審弁護人の独自の見解であるとしても、これを要するに論旨の敷衍であり、いわば傍論である。然るに、原判決は、控訴趣意を誤解し、この傍論につき「賄賂の収受が該行為の事前なると事後なるとは毫も犯罪の成立に影響することなし」と判断し、主要の控訴趣意、すなわち職務に関する不法な依頼要求のみがいわゆる請託であるとの論旨に対し、単に冒頭掲記のような判断を与えたのみで、いわゆる請託の内容について何等の判断をしなかつたのは違法といわなければならない。刑法第百九十七条第一項後段の請託については、最高裁判所の判例は存しないが「或る特定の行為を依頼若しくは要求する

ことであつて」も訴訟における告訴、告発又は訴の提起、税法における再審査又は更正決定の請求等法令上明白に謚められた公法上の請求権の行使は、これをいわゆる請託と解すべき筋合はない。若しそうでないとすれば、例えば税法上再審査の請求をした者から係員が賄賂を収受した場合は、常に請託収賄となり、その結果は刑法第百九十七条第一項前段を適用する余地がないことになる。かような法の解釈は誤りであると信ずる。曾つて、大審院は明治四十四年五月十九日の判決（刑録一七輯八八一頁）を以て「収賄罪ハ公務員又ハ仲裁人カ其職務ニ関シ賄賂ヲ収受スルコトニ因リテ成立シ、必スシモ収賄者カ其職務上不正ノ行為ヲ為シ又ハ相当ノ行為ヲ為ササルヘク請託ヲ受クルコトヲ要セサルナリ」と判示し、昭和十年六月十八日の判決（刑集四巻七〇七頁）を以て「贈賄罪ハ公務員又ハ仲裁人ヲシテ其職務上不正ノ行為ヲ為シ又ハ相当ノ行為ヲ為ササルヘク請託ヲ為スコトニ因リテ成立シ、公務員又ハ仲裁人ヲシテ其職務上不正ノ行為ヲ為シ又ハ相当ノ行為ヲ為ササルヘク請託ヲ為スコトヲ要セス」と判示している。これら判例を一貫して観察するときは、従来の大審院判例では、請託を解して「不正ノ行為ヲ為シ又ハ相当ノ行為ヲ為ササル」ことを依頼又は要求することとしているものであることが明らかである。これは勿論刑法第百九十七条後段にいう請託に関するものではないが、趣旨は全然異ならないはずである。然るに原判決が、冒頭掲記のように判示したことは、明らかに大審院判例に違反し、刑事訴訟法第百五条第三号にいう判示が大審院の判例と反する判断をしたことに帰着する。原判決はこの点において破棄を免れないものと思料する。

第二点　控訴趣意書第一点はこれを通読すれば、要するに請託がないに拘わらず、請託ありと判断したことを批難したものである。従つて、起訴状に請託関係が記載なく、刑法第百九十七条第一項前段を適用すべきに拘わらず、第一審裁判所が訴因の変更なく、請託関係ありとして同条第一項後段を適用処断したことに対しても同時に反論したものといわなければならない。然るに、この点について原判決は何らの判断を加えていない。

起訴状によれば

(一)　昭和二十三年九月中旬頃（中略）尾崎徳郎方で、同人の昭和二十一年度財産税申告に付調査したる際、同人より財産税の査定につき誤謬のある点を指摘されて結局修正申告通り決定したところ、昭和二十三年一月下旬頃右自宅で尾崎より右財産税の処分に対する謝礼の趣旨を以て提供するの情を知り乍ら現千円相当）の交付を受け以て自己の職務に関し収賄し、

(二)　昭和二十三年頃（中略）深津五市方に於て、同人の昭和二十二年度所得税の更正決定二十万円に対する再審査請求に基き調査したる際、同年度より右深津方が個人より法人組織に変更されあるを発見して其の後所得額十二万円に修正したのであるが、同年六月下旬頃右自宅で深津より右所得税の修正に対する謝礼の趣旨を以て提供するの情を知り乍ら現金六千円の交付を受け、以て自己の職務に関して収賄し

とあつて、明らかに請託関係の記載がなく、従つて単純収賄罪につき「其の後右徳郎の請託を受けその修正申告通り第二期分税額を七十万円と決定したところ云々」と判示し、(二)の起訴事実につき「再審査請求に基き調査した際同人から減軽処分の請託を受け云々」と判示した。

刑法第百九十七条第一項前段の犯罪と同項後段の犯罪とは明らかに訴因を異にするものであるから、第一審が右のように審理判決するには、刑事訴訟法第三百十二条刑事訴訟規則第二百九条の規定による訴因の変更手続が履践されなければならない。これについて昭和二十四年十二月十九日福岡高等裁判所は「何が起訴されたか即ち起訴によつて何が裁判所の審判の対象とされたかは起訴状に明示された犯罪事実（訴因）そのものを基本として観察せらるべきものであり、罪名、罰条の如きはむしろ犯罪事実の記載と相俟つて起訴の対象を明確ならしめる補助的なものと為すべきであろう。」との前提の下に、審理裁判の請求範囲が不明確なときは釈明すべきものと判示して原判決を破棄した（高等裁判所判例集第二巻第三号三一三頁）。この判例に従つて本件を処理すれば、第一審においては、裁判官は起訴事実(一)及び(二)については釈明

権を行使し、相当な訴因変更の手続をした後裁判すべきものである。然るに、第一審裁判所が事ここに出でず、刑法第百九十七条第一項後段の犯罪事実につき審理裁判の請求を受けないに拘わらず、同条同項後段の犯罪として審理裁判したことは、前示高等裁判所の判例と明らかに相反するものである。

そして「控訴判決において、判断されなかつた事項について、第一審判決の瑕疵を主張しているのできない」ことは、曾つて最高裁判所の判示されたところであるが、当弁護人は単に第一審判決の瑕疵を主張しているのではなく、原審が控訴趣意の本意を汲まず、起訴事実(二)及び(三)につき請託ありと判断したことに含まれる判断の誤謬を指摘しているのである。すなわち、原判決の判断は前示高等裁判所の判例と相反する場合で破棄さるべきものと信ずる。

第三点　原判決は、控訴趣意第三点につき「本件記録を精査し、証拠に現はれている事実及び所論を参酌するも、原判決の刑の量定は洵に相当にして、これを不当とする論旨は控訴の事由として採用し難い」と判断した。第一審判決摘示の犯罪は、勿論公務員として相当の批難に値することは、当弁護人もこれを否定しない。しかしながら

(一)　被告人は本件犯罪事実を素直に認めている。

(二)　大部分の事実については、悔悟の上自発的に認めたものである。

(三)　被告人は本件犯罪事実につき、賄賂を要求した事実はなく、また別に違法な処分をした事実もない。寧ろ、無理強いに贈賄された形である。

(四)　本件犯罪の動機は、多数の家族を擁し、薄給に甘んじた被告人が、徴税強化のためにあえぐ納税者の誘惑に負けたに過ぎない。特に被告人の反社会性を批難すべきものではない。

(五)　被告人の静岡税務署における勤務振りは、上司及び同僚に対しても、一般納税者に対しても、きわめて良好であつて、本件事案は被告人の長期の勤務中における一の過失と認むべきもので、甚だしき悪性はない。

(六)　被告人は、本件事案により提訴されたが、保釈により出所している現在に至るまで、前非を悔い、再起を志して完全に社会に復帰し、相当の信用を博している。

以上の事実は、原審弁護人が控訴趣意書第三点において、詳述したところを要約したものであり、これらの事実は、第一審における公判調書、第一審公判において証拠として差し出された陳情書、嘆願書及び供述書（記録二三五丁から二五八丁まで）並びに原審に差し出された松林彌助及び被告人の各上申書によつて十分これを察知することができる。この事実を綜合すれば、被告人は完全に前非を悔い、社会に復帰したもので、今更この被告人に懲役一年の実刑を科する必要はない。すなわち、第一審が被告人に対して執行猶予の言渡をしなかつたのは、刑の量定が甚だしく不当である場合に該当するに拘らず、原判決が冒頭掲記のように判断したことは失当である。よつて刑事訴訟法第四百十一条第二号の規定により、原判決を破棄し、被告人に対し同法第四百十三条但書の規定により、相当期間の執行猶予の言渡あらんことを要請する。

以　上

昭和二六年(あ)第二一九号

被告人　村越省三

弁護人大竹武七郎の上告趣意

第一、第一審判決は第四事実として、

同年五月頃同市安西二丁目四十五番地杉山勇太郎方で、同人の昭和二十二年度所得税の更生決定額十七万円に対する再審査請求に基き調査をした際、右杉山より之が軽減処分の請託を受け、同年七月中旬頃被告人の肩書居宅で右杉山より其の報酬の趣旨の下に供与せられるものであることを諒知して洋服ズボン一本時価千三百円相当（証第三号）の交付を受けた旨認定し、而してその証拠として、

(一)　被告人の当公廷に於ける其の旨の供述

(二)　司法警察員に対する杉山勇太郎の供述調書中判示第四の事実に照応する供述記載

(三)　押収に係る証第三号洋服ズボン一本の存在

を挙げ、これを綜合して認定すると言い、而して刑法第九十七条第一項後段を適用している。

しかしながら、

(一)　杉山勇太郎の司法警察員に対する供述調書には、製茶再製業者たる杉山は、昭和二十二年度においては、あまり仕事をしなかつたので、七万円位の所得申告をしたところが、十七万円の更正決定が来たので、再審査請求をした結果、税務署において組合等につき調査をなした結果、右杉山の申告の正当なることが判明し、七万円に修正決定された。しかし杉山としては、右再審査に関し被告人村越省三と知合となつたので、同人に贈物をしておけば、今後も何かと便利なこともあると思つて、その頃、偶々配給になつたズボン一本（一千三百円位のもの）を贈つたという趣旨に記載されて

居り、判示のように、二十二年度所得税の更正決定を減額してもらうことに対する報酬という趣旨の供述をしていないし（記録第一八〇――一八四丁）。従て虚無の証拠によつて認定したものと言わねばならぬ。而して二つ以上の証拠を綜合して一つの事実を認定した場合、その中の一部分に違法なるものがある場合その全部が破棄を免れないことは、貴庁がしばしば判例とされているところである（昭和二十三年(れ)第一四七三号、同年(れ)第七一一号、同年(れ)第一九七六号、昭和二十四年(れ)第二六〇一号各判決）。

㈡　第四事実は刑法第九十七条第一項前段ならば格別同条項後段を適用したのは擬律錯誤であり、この違法は判決に影響なしとは言えない。

第二、被告人は長田重治関係につき逮捕されたのである（記録第一五丁）。その他の判示事実は全部被告人が過去のことを一切清算して更生する決意の下に、捜査官に未だ発覚していない事実を自ら進んで供述したものである（記録第一四二丁）本件は刑法の連続犯の規定の廃止された後のものであつて、併合罪の関係にあり。被告人の進んで自供した部分は自首又は少くともこれに準ずるものと言うことができる。

被告人は公判廷においても何等秘し又は言葉をにごすようなことはなく、場合によつては、贈賄者よりも強いはつきりした言葉を以て自供しているところさえあることは調書上明瞭である。

本件により被告人が検挙せらるるや同情が集り、静岡税務署長以下各課長係長、森本京平外二十八名、湯淺光雄外三十一名、齋藤完二、山下吉郎、松林彌助等はそれぞれ上申書、歎願書、供述書を提出し（記録第二三五、二三六、二四二、二四五、二五〇、控訴一九丁）被告人の人物を賞讃し、公務上の功績をたたえ、ひたすら減刑を歎願し、又被告人本人も真情を吐露した上申書を提出し（記録、控訴第二八丁）改悛更生を誓つて居り、又現に株式会社松林商店に雇われ真面目に勤務している。

右諸般の事情から観れば、この際被告人に懲役の実刑を科することは著しく量刑不当であり、正義に反するものと思われる。

よつて原判決を破棄し、更に相当の御審判を賜りたい。

以　上

昭和二六年(あ)第四五七号

判決

本籍　北海道苫前郡焼尻村字東浜四七番地
住居　釧路市入舟町六丁目一〇番地
漁夫　畠山春治
大正三年三月三日生

右暴行、賍物牙保被告事件について、昭和二五年一二月一八日札幌高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人広瀬武文の上告趣意（後記）に対する当裁判所の判断は左のとおりである。

論旨第一点について。

所論は憲法三四条違反を云為するけれども、その理由のないこと昭和二五年(あ)第一一六六号、同二五年一一月三〇日第一小法廷決定、昭和二二年(れ)第三三四号同二三年六月九日大法廷判決に徴し明である。

同第二点について。

所論は原審において、控訴趣意として主張されず、従つて原審の判断していない点に関するもので上告適法の理由とならず

七月二二日判決　昭和二六年(あ)第四五七号

七月二二日判決　　昭和二六年(あ)第四五七号

ない。（なお第一審第一回公判調書によれば坂下清治郎の検察官に対する供述調書の取調請求に対して弁護人は証拠調の請求及び証拠とすることに同意している。加之、記録を見ても、右坂下清治郎の供述が任意にされたものでないことを疑はしめるような事迹は認められない。）

よつて刑訴第四〇八条に従い裁判官全員一致の意見により主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二二日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井　上　登

裁判官　島　保

裁判官　河　村　又　介

裁判官　本　村　善太郎

昭和二六年(あ)第四五七号

弁護人広瀬武文の上告趣意

第一点　原判決は憲法第三四条に違反した違法な、拘禁状態にある被告人の供述を証拠に供したもので不当である。

原判決は、「原判決挙示の証拠を綜合すると、被告人が賍物であることを知り乍ら、判示衣類の売却を周旋したことは明かで」ある旨を判示しているが、その証拠のうち検察官事務取扱副検事に対する被告人の供述調書は、昭和二十五年一月二十四日に作成されている。そうして、被告人は昭和二十五年一月二十一日司法巡査によつて逮捕されたのであるから、司法警察員によつて直ちに犯罪事実の要旨及び弁護人選任に関する告知がなされ、かつ弁解の機会が与えられることの必要であることはいうまでもない。しかるに、裁判所に提出された逮捕、勾留に関する書類を見ると、司法警察員が被告人に対し右のような手続を履践したことを録取したものが全く存しないから、逮捕後司法警察員は公訴事実の要旨及び弁護人を選任することができる旨を告げず、又は弁解の機会を与えなかつたことになり、その後における被告人の拘禁は違法な拘束となること勿論である。蓋し、被告人又は被疑者は常に弁護人を依頼する権利を有し、公訴提起前にあつても被疑者には弁護人の協力を得て防禦の準備をする権利が認められているのであつて、被告人又は被疑者が有する弁護人依頼権についての憲法第三四条による保障は、刑事訴訟法において司法警察員又は検察官に対する弁護人を選任することができる旨を告知する義務となつて現われているからである。従つて、被告人が副検事に対し供述をなした当時においては、違法な拘禁状態が依然として継続しているのであるから、かかる状態のもとになされた被告人の供述調書は証拠能力がないものといわねばならない。

被告人　畠　山　春　治

第二点　原判決は刑事訴訟法第三百二十六条に違反する不当のものである。

原判決は「原判決挙示の証拠を綜合すると、被告人が賍物であることを知り乍ら、判示衣類の売却を周旋したことは明かで」あるとしているが、被告人に対する賍物牙保罪についての事実を認定するために証拠とされている、坂下清治郎の検察官事務取扱副検事に対する供述調書には証拠能力がないものと考える。すなわち、第一審における昭和二十五年四月十四日の公判調書中、証人坂下清治郎の供述によれば、前示供述調書は昭和二十五年一月二十四日の午後六時頃から九時頃までの間において作成され、しかも調書作成の場所は刑務所内である。一月二十四日といえば北海道の北端近くに位する釧路にあつては寒気きびしい季節であるのみならず。取調をなした時刻は寒さの程度の一段と増す時である。このような場所と時刻においてなされた供述が、果して任意性を有するかどうかはすこぶる疑わしい。

思うに、刑事訴訟法が第三百二十五条において裁判所に対し供述の任意性を調査する義務を課し、第三百二十六条において相当と認められた供述のみが証拠となる旨を、それぞれ規定したとえ当事者の同意ある場所でも、情況的判断によつて相当したのは、証拠能力ある証拠によつて実体的真実を発見することを期したからであろう。

そうであるとすれば、任意性の有無は形式に拘泥することなく、実質的にこれを探究するを要するは勿論である。成る程前示供述調書には、供述者が誤りがないことを申立てて署名拇印したと録取されているから、坂下清治郎の供述は外観的にはいかにも任意性を有するようである。しかし右供述がなされた月日、時刻、場所などの情況を綜合判断するならば、前示供述は任意性を欠いた証拠価値のきわめて低いもので、証拠能力がないと思料する。そうして、この妥当でない情況でなされた坂下清治郎の供述が被告人の知情に対する唯一の補強証拠なのであるから、刑事訴訟法第三百二十六条に違反するものとして、原判決は破毀されねばならない。

以上

昭和二六年(あ)第一〇三七号

判決

本籍　神戸市葺合区御幸通一丁目九番地
住居　同市長田区六番町一丁目三五番地
無職　松浦勝義　大正五年七月二五日生

右の者に対する暴行、傷害被告事件について昭和二五年一一月二一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判決する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人浅野昇の上告趣意は末尾添付の上告趣意書記載のとおりである。

同上告趣意について。

原判決の、被告人はボス的存在の五月蠅い男である旨の判示認定は、被告人の作間英治に対する判示暴行の情状に関するものであつて、これによつて暴行の犯意を認定するに足るものとした趣旨でないことは、原判決の判文自体によつて明らかである。されば右判断が犯罪事実認定に関するものであることを前提とする所論違法違憲の論旨は、その前提を欠くものであつて採用することはできない。

七月二二日判決　昭和二六年(あ)第一〇三七号

七月二二日判決　　昭和二六年(あ)第一〇三七号

また記録を調べても、本件につき刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて刑訴四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する

昭和二七年七月二二日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第一〇三七号

被告人　松浦勝義

弁護人浅野昇の上告趣意

第一点　原審判決は採証の法則を誤り憲法に違反するものである。

原審判決は其の理由第一点に於て「しかし原判決挙示の作間英治の司法警察員に対する第一回供述調書の供述記載によると被告人がボス的存在の五月蠅い男であつて云々」と判示しているが、右作間英治の司法警察員に対する第一回供述調書の供述記載に依ると、被告人が「ボス的存在の五月蠅い男」であるということは何等根拠の無い他人の噂又は単なる巷間の風評を、司法警察員の取調に際し被害者の立場より一種の悪意を以つて供述したもので、所謂伝聞証拠と称すべきものである。

然るにこれを以つて、事実認定の資料とすることは被告人に於て反対尋問を為すことができないから、新刑事訴訟法第三百二十条後段に於て禁止せられているものであつて、同時に憲法第三十七条第二項に違反するものと断ぜざるを得ない。

尤も前記法条の趣旨は犯罪構成要件該当の事実について、伝聞証拠の採証を禁止したもので、犯罪の情状に関する事実の認定については何等禁止しているものではないとも考え得られるが、被告人が「ボス的存在の五月蠅い男」であると認定されなかつた場合に於ては、本件の如き極めて軽微な酩酊時の犯行については懲役八月の実刑を受ける程の事ではないのであるから、右認定は判決に重大なる影響を与うるもので、前記法条の趣旨よりしても総べての証拠に伝聞記録は禁止せらるるものと解すきである。

然るに原審判決が此の点を看過し敢て前記の如き認定を為したのは明かに違法であり、且つ判決に影響を及ぼすべき重

大なる法令違反で、当然原判決は破棄せらるべきものと信ずる。

二

以上

昭和二六年(あ)第一七一八号

判決

本籍　長崎県北高来郡森山村慶師野一六七八番地
住居　諫早市原口町八三四番地
店員　岸川国光　大正九年一一月一〇日生

本籍　朝鮮慶尚北道迎日郡神光面土城洞四五九番地
住居　諫早市八坂町一七六番地
無職　木下健治こと　呉方佑　大正一二年九月三日生

右岸川に対する賍物運搬、呉に対する賍物寄蔵被告事件について昭和二六年三月二三日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人の原審弁護人高良一男及び被告人呉方佑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

本件各上告を棄却する。

当審における訴訟費用は両分し、各被告人をしてその一を負担させる。

七月二二日判決　昭和二六年(あ)第一七一八号

七月二二日判決　　昭和二六年(あ)第一七一八号

理　　由

被告人岸川国光の上告趣意及び同呉方佑の上告趣意について。

論旨はいずれも刑訴四〇五条に定める適法な上告理由にあたらない。

弁護人片山拓の上告趣意第一点について。

勾留又は逮捕の手続に違法があつても、それに対する救済は他の方法に求むべきであつて、それだけでは原判決破棄の理由とならないこと、当裁判所の判例（昭和二三年(れ)六五号、同年七月一四日大法廷判決、判例集二巻八号八七二頁。昭和二三年(れ)七七四号、同年一二月一日大法廷判決、判例集二巻一三号一六七九頁参照）の示すとおりである。それ故論旨は採用することができない。

同第二点について。

所論は刑訴四〇五条に定める適法な上告理由にあたらない。

なお記録を精査してみても本件に刑訴四一一条を適用すべき事由も認められない。

以上の理由により刑訴四〇八条、一八一条に従い裁判官全員一致の意見を以て主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二二日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第一七一八号

被告人の上告趣意

被告人　岸川国光

原審判決は違憲であります。私が砂糖を積んだ場所は、島鉄本諫早駅（起訴状には東諫早駅と誤記）の南方約七十米の所に建設し在る立川乾物店所有の倉庫の南側の道路であります。依頼者である三島幸夫が、其の場で私に対し、此の品は駅員と(通)の大将が談し合つて、自分が買つて此処まで(通)の人が運んでくれた。代金は、明日取りに来ることになつて居り、心配の品ではないから運んで呉れといいましたので、私は其の言葉に間違いはないと信じて運びました。尤も、運んだ品は砂糖二袋（一袋百六十斤入）丈であります。リヤカーに積んで三島がさきをひき、私が後押をして一回運びました。其の他の文房具、柱時計、ミシン機械、其の他の品を運んだことはありません。

又、煙草を積んだ場所は、専売公社諫早支所近くの鶴川の倉庫（公社借用中か）の東側の小川の東側の道路であります。其の時、三島は私に対し、専売局長と鶴川と談し合いの上で自分が買つて居るから、積む時に音を立てても心配はないと申して「バン、バーン！」と音をさせて、私を安心させて積みました。私は三島の言を信じ、心配はないと思うて大木箱二箱リヤカーに積み、一回丈運搬致しました。矢張り三島がさき曳をなし、私が後押しをして運搬致しました。それで前後二回共、盗品であるということは知らずに運搬したことは相違ありません。尤も、警察では、賍品であることを知つて運んだかと尋ねられた時には「賍品」の意味が判らず、品物の名前のことかとかん違いをして、はいと答えましたが、後で賍品の意味が判つたので、大村の裁判所で警察での答を訂正して頂く様申述べておきました。私は、三島から頼まれ好意的に運んでやつたので、決して金銭を目的に運んだのではありません、金は、一銭も貰つて居りません。只、光十本入を二つか三つと、砂糖を少し貰つた丈であります。

併し、私が公判廷で供述したことについては責任を負うべきは勿論でありますが、出来ることなれば無罪の御判決を賜り度、仮りに有罪と致しましても懲役二年、罰金三万円は余りに重刑と存じます。私は、これまで悪いことをしたことはありません。今回のことは、深く反省改悟して居ります。今後は、絶対に不都合のことは致しません。若し、私が実刑に服することになれば、何等の資産もなく、只私の働く収入により辛うじて生活をして居る妻子は全く生活の途を失い、罪なき五歳、四歳、一歳の幼児は路頭に迷い、遂には餓死するか、或は親子心中の運命に陥るか判りません。

翻つて裁判史を拝察するに、殺人事件の如き重大事犯についても幾多執行猶予の判決を受けて居ります。殊に、本件主犯三島幸男はすでに懲役三年の刑に服して居ります。

何卒、仏の慈悲、神の愛と宏大無辺なる法の涙を以て、特に執行猶予の恩典を賜り度、慎みて御願い致します。

以　上

昭和二六年(あ)第一七一八号

被告人の上告趣意

原審判決は違憲であります。私は、本件煙草を預つたことは絶対にありません。これについては、山口則雄の証言があります。私は、生れて初めて勾留を受けました。勾留は、筆舌に尽し難い人生の一大苦悩であることを体験致しました。同時に勾留中、取調を受くる際には、自分の信念をありのままに供述することは不可能であることを会得致しました。殊に、警察には録音機の備えなく、且つ速記者も居りませぬ。従つて聴違い、書き違い、読違いは免れませぬので、其の調書は実に不完全極まるものと存じます。

ついては、全般的に公判廷の供述のみ御心証の資料に供せられんことをお願い致します。私は、煙草の寄蔵については熱湯も探ります。又、所謂死の骸子も投げます。私は、どんな証拠があるとしても、実際ないことにつき罪に服することは出来ませぬ。此の点につき、重大なる事実の誤認があると確信致します。国を護り人を救うためには、さきの一厘事件無罪の如き、今の八島三次殺人事件無罪の如き、太陽よりも聖き至仁の光が最高裁よりあめつちを照すことを念願しつつ、身命を捧げて静かに尊きお裁きをお待ち致します。

又、砂糖についても、私は盗品であることを知らずに預つたものであります。尤も、私が公判廷で供述致しましたことについては責任を負うべきは勿論でありますが、懲役一年六月、罰金弐万円は余りに重刑であると存じます。私は、是まで悪いことをしたことはありませぬ。今回のことは、深く深く改悟して居ります。今後は、絶対に不都合のことは致しませぬ。若し、私が実刑に服することになれば、何等の資産なく、其の日々々私の日収によりて生活して居る妻子は全く生活の途

被告人　呉　方　佑

木下健治こと

を失い、罪なき七歳と二歳の幼児は路頭に迷い、遂には餓死するか、或は親子心中の運命に陥るか判りませぬ。

翻つて裁判史を拝察するに、殺人事件の如き重大事犯についても幾多執行猶予の判決を受けて居ります。殊に、本件主犯三島幸男はすでに懲役三年の刑に服して居ります。

何卒、仏の慈悲、神の愛と宏大無辺なる法の涙を以て、特に執行猶予の恩典を賜り度、慎みて御願い致します。

以　上

昭和二六年(あ)第一七一八号

弁護人片山拓の上告趣意

被告人　木下健治こと　吳方佑

同　岸川国光

第一点　本件被告人木下健治こと吳方佑に対する上告理由。

同被告人に対する勾禁手続に憲法違犯があると思料します。

凡そ国民は法律の規定によるの外其の基本的人権である身体の自由に対する権利を侵害せられないことは憲法の規定上明瞭なことであります。

然るに

第一　本被告人に対する勾留状（記録第六丁）を見るに其の書類に記載してある通り、之を裁判官が発行した日は昭和二十五年四月十九日であるにも拘わらず、之を執行した日は実に其の前日である同月十八日になつて居るのであります。之は考えて見まするのに翌日発行さるる勾留状を其の前日に執行したと云うことになり、理論上有り得ない事柄で要するに勾留状なくして被告を勾禁したことは明らかであります。

即ち此の勾禁は憲法第十一条の違反であると思います。又

第二　には

逮捕状によつて被疑者を逮捕するには其の要件を具備した逮捕状でなくてはならないことは、刑事訴控法第二百条に厳として規定を設けて居ります。

然るに右被告人に対し被疑者として執行した逮捕状（記録第四丁）を見るに同条に規定する要件中

一　逮捕状の有効期間の記載がなく、又

二　には「期間経過後は逮捕すること出来ず令状を返還しなければならない」

と云う二つの要件の記載を欠如して居ります。

有効期間の経過後に執行せられる虞有る重大な事実から鑑みまするならば、右の項目は要件ではなく単に執行機関に対する注意事項だとして簡単に片付けることは出来ないのであります。

要件を欠いた逮捕状は仮令其の表題に逮捕状と表示してあつても之を法律上の逮捕状と云うことが出来ませぬ。逮捕状以外の一片の書類でしかないのでありますのに、執行機関は斯かる書類を恰も逮捕の如く装つて堂々之を執行して同被疑者の身体の自由を拘束して居るのでありまして、之れ又憲法第十一条の基本的人権なる身体の自由を妄りに侵害したものと思料致します。

以上の理由によつて、被告人木下健治こと吳方佑に対しては刑事訴訟法第四百五条第一号第四百十条第一項前段に則つて原判決を破毀あらんことを請求致します。

第二点　本件被告人岸川国光に対する上告理由。

同被告人に対する判決は法令違反の手続によつて調べられた証拠に基いて認定せられたもので、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと思料します。

凡そ判決に対する事実の認定は適法の証拠に基かねばならぬことは当然であります。そして其の証拠調の請求や決定の手続に違法があつたら之を適法な証拠と云うことは出来ませぬ。

そこで本被告人岸川国光に対する福岡高等裁判所の言渡した原審の判決（記録第三百五十二丁乃至三百五十四丁）を見るに、

るに、同判決は刑事訴訟法第三百九十六条によつて第一審の判決を認容して控訴棄却の言渡しをして居るので、長崎地方裁判所大村支部の言渡した第一審の判決（記録第二百八十三丁乃至第二百八十六丁）を見るに、

其の犯罪の証拠として

㈠　百竹庄平、山内常盤、渡部博、林田ユキヱ、中野守、島田キク、平林繁樹、松田和一の各被害顚末書若は顚末書と

㈡　証人安藤玲子、木下フキ子、野口利馬の証言

とを援用して居ります。

右採用した証拠に対する当事者の証拠請求手続並びに書類（刑事訴訟法第三百二十六条第一号により当事者の同意を要すべきも）の提出決定及証人の喚問を決定した公判は何時何処で開かれた公判でしたのかを記録について調べますと、第二回公判調書と題する書類（記録三十五丁以下）中に記載せられて居るのであります。然るに其の書類には右の請求手続や決定をした場所そのものゝ記載はありますが肝腎の日を欠いて居り其の作つた日は判明しないのであります。

之は刑事訴訟規則第四十四条第一号の要件を欠いた無効の公判調書であります。

尤す其の書類の冒頭には昭和二十五年七月四日と記載せられ恰も其の日に開廷せられた様にも見えますが、其の書類の末尾を見ますと夫れと異つた日の昭和二十五年七月二十五日と記載してありますので、何れの日に開廷せられたのか全然判かりませぬ。即ち其の一方を眞実なりとすれば他方の何れかゞ虚妄であると解釈しなくてはならぬのであります。

或は之は七月四日から七月二十五日までの間昼夜間断なく公判を開いて居たのだと云うならば、仮りに詭弁であつても無理に相手に了解を強ゆることは出来るかも知れませぬが其の継続した旨の記載もないのであります。

事が人権に直接重大な影響を及ぼす公判調書に於ては右様な非常識な考察は許し得ないことと思います。

斯様に論じて来ますと前掲判決に供せられた証拠は、書証の提出決定もなく之に対する相手方の同意もなく証人喚問の

決定もない違法の証拠を資料として言渡した判決であると云う謗は免れませぬ。

以上の理由によつて被告人岸川国光に対しては刑事訴訟法第四百十三条前段によつて原判決を破棄し、事件を第一審裁判所へ差戻の判決あらんことを請求致します。

本趣意の理由は利害を異にする側から之を見るときは或は簡単に誤記の一語を以て其の不当性を糊塗するかも知れませんが、被告人にしたら実に眞剣であろうと思われます。而も憲法によつて保護せらるべき人権に関する大問題であり、誤記とするには余りにも重大性を無視した見方であろうと思います。

以上

昭和二六年(れ)第二三一五号

判決

本籍並びに住居　東京都渋谷区幡ヶ谷笹塚町一一八三番地

会社員

小林儀光

明治三〇年一二月一八日生

右の者に対する物価統制令（塩専売法）違反被告事件について、昭和二六年八月二七日東京高等裁判所の言渡した上告審判決に対し被告人から更に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

本件再上告を棄却する。

理由

弁護人藤田馨の上告趣意について。

差戻後の控訴審（甲府地方裁判所）の第一回公判調書によれば裁判官小林武男、同宮沢邦夫が、同第二回公判調書によれば裁判官小林武男がいずれも裁判所の構成員として審理に関与したことが窺えるし、尚両裁判官が差戻前の控訴審（甲府地方裁判所）の構成員として判決をなしたことも記録上明白である。しからば旧刑訴第四四八条の二第二項により両裁判官は差戻後の控訴審の審理判決に関与することができないのであるから、両裁判官を構成員として開かれたところの、差戻後の控訴審第一、二回公判手続が違法であることは当然である。

しかし、本件の差戻後の控訴審第三回公判期日において両裁判官を除き適法なる構成の裁判所が審理を更新し、新たなる

七月二五日判決　昭和二六年(れ)第二三一五号

七月二五日判決　昭和二六年(れ)第二三一五号

審理を遂げた上、これに基いて判決をしたものであるから、右の違法は該判決に何等影響を及ぼさなかつたものというべきである。

従つて原判決は憲法三七条一項に関する判断を誤つたとする論旨はその前提たる事実を欠くものであるから理由がないといわなければならない。

被告人本人の上告趣意について。

論旨は事実誤認を主張するのであるが、かかる主張の不適法であることは刑訴応急措置法一七条一項の文意に徴し明瞭である。

よつて、刑訴施行法二条、旧刑訴四四六条に従い、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　岡本梅次郎関与。

昭和二七年七月二五日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

弁護人藤田馨ノ上告趣意

一、上告裁判所ハ其ノ判決ニ於テ、第二審差戻前ニ審理裁判ニ関與シタ判事ガ差戻後ノ審理ニ関與シタケレドモ、其ノ後其ノ判事ハ構成ヨリ脱退シテ他ノ裁判官ニ於テ公判手續ヲ更新シテイルカラ、何等違法デナク、違憲デモナイト判斷シテイル。

二、然シナガラ憲法第三十七条ニ依レバ、スベテ刑事々件ニ於テハ被告人ハ公平ナ裁判所ノ裁判ヲ受ケル権利ヲ有スル旨ヲ規定シテイル。

即チ「公平ナ裁判所ノ裁判」トハ偏頗ヤ不公平ノ虞レノナイ組織ト構成ヲ持ツ裁判所ニヨル裁判ヲ意味シテイルノデアツテ、最高裁判所ノ各判例ニヨツテモ孰レモ「公平ナ裁判所ノ裁判」ノ意義ヲ以上シ如ク確定シテイルノデアル。（昭和二二年(れ)第四八号、同年(れ)第一七一号判決参照）

三、依テ以テ之ヲ觀ルニ、本件ニ於テ前述ノ如ク如何ニ其ノ後ニ於テ裁判官ノ更迭ガアツタトシテモ、差戻前ノ審理判決ニ関與シタ裁判官ガ差戻後ノ審理ノ公判ニ二回迄モ関與シテイル以上、果シテ之ヲ以テ「公平ナ裁判所ノ裁判」トイエルデアロウカ。寧ロ非常ニアロウカ、所謂前述ノ様ニ偏頗ヤ不公平ノ虞レノナイ組織ト構成ヲ持ツタ裁判所ノ裁判トイエルデアロウカ。

偏頗、不公平ノ虞レノアルモノトシテ被告人ノ憲法上ノ権利ノ保障ニ欠クルコトニナルデアロウ。被告人ハ常ニ法廷ニ於テハ所謂取調ベラレル立場デアリ、差戻前ニ不利益ナ認定ヲシタ裁判官ガ又審理ニ関與シタコトデ既ニ觀念シテ自由ナ防禦ヲ盡スコトガ心理的ニ不可能ニナツテ仕舞ウ虞レガ多分ニアルトイワネバナラナイト考エル。従ツテ第二審裁判所ノ差戻後ノ処分ハ違憲デアリ、之ヲ然ラズトシタ上告裁判所ノ判斷ハ不当デアルト考エル。

以　上

被告人　小林儀光

昭和二六年(れ)第二三一五号

被告人小林儀光

被告人ノ上告趣意

右物價統制令違反（鹽專賣法違反）被告ニ付、今マデ事実ヲ無視サレタ裁判ヲ受ケテオルノデ明白ナル事実ヲ申上ゲ、私ノ立場ヲ解明シテ公平ナル御裁キヲ願ウ次第デアリマス。

一、判決ヲミマスト藤卷義次ト同八代子夫妻及ビ大間某ノ証言ヲ重視シテ居リマスガ、三人トモ私トハ反對ノ立場ニアリ、寧ロ事件ハ以上ノ三人共謀ノ上ニ行ワレタ事情ヲ御留意願イタイノデアリマス。

其ノ証拠トシテ

一、私ノ留守宅ヘ置イテ行ッタ藤卷八代子筆ノハガキ大ノ紙片二通ヲミレバ、（本書甲府檢察庁ニアリ）誰ガヤッタコトカ歴然タルモノガアルニモ拘ラズ、私ニ有利ナ証拠物件ヲ無視サレテオリマス。

（別紙寫シノ通リ）

一、甲府郵便局員下條某ノ証言通リ、私ハ此ノ事件前マデ郵便局ノ誰ヲモ知ラナカッタ。誰ガ甲府郵便局ト交渉シ取引ヲシタカ、何故藤卷義次ガ鹽引取リニ立会ッテイタカ、何故藤卷八代子ガ檢察当局ヲ屢々訪問シタカ、又当時紊亂セル甲府檢察庁ノ内部等ニ付テモ寫ト御留意願イマス。

一、当時ノ鹽ノヤミ値段ハ一貫匁当リ百四十円位シテイタ。私ガ利益ヲ目的トスルナラバ何モ危險ノ郵便局ヘ廻ワス筈ハナイ。指定ノ農業会ヘ渡セバ利益モ安心シテ得ラレル。村民一般カラモ喜バレル。誰ガ何故ソンナ危險ノ所ヘ鹽ヲ廻シタカ、ソノ邊モ寫ト御詮議願イタイト存ジマス。

一、要スルニ私ハ事実ヲ歪曲シタ不公平ナ裁判ニ何トシテモ服スルコトガ出来マセン。文化ヲ誇ル日本ニ、コンナ裁判ガア

ルカト思ウト、切歯扼腕思ワズ荒サンダ氣持ニナリマス。何卒事実ヲ正視シタ御判斷ヲ、ヒタスラ御願イ申上ゲル次第デアリマス。

以上

昭和二五年(あ)第一九九二号

判決

本籍　岩手県東磐井郡長坂村字東本町一六八番地

住居　同県同郡同村字町裏一一四番地

果実販売業

鈴木文人

大正一〇年二月二〇日生

右公務執行妨害被告事件について昭和二五年六月二〇日仙台高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人堀込俊夫の上告趣意は、判例違反を主張するけれども所論本件脅迫行為の内容は「お前を恨んで居る者は俺丈けじやない。何人居るか判らない。駐在所にダイナマイトを仕掛けて爆発させ貴男を殺すと云うて居る者もある」「俺の仲間は沢山居つてそいつ等も君をやつつけるのだと相当意気込んで居る」というのであるから、所論のように単に第三者に害悪を加えられるであらうことの警告、もしくは単純ないやがらせということはできない。むしろ被告人自ら加うべき害悪の告知、もしくは第三者の行為に因る害悪の告知にあたり被告人がその第三者の決意に対して影響を与え得る地位に在ることを相手方に知らしめた場合というべく、所論の判例は本件に適切でないか、もしくは原判決判示は所論判例の趣旨に添うものとい

七月二五日判決　昭和二五年(あ)第一九九二号

七月二五日判決　昭和二五年(あ)第一九九二号

わねばならない。それ故論旨は理由がない。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。

昭和二七年七月二五日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜　山　精　一

裁判官　栗　山　茂

裁判官　小　谷　勝　重

裁判官　藤　田　八　郎

裁判官　谷　村　唯　一　郎

弁護人堀込俊夫の上告趣意

一、原判決によれば本件脅迫行為に於て害悪の通告内容は「お前を恨んで居る者は俺丈けじやない。何人居るか判らない。駐在所にダイナマイトを仕掛けて爆発させ貴男を殺すと云うて居る者もある」「俺の仲間は沢山居つてそいつ等も君をやつつけるのだと相当意気込んで居る」というのである。

これによれば本件被告人は相手方に対し、被告人「自ら」害悪を加うべきことを通告したものではなく「第三者に害を加えられるであろう」ことを「警告」した場合か、或は雑談中（相手方が第一審公判廷で証言）世間の風評（好ましからざる）を伝え、単に「いやがらせ」を云つた程度である。

従つて吉凶禍福を説くのと同列である。

刑法第九十五条公務執行妨害罪に於て「脅迫ヲ加ヘタル者」とは「生命、身体、自由、名誉、財産ニ対シ」「害ヲ加フ可キコトヲ」通告した場合例えば「妻の姦通事実を公表すべき旨」を「夫に通告」した場合（大審院昭和五年れ)第八三九号事件同年七月十一日判決)、「巡査ニ対シ取締ヲ厳重ニスルナラバ爆発物ニテ一家ヲ鏖殺スル旨ノ書面ヲ送致」した場合（大審院大正五年れ)第八二六号事件同年五月十五日判決）等「何々をする」と通告した場合である。

その他従来の判例に依れば斯様に「自ら」「害悪ヲ加フ可キコトヲ通告」した場合であり、「第三者ノ行為ニ因ル害悪ヲ告知シテ人ヲ脅迫スル」場合に於ては「自己ガ第三者ノ決意ニ対シ影響ヲ与ヘ得ル地位ニ在ルコトヲ相手方ニ知ラシムル」を要する。例えば『自分ハ国粋会ノ顧問ヲシ、地方ニ相当名ヲ売ツテ居ル、縣庁ニモ知人ガ沢山居リ、オ前ノ夫

被告人　鈴　木　文　人

ノ首ヲ戴ル位ハ訳ハナイ』ト告ゲ被告人ガ第三者ヲ利用シテ害悪ヲ生ゼシメ得ル地位ニ在ルコトヲ相手方ニ告知シタ場合（大審院昭和十年れ）第一一六四号事件同年十一月廿二日判決）にのみ脅迫が成立する。

このように従来の判例に於ては「行為者の左右し得べき害悪を加うることを告知するに於て他人を畏怖せしめる行為」を脅迫の構成要件とし、本件の如く単に「第三者に害を加えられるであろう」ことを「警告」し、否もつと単純な「いやがらせ」を云つた程度では脅迫を内容とする犯罪が成立せず、刑法第九十五条の適用をみないのである。

然るに原審は前述の如く本件被告人が単に「不明の第三者に害を加えられるであろう」ことを告知したに止る事実を認定しながら、敢て刑法第九十五条の適用を認容したものである。されば原判決は刑事訴訟法第四百五条三号「最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をした」ものであつて破棄さるべきものであります。

以上

昭和二六年(あ)第五一二一号

判決

本籍　岩手県東磐井郡藤沢町西口字百沢一六三番地
住居　宮城県登米郡錦織村大字西郡字石沢七〇番地の一
農業　芳賀昭　昭和四年一二月一日生

右の者に対する強盗殺人被告事件について、昭和二六年一〇月三一日仙台高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり判決する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人佐々木清綱、同佐藤達夫の上告趣意第一点について、

刑訴二二三条一項は、司法警察職員が犯罪の捜査をするについて必要があるときは他に鑑定を嘱託する権限を有することを規定しているのである。本件においては司法警察員たる佐沼地区警察署長小松民蔵の嘱託を受けて医師奥山八郎が鑑定を実施したのであるから鑑定手続には何等所論のごとき違法の点はないのである。

しかるに旧刑訴法下にあつてはこれと異り、捜査機関たる検事、司法警察官が他に鑑定することを命じうるのは旧刑訴一二三条各号の場合か、乃至いわゆる現行犯処分の場合に限られていたのである（旧刑訴二二八条、二一四条参照）。論旨引

七月二五日判決　昭和二六年(あ)第五一二一号

用の昭和二二年(れ)第三五号、同二三年三月二〇日第二小法廷判決は右以外の場合においてなされた鑑定手続が違法であることを明らかにしたものであつて、この判例の趣旨を新刑訴法下の鑑定手続にも推し及ぼそうとするは許されないこと当然というべきであらう。

次に論旨は本件死体の鑑定にあたり、死体解剖に関する裁判官の許可がなかつたと主張する（刑訴二二五条、一六八条参照）。そして本件記録中に右の鑑定処分許可状を欠くことは所論のとおりであるが、この許可状は公判手続において必ずしも鑑定書と共に提出することを要するものではないのみならず、第一審における公判調書（一五丁）によれば検察官が医師奥山八郎作成の鑑定書の取調を請求したのに対して被告人及び弁護人はこれを証拠とすることに同意したほか、その証拠調に異議がない旨述べているのであるから鑑定処分許可状の提出がなされなかつたとしても何等違法はなく、その違法を基礎として原判決を攻撃する論旨は前提を欠くことになり、採用することができない（尚、昭和二七年五月三〇日付最高検察庁検事岡本梅次郎から当小法廷裁判官あての鑑定処分許可状の件と題する書面によつて、所論の死体解剖につき昭和二六年四月一日付登米簡易裁判所裁判官佐藤龍馬の鑑定処分許可状が発せられたものであることが明瞭である）。

同第二点について、

刑訴二一八条は、司法警察職員が犯罪の捜査をするについて必要があるときは裁判官の発する令状により検証をする権限を有することを規定しているところ、本件の司法警察員の検証調書の記載によれば登米簡易裁判所裁判官佐藤龍馬の発した検証許可状により司法警察員土井篤志が検証を実施したことを認めうるのである。従つて検証の手続について何等所論のごとき違法はなく、原判決が司法警察員の検証調書を罪証に供したのは正当であつて論旨は理由がない。

同第三点について、

論旨は刑訴四〇五条の適法な上告理由に当らないし、また本件は同四一一条三号を適用すべき場合とも認められない。

同第四点について、

しかし原判決挙示の各証拠を綜合するとき、おのずから判示事実を認定しうるのであるから、所論のごとき違法はなく、論旨は採用できない。

同第五点について。

記録を精査するも、死刑を科した原審の量定が甚しく不当であつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するとは認められないのである。論旨は理由がない。

同第六点について、

訴訟費用の範囲については刑訴費用法一条が定めているところ、右によれば所論のごとき公判前の費用はいずれも訴訟費用に属しないこと明らかであり、原審もこれに関する費用を被告人に負担させたものではないのであるから、論旨は容認できない。

被告人本人の上告趣意について、

論旨は、計画的犯行でないことを述べて、死刑を減じ、もつて生への希望を遂げさせてもらいたいと主張するのであるが、当裁判所は原判決を破棄しなければ著しく正義に反するという点を発見できない。論旨は理由がない。

よつて刑訴四一四条三九六条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　岡本梅次郎出席

昭和二七年七月二五日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂
裁判官　小谷勝重
裁判官　藤田八郎
裁判官　谷村唯一郎

弁護人佐々木清綱、同佐藤達夫の上告趣意

第一点　刑事訴訟法第百六十五条の規定によれば「裁判所は、学職経験のある者に鑑定を命ずる事が出来る」とありて、鑑定人を任命することは裁判所のみの権能であることは明らかであります。

従つて、検察庁及び警察署には其の権限のないことは勿論であります。

同法第百六十六条には、「鑑定人には宣誓をさせなければならない」とありて、鑑定人に宣誓の義務を負わしめたのであります。

同法第百六十八条には「鑑定人は、鑑定について必要がある場合には、裁判所の許可を得て死体解剖をすることが出来る旨」とありて、死体解剖の如き重要なことは裁判所の許可を受けなければなりません。

然るに、本件につき鑑定人医師奥山八郎の鑑定書を査閲するに（記録二〇四丁）、裁判所の命じた鑑定ではなく、佐沼地区警察署長司法警察員警視小松民蔵の嘱託により作成したもので、同人は、裁判官の許可を受けないで死体解剖をなし鑑定したのは、同法第二百二十五条の規定に違反した違法の鑑定書であるに、之を断罪の資料に供し有罪、而も死刑の判決されたことは違法で、到底破棄を免れないと確信いたします。

此の点につき御庁昭和二十二年(れ)第三十五号、同二十三年三月二十日第二小法廷判決（破毀差戻）を見るに「判示に曰く、原判決は原判示の事実を認定するに当り、医師黒須周作の昭和二十一年七月十九日附鑑定書を証拠としておることは原判文上明らかである云々。」

（中略）検事のした本件鑑定命令は不法であつて、之れに基き作成された鑑定書は、適法の手続により作成されたもの

被告人芳賀昭

という事はできないのである（最高裁判所刑事判例要旨集、八七丁以下参照）。該判例は旧刑訴に対する判例だが、新刑訴も同一律意であるから茲に之を引用いたします。結局、同法第四百五条の二、最高裁判所の判例と相反する判断をしたことに該当する不法の判決と信じます。

第二点　同法第百二十八条の規定によれば「裁判所は、事実発見のため必要がある時は検証する事ができる」とありて、検証するのは裁判所の権能であります。同法第百四十一条には「検証するについて必要あるときは、司法警察職員に補助をさせることができる」とあり、之れは裁判所が検証をする際、必要がある時は警察職員を手足の如く手伝わしむる事が出来る旨を規定したので、警察職員が単独で検証することが出来るという訳ではありません。

然るに、本件につき司法警察員の検証調書を査閲するに、裁判所のした検証でなく、登米簡易裁判所裁判官佐藤龍馬の発した検証許可状により左の通り検証をした。佐沼地区警察署司法警察員警部補土井篤志とありて、許可状なるものは一件記録中に存在していないから、同法第二百十八条により検証したものと見ることが出来ない。結局、警察員単独に越権不法の手続により作成した無効の書類であります。然るに、之れを証拠に供して有罪の判決をされたのは不法の裁判と信じます。

以上第一、第二点につき左の学説を引用します。

裁判所乃至裁判官から鑑定を命ぜられたものを鑑定人という。捜査機関から鑑定を嘱託された者は、刑事訴訟法にいわゆる鑑定人ではない（二二三条参照）。東京大学教授団藤重光著、新刑事訴訟法三訂版二三六頁七行目参照。

検証は、裁判所乃至裁判官が自ら行うものであるから、令状の必要がないものと解されるのである。（同上二二六頁十行目参照）

裁判所、または裁判官の検証の結果を記載した書面は、それが適法である限り、無制限に証拠能力を認められるのであ

る。（同上二二六頁末行及び二二七頁一行目参照）

第三点　本件につき第一審に於ては、被告に最初は殺意の存在を認めず、単に脅迫して金員を強取しようと認め、第二審は最初より殺害して金員を強取しようと認められました。仍て此の点を検討するに、

第一回公判調書中、（記録七丁、八丁）

㈠　公訴事実は間違いありませんが、初めから鈴木を殺害する気持はありませんでした。（第二回供述書昭和二十六年四月五日、記録二二八丁以下参照）

㈡　正一さんの名前で電報を打つて、金を取ろうという考を三月十一日頃持つたのであります云々。（第二回公判調書、記録三四〇丁参照）

㈢　問　何時、其の様な事をしようと考えたのか。

答　本訴の十五日前位からです。

問　そう考えるについて、何か直接の動機でもあつたか。

答　米谷座で、「暁の追跡」というギャング映画を見て思いました。

問　それで、怎の様にして金を取る心算だつたか。

答　脅かして取る心算でした。

問　映画を見てそうしようと考えたのか。

答　左様です。

右供述を綜合して判断するに、三月十一日に、脅迫して金員を取る考を起したこと。事件発生の十五日前、即ち三月十五、六日映画を見た時も同様な考なる事。従つて電報を打つ時も、単に脅迫して金員を強取する目的なりし事は明らかで

ありまして、之れに反する検察庁にて、電報で呼出し山に誘い出し殺して金を取ろうと考えましたとの供述及び第二回供述書（記録二二八丁参照）。三月二十八日、二十九日きた時は山に連れて殺害しようと思いました。との供述は、単に供述だけで信憑力ないものと信じます。其の理由は、其の当時殺意のあつた者であれば、殺害の用に供すべき兇器を準備すべきは当然であります。然るに、是等兇器を準備もせず、当日も携帯せず、途中で拾いとつた桜の木（径一寸二分）を杖にして行つて、之れを以て被害者を殴打して脅迫する積りでありました。が、第一撃、二撃にて之れに応ずる態度を示さざるため、俄に殺意を生じて殺害するに至つたのであります。之れを原審に於ては、最初から殺意ありと認定して死刑を言渡されたのは、判決に影響を及ぼすべき重大なる事実を誤認したもので、刑事訴訟法第四百十一条第三号に該当する違法ありと信じます。

第四点　原審は「頭蓋内出血、大脳前頭葉部の損傷により死亡せしめた」との事実を認定せられました。之れが証拠書類である医師奥山八郎の鑑定書を査閲するに、之れに符合する記載があるも、其の末尾に「死亡シ、ソノ後アヤ木綿細紐ニテ絞扼セルモノト鑑定スル」とありて、死亡後絞扼せられたるものとありますが、前記第二回供述調書を査閲するに「内伏せに倒れたので叩くの止めて、私が着ておつた腰下の紐をもぎとつて首をしめて、後の方で結いつけたのであります。叩いた私の紐で結いつける時はグウ、グウ、グウといういびきのような音をたてるだけだつたので云々」とありて、死亡後絞扼したのではなく、未だ生存中に絞扼したのである事は明らかであります。従つて、原審判決は事実認定と証拠とは齟齬して居る理由不備の違法ありと信じます。

第五点　被告は原審の認むる如く、㈠二歳の頃母と生別後、父寅之助と共に父の姉斎藤きりと同居し、五歳の頃から父も出稼ぎに出たまま音信なく、爾来きりに養育されたもので、父母の慈愛の下に成長した者でないから普通性格の悪化が往々あるものだが、被告は、順調に成育したものと何等変りないのは性質善良なことが明らかであります。㈡普通の強盗殺人

犯の多くは、酒色の資に供するため金員を強取するが常でありますが、被告はそれ等と異なり、北上川堤防工事に馬車を所持して土砂を運搬すれば土工に較べて多額の収入があることを知り、車馬購入資金を得るため本件犯行を犯したこと。㈢被害者を殺害するに何等兇器を用意せず、途より拾つた桜の枝で乱打したのは、洵に幼稚な単純な考でやつたもので、中には黙秘権あります。㈣警察や検察庁の尋問に対しても、狡猾な被告ともなると自己に不利益な事項は一切供述せず、中には黙秘権さえ行使する者が往々あるのに被告は右様のことなく、例えば第二回供述書（記録二二八丁）、其の他によれば、自己の利益、不利益に関係なく実に微に入り細に入り、自分のやつたことやあつたことは悉く自白しているなど、其のいわゆる馬鹿正直をあらわして居ります。㈤普通の強盗犯人は、強取した金員は忽ち費消してしまうのが通例だが、被告は強取した金員の内、其の大部分九万四千五百円は現に所持して居り、被害者の相続人に還附せられた事。㈥弁解録取書（記録第百八十丁）三、私は只今申上げた様なことをして、ほんとうに申訳ないことをしたと後悔し悔んで居ります。四月三日、二十一、今になつて殺した人に、ほんとうに申訳ないと思つて居ります云々とあり。

第二回供述調書（記録二四二丁）裏八行目。

二、問　何か申し述べることはないか。

答　こう事件を起したことは私の一時の過ちで、考が違つて世間を騒がせして誠に申訳ありません。私は、今後は真面目な人間になつてできるだけ社会の人々に尽したいと思います。

と供述してる。已に、充分改悟してることは明らかであります。以上の事情に照し、なお原審は第一審の無期を破棄して死刑の判決をせられたのは、刑の量定甚だしく不当であると信じます。

現に福岡地方裁判所で、七十歳の老婆を絞め殺して財物を強取し、之れを蔽わんがため二階建一棟を焼失し、更に財物を窃取した、強盗、殺人、放火、窃盗犯人八木マサに対し昭和二十二年八月一日死刑を言渡された処、控訴の結果、福岡

高等裁判所に於て昭和二十四年十二月七日無期懲役に処せられ、御庁に上告して（昭和二十五年(れ)第三〇九号）昭和二十五年七月十三日上告棄却となり確定しました。本件より重大な該件さえ無期の判決せられた程ですから、本件につき無期の判決は当然の事と信じます。（第一、二審、上告審の判決書を提出します。判決言渡後、御返還願います）

第六点　本件の証拠に供せられた医師の鑑定書及び警察員の検証調書は第一、二点に於て論じた如く違法で、証拠力のないとは明らかであるのに、之れを証拠として有罪とし、其の費用全部の負担を命ぜられたのは違法の裁判だと思います。

右の理由でありますので原審判決を破棄せられ、原審以外の東京高等裁判所へ移送の判決あらんことを御願いする次第であります。

第一原審へ差戻さるるとせば、感情上、公平な裁判を受けられないことを被告のために考える次第であります。

何卒、原審以外に移送せられんことを希望する次第であります。

以　上

被告人　芳賀昭

被告人の上告趣意

私今回強盗殺人と云ふ恐る可き大罪を犯しました事は国家社会殊に被害者に対しまして何共申訳の無い事であります。心からお詫び申上る次第で有ります。其れに依りまして一審で無期刑。更に検察官の控訴に依りまして死刑の判決を受けましたので御座います。素より尊い人命を断ちました私は、如何様なる処の重罪に処せられますとも、致し方の無い事で御座いますが、検察官の控訴事実につきまして少しく弁明さして戴き且つは情願致し度き事が御座いまして上告を致し上申を奉る次第にて御座います。以下は、私の犯した犯罪事実の内容を有りの儘に申上ましたるもので有ります故、何卒御取上になり御調査の上お裁き被下れまするよう切に御願申上る次第に御座ります。

検察官殿は私に最初より殺意がありました、と申されますが、相手は六十才以上の老人ではあるし風呂敷に包んで手に下げて来るか腰にでも下げて来るのだから引転はして取つて逃げればと思ふたので有りますが会つて見ると体格の良い力のありそうな人なので、途中で拾つた太さ、八分位の棒で、殴つたのであります。最初から殺す意志で有りますならば、私の家にも又刃物や棍棒のような兇器となる様な物は沢山に有りました。でも私は殺すなどは少しも考えては居りませんから何の用意もせずに参りましたのであります。其して使用しました棒とて路上に落ちて居りましたので其んな細い物で人が殺せるなどとも思つては居りませんでした。又彼の時でも被害者が石を持つてかかつて来なければ私としましてもあれ程夢中には成らなかつた事と思いまするが自分より体格の良い人が石持つて来たので、これでは自分がやられて仕舞ふと思いまして無我夢中に成つてたたき死に至らしめてしまいました。素より殺意が無かつたのですが結果に至りましては人を殺して仕舞ふたのであります。尊い人命を断ちました私が此の様な事を御願ひ申上まするのは誠におそれ入る事でありまするが私を今

日迄育て呉れました叔母齊藤きり六十四才又老いたる父が私一人の成長を楽しみ蔭なから見守つて居て呉れましたのでありますが其の二人が私が更生した姿を見ない中は安心して死ぬ事が出来ないと云ふて来て居ります。真実に申訳の無い事であります。私と致しましても身から出たさびとは云へ死刑囚と成つて死ぬ事は実に残念な事であります一度は何か人間らしき良い事をして死に度いと思います。村の人達にも若い時は恐ろしい事をしたが今では立派な心掛の人に成つたと云はれる様に成らねば終生彼の家からは死刑囚が出たと家の人達迄云はれねばなりません。二度と此の様な罪を犯す事は在りません、必つと善良な人と成つて行いの上で今度の償いを致しますれば何卒御寛大な御処置の下に汚名を雪ぐ事の出来ます機会お与へ下さります様に伏して御願ひ申上ます次第に御座ります切に御寛大なる御処置の程を御願い申上ます。

以　上

昭和二七年(す)第三一九号

決　定

本　籍　朝鮮慶尚北道大邱府東村面検沙洞一六四番地
住　居　東京都文京区高田老松町六一番地　岩倉憲次方
印刷業雑役
南重孝こと
南　相　吉
昭和八年八月四日生

右外国人登録令違反被告事件について昭和二七年七月一二日当裁判所がした上告棄却の決定に対し、被告人から抗告の申立があつたが、当裁判所のした決定に対しては抗告ができる法規がないから不適法である（本件のように必要的弁護事件でないものについては、被告人の方からあらかじめ弁護人選任請求をしておかなければ、当裁判所は、弁護人を国選することはしない。本件について被告人は何ら弁護人選任の請求をしなかつたから、弁護人なしに審理決定した手続は違法ではない。また本決定は既に確定したところであるから今に至つて弁護人の選任請求をすることもできないのである。）。よつて裁判官全員一致の意見で本件抗告を棄却するものとし。主文のとおり決定する。

主　文

本件抗告を棄却する。

昭和二七年七月二八日

最高裁判所第二小法廷

七月二八日決定　　昭和二七年(す)第三一九号

七月二八日決定　　昭和二七年(す)第三一九号

裁判長裁判官　霜山精一
裁判官　栗山茂
裁判官　小谷勝重
裁判官　藤田八郎
裁判官　谷村唯一

二

昭和二七年(す)第三一九号

被告人　南相吉

被告人本人の抗告申立

右外国人登録令違反被告事件に就き昭和二十七年七月十二日最高裁判所に於て言渡された公訴決定に対して抗告申立致します。その理由は

弁護人選任通知書が来なかつた為に弁護人選任出来ませんでした。弁護人も決まらない内に決定された事は何としても納得出来ません、上告趣意書はとつくに出しましたのに弁護人選任通知書が一向に来ませんので一寸不安になつて先日弁護人請求願を出しました。だして数日にもなりませんのに七月十五日に決定の書類が来ましたので大変驚きました。弁護人が決まらなかつたので裁判に就て何も相談出来ませんでした、この事は私に非常に不利な事であります。弁護人なしで裁判が済んでしまうなんていくら考へても不思議に思います。

最と詳しい理由は期日があれば上申書を以つて報告致します。私としましては一生の重大事ですから左の理由を以つて抗告した次第であります。

以上

昭和二五年(あ)第五五四号

判決

本店　高岡市三番丁七五番地

三旺興業株式会社

右代表者代表取締役

奥田安平

本籍並びに住居　富山県東礪波郡井波町本町四丁目一一二番地

会社員

奥田安平

大正三年三月一〇日生

右の者等に対する入場税法違反被告事件について昭和二五年一月二七日名古屋高等裁判所金沢支部の言渡した判決に対し、各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

本件各上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人等の負担とする。

理由

被告人三旺興業株式会社、同奥田安平の弁護人渡辺靖一並びに右被告人等本人の各上告趣意は、後記のとおりである。

一

七月二九日判決　昭和二五年(あ)第五五四号

七月二九日判決　　昭和二五年(あ)第五五四号

所論は、法令の解釈を誤つたことに基因する事実の誤認を主張するものであつて、刑訴四〇五条の定める上告の事由に当らない（所論の事件受理の申立は、上告の提起期間内に限られること刑訴規則二五七条により明らかであるから、本件趣意書中に述べられている右申立は採用できない）。なお、本件には刑訴四一一条を適用すべき事由も認められない。

同第二点について。

事実審の裁判所が普通の刑を法律において許された範囲内で量定した場合において、それが被告人の側からみて過重であるとしても、これを憲法三六条の「残虐な刑罰」ということはできないことは、当裁判所大法廷の示すとおりである（昭和二二年(れ)第三二三号昭和二三年六月三〇日大法廷判決）。それゆえ、第一審裁判所が被告人等に対し法律の所定範囲内において所論の罰金刑を科し、原審がこれを是認したからといつて違憲であるということはできない。

被告人等本人の上告趣意について。

所論は、刑訴四〇五条の定める上告理由に当らないから採用することができない。また、本件には刑訴四一一条を適用すべき事由も認められない。

よつて、本件上告を理由ないものと認め、刑訴四〇八条一八一条に従い、裁判官全員の一致した意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

昭和二五年(あ)第五五四号

右両名弁護人渡辺靖一の上告趣意

第一点　原審判決には判決に影響を及ぼすべき法令の解釈を誤り延いて重大な事実の誤認があり原判決を破棄しなければ著しい正義に反するものである。

入場税は催物者は設備の主催者若は経営者より徴収す（入場税法第六条以下単に法と略称する）ると規定せられその税金は毎月分を翌月十日までに納税する（法第六条ノ三）ものであつて催物若は設備の主催者は法制上納税義務者となつているけれどもその義務は所謂徴収義務者として納税するものである。しかして本件公訴事実である昭和二十三年五月九日富山県東礪波郡井波町本町四丁目一一二番地所在井波劇場に於て行はれた催物藤山一郎楽団の上演興行はその場所の提供は被告会社であつたけれどもその催物の主催者はマウントシルバー楽団（代表者は吉岡善二）であることは第一、二審を通し被告等の終始一貫して渝らない主張である。

然るに第一審判決は右主張を排斥し証人波能繁の供述をたやすく採用し被告等に対し有罪の判決を与へ第二審も亦原判決認定の事実は其の援用証拠により十分に之を証明するに足り被告等のいうような事実誤認の違法はないとして控訴審において其の論旨は採用に位しないと判示した。

抑々上告審たる最高裁判所の裁判は裁判の具体的妥当性確保と共に法令の解釈の統一を図るに在り御庁の判例が法令解

被告人　三旺興業株式会社

右代表者取締役　奥田安平

同　奥田安平

釈の統一に重点がおかれ判例の数量に於ても法令解釈の統一に関するものが主であることはこれを肯認されます。しかし乍ら裁判が法律に依り事件の公権的判断を下すものであり、就中刑事裁判が法律を具体的事件に適用し刑罰権の実現を図るものであるからには法令解釈の統一も勿論重要であるが具体的裁判の公正を図り誤れる裁判を匡正することも決して勿諸に附することはできない。

この点につき現行刑事訴訟法は第四百五条により原則として上告理由を限定し単なる法令違反を理由とする上告申立は許され得ない建前をとつてゐる。

けれどもその第四百六条で法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件については自ら上告審としてその事件を受理することができるとし、上告理由を制限することによる不都合を匡正して法令解釈の統一を図ろうとしている。而して同条の規定は明確を欠き御庁が上告審として事件を受理することができるというのみで正面から積極的に同条によつて上告の申立を為し得るものかどうかについては明かにしていないが同法第四百十一条は第四百五条各号に規定する事由がない場合であつても右の事由があつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるときは判決で原判決を破棄できるものと規定してゐることに鑑みれば少くとも両条を彼此考量し当事者に於て本件の如き場合は通常の上告理由と共に受理の上審理裁判せらるべきものである。

即ち本件記録に明白なる如く係争藤山一郎楽団の演奏興行の催物はマウントシルバー楽団代表吉岡善二の主催に係るものであつて被告会社は右興行の主催者ではなく従つて入場税の課税標準の申告も主催者たるマウントシルバー楽団代表吉岡善二の為したものであつて被告会社の為したものではないのである。

然るに課税官庁たる出町税務署長は、入場税法の解釈適用を誤り被告会社を主催者と認定し、国税犯則取締法に基き通告処分を為し且つ告発した。けれども入場税法にはかかる認定を為すべき何等の法律上の根拠なく又、事実の誤認に基く

恣意的不当行政処分である。

更に検察官庁は右の告発を鵜呑みにして起訴し更に証人波能繁の証言を軽卒にも採用し訴因を変更し過重の形式的訴進により被告に非常な不利を蒙らしめ、第一、二審裁判所も亦、漫然事実の誤認と看過し、法令の解釈適用を誤つているのである。

仮りに百歩を譲り官庁がその決定を自由裁量に於ても官庁は正義と公平に従い行動しなければならぬ租税法の解釈適用に当つては明文の規定がなくとも特にそのことは強調されねばならない、換言すれば租税官庁が正義と公平の限界を保持したかどうかの審査を求める権利は納税義務者に保障せられねばならない。

本件において第一、二審裁判所の判決に重大な事実の誤認がある以上司法制度から生ずる避け難い司法の誤謬、正義からの疏隔というような欠陥を取除くための最後の拠りどころは常に国民に保障せられねばならない。前述刑事訴訟法第四百六条同第四百十一条の規定は特に斯る事案に適用さるべきであつて、明確に言明されていない成文法上の立法権を実際上御庁において行つていただくことは避け能はざるものであると同時に、この立法こそは実に国の持つ立法の中で吾々が最も良き立法であると信ずるのである。

若しそれ行政権の恣意又は、立法権をもつているものの懈怠又は無能によつて社会的危険が存在する場合にこの裁判立法がなかつたとしたらそれをどう想像せらるるか理解することはできない。

第二点　本件原審判決は憲法に違反する。

上述第一点の論旨が理由なしとしても本件原審判決は憲法に違反するものである。即ち原判決は被告会社を罰金十七万八千四百四十円に、被告奥田安平を罰金十七万九千円に処しているがこれは被告等両名に対しては残虐の刑と謂はざるを得ないもので憲法第三十六条に違反するものである。

憲法に所謂残虐の刑罰といふは主として刑の性質そのものについて考へられることは明かであるが更に刑の量ことに犯罪との均衡の関係からも残虐性を帯びることがある。罪刑の均衡は憲法第三十一条の根本思想からも要求されるが憲法第三十六条の要求でもある。本件の場合入場税法に定められた罪刑の法定倍数による科罰がありこれは固より立法権に与へられた相当の範囲内の裁量による罪刑の法定刑に基くものであるが、しかし残虐な刑罰は絶対にこれを禁するのは独り立法権だけは向けられたものでなく司法権にも向けられたものである。故に法定刑の範囲内でも宣告せられた刑が具体的な犯罪に対して著しく不均衡な場合―罪刑の均衡を得てない場合―には法律として違憲でなくとも判決が違憲となり憲法第三十六条の適用がある。

更に罪刑の均衡だけではなく犯人との関係で具体的刑罰が残虐なものとなる場合も起り得る。例えば犯人の資力に比較して著しく過重な罰金を科することは残虐性を帯びることになるものと信ずる。

本件の場合被告会社は前記の如き多額の罰金を科せられたが、この会社は昭和二十二年二月設立した資本金十九万五千円の小会社であり目下経済界の不況に遇い経営に喘いでいる情況であり被告奥田安平はその経営者として苦境に呻吟する資力なき責任者で本件の如き過重な罰金は到底負担し能はぬ実情であり何れにしても原審判決は憲法違反たるを免れないものと思料する。

以上

昭和二五年(あ)第五五四号

入場税違反

被告人本人の上告趣意

三旺興業株式会社代表者

被告人　奥田安平

被告人本人の上告趣意

三旺興業株式会社の入場税違犯事件に就いて申上げます是は上告趣意の罪にとはれんとして居る被告の声を御聞き下され度懇願申上げます此の違犯事件の最も大きな物的証拠である入場税の申告書に就いて以下申述べまする経緯があり、被告の自由意思に依つて何等申告されたものでないと云う事を申述べたいのであります

是は昭和二十三年五月九日井波劇場に於いて藤山一郎楽団を招いて興行したものでありますが吉岡譲名義にて開催届を出町税務署に届出しました、ところが興業成績は芳しからず、何とか税金を軽減したい会社も赤字続きで金はない納入出来る税金は之だけしかない納入出来る金額をかいて一応出町税務署に頼みに行かうと当社取締役新明孝一が現在最も大きな物的証拠となつて居る入場税申告書に金額をかき入れまして出町税務署に参りまして説明しようとしましたが相憎係官不在の為そのまゝ置いて参りました二三日して呼出があり、是んな入場者が少いことはないと大変叱られましたので書類には吉岡譲代理新明孝一と捺印してあり吉岡譲の印を押して正しい金額を入れて書直してくるとその申告書をクシャクシャにしたのでありますすると係官小島氏はその申告書を出さないなら当方にも覚悟があるお前等を所バッするならいと易いことだその書類を出せとおどかされ書類を不本意ながら提出したのであります。それに依つて令状に依り脱税事件として起訴された次第であります。被告とすれば決して申告書の数字に依り脱税する意志はなく何とかして税務署に相談して税を軽減して頂きたいと願つて居たのであります興行には赤字ならば、税務署と相談して入場税を軽くして貰うと云う事は其の当時普通に行は

れて居た仕事であります公然の秘密とでも申しませうかそう云う例は出町税務署では幾多例があるのであります。申告書には代理の印をおしてあるし、決して正式のものとして認められず正しい金額を入れて吉岡譲の印をおして書直してくると申したならば税務官吏はそれを認めるべきではないでせうか、それにもかゝはらず破棄しようとしたものをおどかして取上げ税務の証拠品として終に起訴する如きは余りにも罪におとし入れようとするしいて申すならば脱税事件をこしらいて成績を上げようとする税務官吏の犠牲になつたと被告はあきらめねばならないのでしようか何卒裁判長殿以上申述べました事実の御審査を御願ひ致し度いと懇願申上ぐる次第であります

此の事に就いて第一審には申上げませんでした事を付記致します。

以　上

昭和二五年(あ)第二六六五号

判　決

本　籍　佐賀県佐賀郡東川副村大字徳富一九三九番地

住　居　唐津市刀町一五四八番地

医　師

片田江種雄

明治二三年二月三日生

右横領教唆、賍物収受被告事件について昭和二五年四月二八日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人松下宏の上告趣旨は末尾添附別紙記載のとおりである。

論旨第一点所論大審院判例の場合は同じ市の、収入役と助役とが犯行の都度共謀して公金を取出し、共謀者の一人に交付して横領行為を遂行したものと認められた場合であり、本件の場合は被告人はただ抽象的に「百万円ばかり役所に融通出来る金は無いだろうか」といつて教唆したに止まり実行行為の共謀に迄は至らなかつたものと認められた場合であつて、両者具体的事実が異るのである。従つて原判決には判例違反はなく、いずれにしても本件において原審がその認定した事実に対して為した適条は相当であるから此点の論旨は理由がない。その余の論旨は単なる訴訟法違反の主張又は事実誤認の主張で

七月二九日判決　昭和二五年(あ)第二六六五号

七月二九日判決　　昭和二五年(あ)第二六六五号

刑訴四〇五条所定の上告理由に該当しないし、同法第四一一条を適用すべき場合とも認められない（原審の事実認定に採証法則違反もないし、所論山崎良雄の検事に対する供述が強制によるものであるとの事実はこれを認めるに足る資料がない）よつて関与裁判官全員一致の意見により刑訴法第四〇八条に従つて主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

昭和二五年(あ)第二六六五号

被告人　片江田種雄

弁護人松下宏の上告趣意

一、原判決が本件起訴状の訴因に適合する犯罪を被告人が犯したものと認めたことは、大審院昭和八年(れ)第三〇八号判例（同判例集第十二巻五二七頁）に反した判断であつて、事実の誤認であると思料します。右判例によれば、公金保管者に職務に違反しての貸付を懇願することは、横領の教唆でなくて、横領の共謀であると認めており、本件も之と同一類型の事実であつて被告人は、依頼した事も否定しておるが、仮に原判決が認定したように「役所に融通出來る金はないだろうかと暗に公金融通方を申込んだ」と云う事が事実としても之を教唆でなく、横領の共謀であるので原判決の認定は誤りである。又右判例によると公金を貸付けたときは、その時が横領の完成であつて、その前には賍物となつておらないので、賍物收受とはならないと云つており、本件に於ても保管義務者が被告人に二回に金百万円を渡したときが、公金保管の占有離脱である銀行から引出すときの意思状態は被告人に貸すためであつても、まだ着服又は費消横領とは認められないのであるから、賍物收受と本件を見ることは事実に反しておることは右判例で明である。本件の公訴事実訴因は罪名の記載と共に被告人に横領教唆並に賍物收受の行爲があつたと云うのであるから、訴因の変更がない限り被告人を同罪で処罰することは、事実の誤認に坐する重要な違法であつて破棄は免れない判決と信じます。

二、原判決は被告人の「公金としての認識」について誤認した違法があり憲法違反があると思料します。

被告人は唐津一流の外科医であり資産信用あり、相被告人山崎良雄は当時、東松浦地方事務所長として地方最高の行政官吏であり、その間に正式に借用証書を差入れて二回に金百万円借受けたことが、相被告人の自供するような犯罪謀議か

ら発足した横領教唆と判断することは社会通念から見ても、双方名譽を重んじ、体面のある紳士間の白晝公然と取引せられて居る本件として到底想像出來ないことである。之はこの事件直前に、カフェーの主人が遊蕩して居る郵便局員を示唆して公金を借受けておつた事件があり、檢察官が予断をいだき檢挙に着手し貸主良雄の弁解も聽かない内に、両人を逮捕勾留したのであるが、当時東松浦地方事務所の財政は後述の様に紊乱その極に達し、その捜査如何によれば数百万円の横領事件に発展する可能性があり、山崎良雄としては之が憂慮の余り、檢察官の訊問に迎合し、その意図に従い、第一回、第二回とその供述を変へ、終に被告人から詐欺にかゝつたようなものだと不実の供述をなすに至つたことは後述詳記の通りであり、この供述を証拠に出來ないことは憲法第三十八條第二項にある強制による自白と云うべく、証拠に出來ない相被告人の自白によつて、被告人は処断せられておる違法があると思料します。

これが唯一の被告人の問罪の資であることは仮令相被告人の自白であつても、同法第三項の違反であると思料します。

後述のように曖昧な相被告人の供述だけで反証として信用の出來る、第一審証人江口廣子の証言等があるのに被告人を有罪としたことは、採証の原則にも違反し著しく正義に反するものと思料します。

左に証拠によつて、山崎良雄の供述の矛盾を檢討して、その供述が全然信用出來ないことを明瞭にして、御名鑑に訴えたいと思います。

第一、山崎良雄の供述の矛盾の檢討

㈠ 証檢第一二一号檢察官の訊問に対する供述書（逮捕の翌日）によると「昨年三月三十日片田江種雄さんが私の部屋で―中略―役所に融通できる様な金はないかと云はれたので（この点は左様に思いますがはつきりした記憶はございません）私はとう〳〵」云々中略「他から金策は出來ないが所得税の金があるからこの金を融通してやるから間違いなく期限中に拂つてもらいたい」云々――「はつきり申して貸付けた」とあり、この「役所に融通できる様な金

いか」と申したのが教唆であると原判決は見ておるが、この言葉は山崎良雄の記憶のはきりせないものであり、これだけであるのを、左様に悪意に解釈することは事理に疎い判断であるし吾人の経験則に反すると信じます。

仮に被告人が左様な言葉を使つたとしても之に犯罪性がありませうか、地方事務所は社会に顕著なように、補助金低利資金救済金等取扱うものであり、各種団体の資金の融通幹旋等助長福利の行政機関であるので、被告人が山崎の手で動かせはせぬか、役所にもそう金がありはせんかと考えるのも無理がないと考えられるのであります。

之に反して公金がたやすく百万円も流用出來るだろうと考えて相談すると云うことが却つて非常識であると考えられる、公金の出納は厳格な規則があり、各々係があり保管方法も厳格である位のことは吾人の常識であつて、被告人と雖も充分之を知つて居るので、その被告人が僅に役所に融通の出來る金があるだろう、立替への出來るかねがあるだろうと云つたとして「その事が公金横領の教唆行為だ」と見るのは苛察であり言語同断と考えます。

右供述書によつて、檢察官が被告人があまり記憶のないのにかと強く訊問してることは想像される。又結局、

一、あまり言葉として記憶がのこつておらない事。

二、それで供述に躊躇の色がある事。

三、所得税の金を貸すと被告人に確に告げたことは確実である事。

の三点が明になつておるのであるが、全体の趣旨が被告人に金策をたのまれ應対したことになり、内縁の妻江口廣子の前で犯罪謀議があつたというのは不可解であるのであります。

果せるかな公判で右最も確実な点が事実無根の供述であつたことが証明せられ取消されたのであります。

そうすれば右一、二の曖昧な供述、記憶で被告人を処罰する爲め起訴したことになり不当も甚しいことになるのであります。

(二) 証拠第一二〇号山崎良雄の檢察官に対する供述書（三日後）によると。

「三月三十日に百万円の金策の依頼を受けましたが、所得税に納める金があると申しますと、片田江は十日位でよいから是非その金を貸してくれと云いましたから」となつて居り、初めて被告人の教唆があつたようになつておるが、三日前と違つて斯様に記憶が明になることも怪しく、檢察官の強い誘導があつたと疑われるのであります。このときも所得税の事は確であるように云い(一)の時と違い、その話をしたところがそれを十日位貸せと被告人から強いて相談があつたと(一)と全然立場の違つた供述なのであります。

山崎の供述が公判で云う程度で公金と云うことを打明けておつたと云う程度であれば起訴はどうであつたかとも考えられるのであります。以上の所得税の金云々の事が全然虚構であつたことは公判で明になつたのであるが（第三回公判調書、第三回公判調書記載に対する異議申立書）山崎良雄は、この公判で証人江口廣子の証言に動揺の色かくしきれず「奥さんの前では税の事は話しておらない」「その事はその前である」と同時を遡らせ又言葉を濁らして「奥さんの前でも公金と云う事は話した」と云うことになつたのである、この供述が眞実であるとすれば、何故檢察官に虚偽を申したのであるか、本件に於て被告人が執行猶予の恩典を受けながら上告致して身の潔白を表わしたいと云うことは、この虚偽供述に災いされて居るのが残念であり、この点が本件解決の鍵であると信じます。

右第二回の檢察官に対する供述に不可解の点が二つあるのであります。

一、何故山崎はすゝんで所得税のあることを話すに至つたかの点。

二、片田江は十日位でかへすと云うことが出來る立場にあつたであろうかの点。

である、「金が送つて來ない。高利貸から金を借りて居るが利息は一月一割であるし、延滞金を取られるから月二割にも二割五分にもなる久保田さんが病院を買うと言つて居られるから病院を賣らうとも思うけれども出來れば病院を持つて居り度いから」と云う被告人が差しせまつて金百万円を借りて使用したとして十日で返せるものかどうか右二つの点は共に常識で考えると信用の出來ないことであると思われる。

それならば公判に於て（第五回）山崎良雄は「然し片田江は人夫賃もないのでどうかしてくれと云いますので」云々「立替える事を決心したのです」と自分で貸したと云うのに対し裁判官が「片田江の方から役所の方からかしてくれと云つたのか」と尋ねられ初めて「税金とは云つていませんが十日程ではあるし役所の方に立替える金はなかろうかと云う相談がありました」と申して居るのである、之も迎合的のように考えられる、又「片田江に税金とは云わないが役所の金とは云つていたのか」と問われ「はい左様です」と答えておる態度から見て、山崎が貸付前に、その事を打明けたかどうかは、非常に怪しいものと考えられます。

以上を証人江口廣子の証言と綜合すれば、貸付前に公金と話したことは事実でなく、その後打明けて督促したるものであり、山崎は故意か又は記憶違いと見るが事の眞相であると考えられるのであります。

(三) 山崎良雄は第三回公判調査に於て「牧場等を完成しようと私は当時努力して居り斯様な事実を完成するには役所の援助が必要と思つており、」と自ら進んで貸付の決意を爲したように供述しており、第五回公判調査によつても「片田江は人夫賃もないのでどうかしてくれと云いますので十九日頃知つた百十万円の税金を四月末頃迄一週間位の短い期間ではあるし、悪いと云う事は知つて居ましたが財団法人であるし、一應云い訳は出來ると思い、立替えることに決心したのであります」と申しており自己の発意であることを明にしており、公金のことは打明けておらぬ事が反面には窺われるのであります。

被告人は一旦軽卒にも検察官に迎合して虚偽を述べた手前斯様には申しながら尚お被告人の知情につき肯定して答えるのは行きがゝりの出鱈目と考えられる。

(四) 山崎良雄の供述が出鱈目であることは左の点からも立証せられるのであります。

(A) 第五回公判で、被告人から役所に立替えることの出來る金がありませんかと相談を受けたのは三月二十四五日頃であると新な供述をなしておるのであるが、之亦信用が出來ないものである、之が本当であれば前述の檢察官に対する一、二、三回の供述は、全部虚偽になるのであつて、之は証人江口廣子の証言を肯定して、その以前に話したことになす外ないと考えた作爲の供述であると断ぜざるを得ないものであります、その頃被告人は山崎良雄の父から調達した金五万円を防風林買收の爲め出してもらつて居るがどこで、左様な話があつたか全然知らないのであります。

(B) 第五回公判で良雄は「その後四月二十日までと思つて矢の様に催促しましたが弁済はなくて困つておりました」と供述しておるが、五月二十日頃更に金二十万円を他から調達して被告人に立替えておるのであり、右催促もおかしい更に貸すのもおかしいのであります。山崎はこれの融通先も被告人には打明けておらないのであります。(右は証檢第一二二号供述書による)

(C) 証檢第一二〇号供述書に「昨年十二月鬼塚農業協同組合から金三十万円借受け二十万円を草野と畦間に返し十万円を栄城信用組合に返しました」とあるも証檢第十四号参考人岩本德次郎の供述書により本年十二月(昭和二十四年)に貸しており右は虚偽でありこの金は勿論右供述の拂先に廻つておらないのであります。

(D) 証檢第一二三号供述書に「東京から千万、千五百万円送つて來るようになつて居ると云つて東京からの書面を見せた」という趣旨があるのも証被第八乃至第十三号と対照して虚偽であります。

(E) 証檢第四号の借用証書に既に退職後東松浦地方事務所長と肩書をして居るのも虚偽を平気でなす人物であります。

(F) 証檢第一二〇号供述書の末尾で心境として「結局私はサギにかゝつた様なものであります」と述べておるのも大なる偽りであります。押被第一、二、三号証被第二乃至第十三号によつて、山崎良雄及び弟栄が主体となつて牧場創設の仕事を强力に推進して居り相当の経費が入つて居ることも知つて居るのであり、又この融資も後援者として進んで爲したものであることは第一審証人江口廣子の証言被告人の決意の供述で明であり、詐欺等と云う立場にあるものでは全然ないことは記錄全体によつて判明します。

第二、山崎良雄は何故に供述を色々変更しながらも被告人に不利な供述を維持するかその理由。

この点山崎の内心意思は判明せないが、之が善意であれば記憶違いであろうと考えらるゝのは同人は多忙の身でもあり右(A)乃至(F)にのべた様に事物を誤つて記憶する放漫の人物であるからであります。

悪意であるとすれば、

(一) 一旦檢察官の誘導訊問によつて、迎合的に申した事即ち被告人から要求によつて已むを得んで貸したと云う有利な同情を受くる立場になつて居つたのを取消す勇気がなかつたものと考えられる。

(二) この貸金の後始末につき山崎と被告人との感情と利害が悪化して居り成行にまかせる気に爲つたものと考えられる。双方の感情が悪化してることは記錄上も明である。

第五回公判に於て良雄は、

「片田江や家族から感謝されていたと思いました」と述べ、その後の態度の変化に「それは前回証人としてたつた牧山松好が入つてから態度が変つたと思います」と述べております。

第三回公判の証人牧山松好の証言によつて「山崎良雄が涙を流して謝罪したことがあるか」との問を肯定しておつて、山崎は感情を害しておることが窺われます、又証人今井治三の証言によつて良雄が金八十万円の借用証書を要求し

たのにも片田江が應ぜなかつたことは、証被第十五号によつて明であり山崎良雄も認めて居ります。

(三) 山崎は地方事務所の紊乱が拡大することを虞れて、檢察官の意向に迎合して不実の供述するも已むを得なかつたことが想像せられることは左によつて明であります。

(イ) 行正文光の昭和二十四年六月二日の供述書（証檢第一〇九号）に「昨年二十三年を指す）四月八日九十万円税金の預金から引出してあるそうですがその金は私は知りません」とあり。

(ロ) 渡辺亮の同月三日の供述書（証檢第一一二号）に「昨年七月三十日頃地方事務所で三十二万円を片田江が使いである背の高い男からもらい」云々「合計百万円は私が保管しておりましたが、昨年七月から本年二月までの間に右百万円中から二十万円位接待費に使いました、中道家に十一万円、島崎に五万円、綿屋に八千円、竹屋に一万五千円事務所の屋根ふきに三千円、長兵衞に一万四千円であります」云々「五、昨年三月十九日の十六万円、昨年四月六日の五万円は事務所の増築費に使つてあるのではないかと思います、（所得税の金を指す、被告人に貸與する前に既に他に利用して居ること明である）

(ハ) 第五回公判の末段で夏秋弁護士の訊問に対して山崎良雄は税金の金の中から三月十九日七山の農協へ返済のため十五万円と利息を支拂い、四月六日事務所改築費五万円外に二十二万円、十一万円の金が出ておることを自認しておるのであります。

(ニ) 本件相被告人渡辺亮の罪状は地方事務所の財政紊乱の一部分であります。

以上を端緒として更に徹底した捜査があれば山崎良雄の余罪ともなり他に連類者を出す予想充分であります。

右檢討の結果山崎良雄の供述は全然信用が出來ないことは明瞭になつたものと信じます、反之被告人の提出した諸証拠並に証人江口廣子の証言によれば、公金であることを打明けられたのは七月に入つての事であり、本件借金の際は同証言

にあるように山崎良雄の好意ある調達金であると信じておつたのであります、右江口廣子の証言は殊更に作爲して申立てることの出來るような証言ではないと考えられます。

江口証人の証言に山崎良雄が動搖し供述を二三にしたことは、虚僞の供述であることを明にしており、反面江口証人の証言の眞実性を裏書きしたものと考えます。

之が公判審理、直接審理の効果であつて、一対一の密室の取調が如何に危險であるか、裁判官、檢察官、弁護人立会の下に友人知己公衆の面前で宣誓の上証言し又被告人が之に反問し、反駁する等で事の眞相は探究せらるゝのであつて、本件も之によつて充分被告人の無実の罪であることは証明せられておるものと信じて居ります。

然し第一審、原審に於てこの曖昧な相被告人の供述の効果につき深き檢討を加えず被告人に罪過ありと断ぜられたことは著しき事実の誤認と思料します。

何卒身に覚へのない被告人に対する事実関係につき更に審理相仰ぎ度く悃願する次第であります。

以上

昭和二五年(あ)第三四三一号

判　決

本　籍　三重県渡会郡大内山村二八四〇番地
住　居　大阪市西成区姫松通三丁目三七番地
会社員　小　倉　温　自
明治四一年一一月六日生

右地方税法違反被告事件について昭和二五年一〇月一一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判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人谷村直雄、同菅原昌人の上告趣意は、末尾に添附の別紙記載のとおりである。

弁護人谷村直雄の上告趣意第一点について。

しかしながら、原判決の判断に誤りないことは、記録上明らかであるし、犯意の成立には自然犯たると行政犯たるとを問わず違法の認識を必要としないとすることは、当裁判所の幾多判例の存するところであるから、(一)、昭和二三年(れ)二〇二号同年七月一四日大法廷判決集二巻八号八八九頁、(二)、昭和二四年(れ)二二七号同年一一月二八日第三小法廷判決集四巻一二号二四六三頁各参照)論旨は違憲に名を藉る事実誤認乃至法令違反の主張に過ぎないので、その前提を欠き上告適法の理由

にならない。

同二点について。

論旨は、刑訴四〇五条に当らないし刑訴四一一条を適用すべき事由もない。そこで所論憲法第三章諸規定殊に同二五条一項の違反主張も前提を欠き採用の限りでない。「憲法二五条は、国家が国民全体の福祉を増進するため積極的に社会的立法及び社会的施設を為すべき責務のあることを宣言したものであつて、同条一項は、かかる責務の内容として、国家が国民一般に対し、健康で文化的な最低限度の生活を営み得るよう国政を運営すべき概括的責務を負担していることを明かにしたに止まり、個々の国民が具体的現実的にかかる権利を有することを規定したものではない。」(昭和二三年(れ)二〇五号同二三年九月二九日大法廷判決、昭和二三年(れ)九一四号同二四年一月一一日第二小法廷判決、昭和二四年(れ)一一五九号同二四年七月一九日第三小法廷判決、参照)

同第三点について。

論旨の被告人は、主催者でない、従つて入場税関係諸法規における徴税義務者でないとの主張は、原審での主張もないし、原判決の判断もないので上告適法の理由にならない。論旨憲法三六条に違反するとの主張は、結局量刑非難に過ぎないから前提を欠き上告適法の理由とならないことは、昭和二二年(れ)三二三号同二三年六月二三日大法廷判決に徴し明かである。なお記録を精査するも刑訴四〇五条に当らないし、同四一一条に該当する事由はない。

弁護人菅原昌人の上告趣意第一点について。

しかしながら、原判決の判示認定は正当であつて法令の解釈に誤りはない。なお原判決の入場料の解釈は大審院判例の趣旨に違背ありと主張するが該判例を明示しないから適法な上告理由とはいえない。

同第二点について。

谷村弁護人第一点について述べたとおりで論旨は採用できない。

なお記録を調査するも刑訴四〇五条に当らないし同四一一条に該当する理由もない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第三四三一号

被告人小倉溫自

弁護人谷村直雄の上告趣意

第一点　原判決は犯意のない行為、即ち罪となるべき事実の認識なき行為を犯罪として刑罰を科した違法がある。そして此の違法は畢竟、日本国憲法第七十六条第三項の「裁判官はこの憲法及び法律にのみ拘束される」という規定に違反するものである。

本件地方税法違反被告事件に於て、被告人は終始問題の前進座演劇は、日本共産党資金カンパに伴い、同党本津川地区委員会が、政治宣傳活動或は文化活動として催したものであつて、通常の興行のように入場料収益を目的としたものでなく、従て毫も地方税法、大阪府入場税条例、大阪市条例に依る入場税徴収義務がないと信ずる旨主張して居り、之を本件事案の客観的事実に照して見ると、被告人の確信には相当理由あることが認められるのである。殊に政治資金が入場のための対価関係に立つという認定の如きは牽強附会である。

抑々地方税法並に入場税条例は行政法規であり、本件は所謂行政犯或いは法定犯であつて、かの刑法犯と同一に論ずることができないことは申すまでもないところであつて、法治国民である以上は、当該法規に対して一定の解釈或は見解を持つことは毫も異とすべきでなく、却て種々の立場から法規を攻究することに依て法規の適正なる解釈、運用が期待せられるのである。法の解釈は自由である。決して行政官憲の解釈だけが権威あるものではない。若し行政官憲の独断的解釈のみが常に正しい如く考えるならば、やがて行政権は専壇に奔り、官僚主義の弊は到底救治し難きに至るであろう。固より、法律の解釈には自ら一定の限界があつて、論理の法則や経験の法則に全然背反することは許されないけれども、いや

しくも、これらの法則に反しない以上は、殊に具体的事例に関連して考察する結果、一つの法規の解釈が二通りも三通りも生ずることはむしろ常態で且つ当然であり、それらの間には決して甲乙はないのである。従つて、被告人らの解釈と大阪府、市当局の解釈が、一致しなかつたからとて、常に必ずしも後者の意見が正しいとはいえないのである。

本件事件の実情、経過を見ると被告人らの解釈に客観的妥当性のあることが、看取せられるのであつて、前記大阪府、市当局の解釈は事実をむりやりに入場税法規の枠にはめこんで被告人らの確信などは全く顧みない憾がある。

原判決は行政当局及び之を支持した検察官の主張、解釈のみに花を持たせて、被告人主張の客観的妥当性やその確信を却けているのである。

然し乍ら、ひつきよう行政当局の認識した事実と被告人の認識した客観的事実との間にくいちがい、不一致がある以上、被告人には罪となるべき事実の認識なく、従て犯意なしと謂わざるを得ない。

犯意なき行為は罰することを得ないという法律には、裁判所は拘束せられる筈であつて、この点に於て原判決は、憲法第七十六条第三項に反するものと謂わなければならない。然らざれば、裁判が行政権に影響せられたるやの杞憂を禁ずることができないのである。裁判は政治の前に脱帽せずに独立不羈の道を往くべきである。

第二点　本件入場税法、大阪府入場税条例、大阪市税条例等に依る入場税殊にその税率に関する規定が、所謂悪法であることは、既に広く論ぜられたところで、今更繰返すまでもない。原裁判所が維持した第一審判決にも入場税が殊に「其の現行税率に於て問題となる点のあることは認めざるを得ない」と判示せられているとおりである。此の如き何人が見ても、わが国文化の発展、国民生活安定の理想に照し、悪法であるところの前記入場税諸法規の解釈適用に当つては、充分深甚なる考慮、検討をなし、いやしくも過酷なる認定適用に陥らざるよう厳に戒心しなければならない。然るに原判決は、その解釈に於ても適用に於ても漫然、地方行政当局の意思のとおりに判示するに止まつたのは、極めて遺憾であつて、ひつきよう、判決自体に於て「悪法も亦法なり」と声高く宣言したものに外ならない。（殊に、大阪府入場税条例第三条但書の規定の如きは悪法の典型的なものと謂わなければならない。）

然し乍ら日本国憲法に於ては、此の如き悪法も亦法なりとの原則が認められないことは憲法のすべての条規、殊に第三章の諸規定、本件に関しては殊にその第二十五条第一項に照して寔に明らかである。果して然らば原判決は、憲法の認めない原則に依て、判断したものであつて、ひつきよう憲法違反の誹りを免れないものと思料する。

第三点　本件問題となつた前進座の演劇は、日本共産党木津川地区委員会の主催に係るものであつて、被告人の主催ではない。右委員会は成規の手続に依り届出してある。公の団体であつて、政治資金規正法に基ずくすべての手続、届出をなし、収支は大阪市選挙管理委員会に報告しており、被告人は、右演劇に際し、単に同委員会の代表者として、当該法規に依る届出名義人となつたに止まり、前掲入場税関係諸法規に於ける徴税義務者ではない。（此の点、原判決には重大なる事実の誤認もあるものである。）又被告人の見解並びに信念に於て何ら違法の認識なきものであり、その主張には、首肯すべき根拠が存する。これらの点から観て本件が地方税法殊に単なる悪法たる入場税に関する事件であるのに照すときは、仮に被告人が刑責を負わなければならないとしても、須らく、軽き罰金刑に処すべく、重き懲役刑を選択する必要性及び合理性は毫も存しない。そもそも刑罰が残虐なりや否やは具体的事件に於て考察すべきものであるから、この点からすると、合法政党の活動に関する地方税事件であるのに、単なる名義人たる被告人に対して原判決の選択量定をした本件刑罰は、残虐なる刑罰であつて、単に通常の量刑過重を以て論ずるのみでは足れりとすることはできない。原判決は、憲法第三十六条に違反するものである。

以上

昭和二六年(あ)第三四三一号

被告人小倉温自

弁護人菅原昌人の上告趣意

第一点　原審判決は法令の解釈を誤り従来の大審院判例の趣旨に違背している。

原審判決は「大阪府入場税条例第二条によれば、この条例に於て入場料金とは名称が何であろうと入場者からその入場につき取得する金額又は入場料と認められるものをいうと規定せられている。従つて演劇場へ入場させる条件として一定の金員を支払わせる以上は、演劇主催者の取得する該金員がたとえ政治資金に当てられる場合であつても、入場者の支払う一定の金員はその名義の如何に拘らずこれを入場料金と解するを相当とするのである。」と判示している。

然し乍ら右判示にも明らかな様に「入場料」とはその名称の如何は問わないこと勿論であるが、何処までも「料」であつて、飽くまでも演劇との対価関係にあることが条件であり、対価である以上は右判示の如く明らかに「一定」の金額でなければならない。勿論座席設備等によつて等級を設けることはあり得るが、同一条件の下では同一金額に一定して居らねばならないことは社会通念上明白である。このことは又課税の標準が一定の金額を基礎として算定する法の建前からも首肯されざるを得ない。従つて、不定不均一の金額の挙出によつて為される所謂寄附興業（例えば村の祭礼の催物、盆踊り等々）の場合はそれが入場につき寄附者に限るというが如き何等かの制限を加えたとしても以てその寄附金を「入場料」と解する訳には行かないであろう。

この際演劇に関して挙出された金が主催者によつて演劇の費用以外に何に費されるかは問題の外であることはいうまでもないがそれが、果して所謂興業として入場料による収益を目的として為されたものであるか否かの判断の一資料たり得

ることは確かである。原審判決はこの点を誤解して「演劇主催者の収得する金員がたとえ政治資金に当てられる場合であつても……」と見当違の判断を下しているが、問題はその拳金そのものが「入場料」として為されたものでなく共産党という政治結社の資金カンパとして為されたものでありて、演劇そのものとの間の対価関係に於て集められたものではないとの主張が正当か否かを正しい法理解釈から妥当であるか否かの判断が為さる可きなのである。

入場税の本質は所謂観覧税なのであつて、興業に関する課税であるから前述の如く興業そのものと直接の対価関係になければならず、従つて等級の差はあつてもその金額が一定していなければならぬことは従来幾多判例の存する処である。然るに原判決は本件拳金が政党の資金カンパとして集められたものであることを認め且つ「入場券が一枚四〇円以上百円の価格」であつた事実「又は入口で一人当り四十円以上の現金支出者に限り入場せしめている」事実を認定してその拳金が一定して居らず又無料入場者が多数あつた事実を判示認定し従つてそれは演劇の対価関係というよりも資金カンパと解釈するのが当然であり、入場料と解すべきでないにも不拘法令の解釈を誤つた誤判という他なく到底破棄を免れない。

第二点　逋脱の故意に関する認定に於て法令の解釈を誤り判例に背く誤判がある。

条理違反認識の下敢えて之を犯す場合に故意が成立することは学説判例の一致するところである。課税の対象とはならぬという法解釈の確信の上に立つて行動した以上その行為者に条理違反の認識がないのは当然である。

然るに原判決はその事実を認定し乍ら一税務官吏の行政解釈に基礎を置きその説示あるに不拘敢えて、行動した上告人に逋脱の故意を認定しているのであるが斯かる法の行政解釈に信を置く可しとの法律論が成立し得るとすれば司法、行政の分離独立は全く無意味であり、裁判所による裁判は全く無用に帰することゝなり、封建時代の行政官による裁判が合法的に認められる結果を招来するであろう。

本件の収得金が課税対象になるとしても、それをならないと確信した上告人には法の錯誤による責任が認められて課税

滞納として地方税法第十七条の適用が認められるに過ぎず、更に進んで課税対象たることを知り乍ら之を脱れんが為に策を弄して逋脱する場合の逋脱の故意は認められるべきでない。

この点に於て原判決は㈠逋脱の故意に関する法の解釈適用を誤り㈡然もその論拠を上告人が地方税務吏の法解釈に盲従すべきであるという三権分立の原則を無視する法解釈に置くものであつて憲法解釈を誤つた違憲の判決であり、この点からも到底破棄を免れないものと思料する。

以　上

昭和二五年(あ)第三四八八号

判　決

本　籍　岐阜県土岐郡日吉村字細久手
住　居　東京都豊島区池袋一丁目七四番地
電気技術者　下　条　宗　夫　大正六年七月二日生

右の者に対する麻薬取締法違反、医師法違反被告事件について昭和二五年一一月一四日東京高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人懸樋正雄の上告趣意は末尾添付の別紙書面記載のとおりである。

同上告趣意第一点について

論旨は判例違反を主張するけれども、その判例を具体的に示していないのであるから、適法の上告理由と認めることはできない（刑訴規則二五三条）なお所論中法律新聞の所載号数のみを示してある判例が、昭和二年(れ)第一五二三号同年一二月二二日言渡の大審院判決を指すものと解しても、原判決に右判例違反は存しない。すなわち右判例は、医業とは反覆継続の意思を以て医行為をなすことを謂い、生活上の資料を得る目的があることを要するものではないことを判示しているもので

七月二九日判決　昭和二五年(あ)第三四八八号

七月二九日判決　　昭和二五年(あ)第三四八八号

あるから、原判決が被告人の本件所為を医術を業とする目的に出た医行為と認定し、それ等の行為に対する報酬の有無に関し何等触れるところがなかつたことは、少しも右判例に違反するものではないこと明らかである。

同上告趣意第二点は量刑不当の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

なお記録を調べても本件につき刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて刑訴四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井　上　登

裁判官　島　保

裁判官　河　村　又　介

裁判官　本　村　善太郎

昭和二五年(あ)第三四八八号

弁護人懸樋正雄の上告趣意

被告人　下　條　宗　夫

第一点　原審判決は旧大審院判例と相反する判断をなしたるものである。

即ち旧大審院判例によると、医業とは反覆継続の意思を以て医行為をなすことである(昭和二年法律新聞二八五二号)。

然るに原審判決は、被告人が単に好意的に無報酬で二人の婦人に注射してやつた行為を目して医行為なりと為したのは、従来の判例の判断に相反するものである。

第二点　原判決の量刑は甚だしく過酷である。

被告人の本件行為に対しては、執行猶予が相当である。

以　上

昭和二五年(を)第三四九六号

判　決

本籍並びに住居　東京都千代田区神田鍛治町一丁目三番地
飲食店手伝
岸　清一
大正一三年五月五日生

本　籍　愛知県海部郡以下不詳
住　居　東京都千代田区神田鍛治町一丁目三番地　岸清一方
飲食店員
伊藤満男
昭和三年七月二四日生

右の者等に対する恐喝被告事件について昭和二五年九月一五日東京高等裁判所の言渡した判決に対し、原審弁護人大月和男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。

当審における訴訟費用中国選弁護人林信一に支給した分は被告人伊藤満男の負担とする。

理　由

被告人両名の弁護人石川浅、並びに被告人伊藤満男の弁護人林信一の各上告趣意は、末尾に添附の別紙記載のとおりであ

七月二九日判決　昭和二五年(を)第三四九六号

る。

弁護人石川浅の上告趣意について。

第一点

所論は、控訴趣意として主張されてないし、原審の判断していない事項であるから、適法な上告理由とならない。のみならず、いわゆる犯意の継続があつたからとて、それだけで数個の行為を一罪として処断しなければならないという理由の存しないことは、当裁判所のつとに判例とするところであるから、この事実を前提とする憲法違反は当らないし、法令の解釈に誤りもない。論旨はとるを得ない（昭和二五年(れ)第一二九一号同年一二月一九日第三小法廷判決、集四巻一二号二五七七頁。昭和二六年(れ)第一三一号同年五月八日第三小法廷判決、集五巻六号一〇一二頁参照）

第二点、第三点

論旨は、原判決の事実誤認、量刑不当を主張するに帰し、刑訴四〇五条の上告理由に当らないし、また記録を調べても同四一一条を適用する事由もない。論旨は理由がない。

弁護人林信一の上告趣意について。

第一点

論旨は、刑法二六条第一項第二号は憲法三八条一項に違反し無効である原審はかかる無効な法律を適用して憲法違反を敢えてしていると言うのであるが、このことは控訴趣意に主張なく、原審も判断しない事項である。論旨は名を憲法違反に藉り実質は原審の量刑不当を主張するに過ぎず、その前提を欠いているからとるを得ない。

所論は、刑訴四〇五条に当らないし、記録を精査しても同四一一条の事由もない。

第二点、第三点

論旨は、原判決には刑訴四〇五条二号、同四一一条一号所定の事由あり破毀すべきものなりとし、当裁判所昭和二三年(れ)第一八〇七号同二四年三月三一日第一小法廷の判決を引用し、本件につき原審が第一審判決を容認したことが、判例違反であるとか、刑法二五条一号を曲解したとか、適用を誤つたとか非難するけれども、第一審における量刑は不当であるとの控訴趣意に対して原審は「……諸般の事情を参酌考察するに、原審の同被告人に対する懲役六月の科刑は相当であつて所論量刑不当の主張は採用すべき限りでない」と判断したに過ぎないのであつて、所論が縷々述べる如く、原審が実刑を科し、重ねて執行猶予を附しなかつたのは、被告人に前科があることを考慮したためであるとの判断を下したわけでない。

しかも所論は、いずれもこのことは控訴趣意に主張なく原審も判断してないので原判決を非難するのは不適法であり認容できない。

第四点、第五点

事実審裁判所が被告人に対し執行猶予を付するかどうかを定めるのは、その自由裁量に属することは、当裁判所の屢次判例とするところである（勿論この場合の自由裁量とは、これを事実審の専恣に任せるという意味でないことは当然である）記録を調べても原判決を破棄しなければ著しく正義に反するとは認められないから、論旨はいずれも理由がない。

よつて、刑訴四〇八条、一八一条（被告人伊藤満男の分）により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

七月二九日判決

昭和二五年(あ)第三四九六号

七月二九日判決　　昭和二五年(あ)第三四九六号

裁判官小林俊三は差支えのため署名押印することができない。

裁判長裁判官　井上登

昭和二五年(あ)第三四九六号

被告人　岸清一

同　伊藤滿男

弁護人石川淺の上告趣意

第一点　原審裁判は被告伊藤に対し、法令の根本解釈を誤り違憲の判決言渡をした違反があります。

被告人伊藤は昭和二十三年十月頃他の者と共に、阿片の取扱者を畏怖せしめて之を喝取したと事う事実で、昭和二十四年七月二十日東京地方裁判所で、懲役一年三年間執行猶予の判決を受け、確定して居るのでありまするが、本件は右事実に直面せる、昭和二十三年九月二十七日頃の出来事でありまする事、記録一七八丁昭和二十五年一月二十七日附検事作成の、供述調書第一項及第一審判決理由で明瞭であるのであります。

被告人の右犯行当時は所謂、物資の摘発に参加すれば若干の報酬にありつけると云うので、一部の者は東奔西走当局指定物資の摘発に躍起となつて居た事、証明を要しない公知の事実であります。被告人伊藤亦其の一人であつたのであります。

川村、山田等を眞実のC・I・D部員と信じ、彼等の命の儘動き動かされて居たのであります。

其の行動に幾分越脱の行為はあつたと致しましても、動機は物資の摘発により、幾分の報酬を得様と云うにしか過ぎないのであります故、二個の犯行の態様は全く同一である事、記録上明瞭であります。

即ち一つの犯意の下に接近せる時間に、二個の行為を為したに過ぎないのであります。

果して、然らば本件は所謂継続犯と看做し、一罪を以て論ず可きであると思惟するのであります。

依つて私は本件は憲法第三十九条により、重ねて被告に対し、刑事上の責任を問うべきものでないと敢て断ずる所以で

あります。

第二点　原審裁判及第一審裁判は、重大なる事実の誤認をして居ります。

証拠の証明力は裁判官の自由ではありまするが、公理条理に反しての採証は許されない事論ずる迄もない事であります。

前裁判所は一、二審共此の誤りを為して居ると存じます。

被告人伊藤は本件犯行に於て、一文半銭の儲けの配分を受けてない事は

同人の公判調査記録六十丁裏十行目の問、同六十一丁一行の答（相被告山田の供述）で明瞭である許りでなく、証拠として検察官が提出した同人の検察官作成の供述調書が証明して居るのであります。

被告人岸も亦伊藤同様であります。即ち

◎記録一一五丁乃至一一七丁の同人の供述調書

八、犯罪事実欄に於て　利益の分配など受けて得ない　と供述している点

◎その他右同人の各供述調書に於ける利益分配否認の点

◎第八回公判調書中記録二六九丁裏大月弁護人の問に対し

第一の事実は川村に云われて一緒に行つた丈けで、分け前も何も貰つていない。第二の事実は間違いないが何も分け前を貰つていない。

とあり何等分け前の受領がないのであります。

凡そ刑罰と云う恐ろしい制裁と取引せねばならぬ財産罪に、儲けの分配ない犯行などあり得ない事、社会常識を通しての条理であると確信致します。原審裁判所及一審裁判所は此の条理を……下俗の諺にある泥棒山分けの公理を閑却して本件を判断して居るのであります。

被告伊藤は、始め山田に取引があるから来いと謂われ、現場に行つて始めて怪しいと思つたが、その場に於ては如何とも為し難く命ぜられた通りやつた（記録六十二丁十行のうらから七迄の問答）旨供述して居りまするが、それは止むに止まれず為した行為であつて、さうした場面に際会すれば何人も為すべき行為であるとして、刑事上の責問をする要を見ない事と存ずるのであります。

一文も山分け金を貰つて居ない事実は、被告伊藤に共同加功の意思なしと見るのが条理に適つた公正な裁判であると思惟致します。

被告岸に至つては共同加功の意思がなかつた事が、層一層明瞭になつて居るのであります。

今記録からその点を拾つて見ましょう。

◎昭和二十四年七月四日　大濱検事作成

岸清一　供述調書（記録二三四丁乃至二三六丁）

二、私は川村等に偽C・I・Dの者なりとして利用されました。と述べ、更に

(イ)　交番に巡査を迎えに行き連れて来た事

(ロ)　川村を米軍民間情報部員と信じていた事

(ハ)　摘発に援助すれば多少報償を貰えること

三、安田からシーツの値をつけに依頼せられたこと。

偽C・I・Dになる心算はなかつたこと。

四、川村は摘発したら十個の内三個位報償を出す旨語つたこと。

◎昭和二十四年十二月九日　竹内智美警部補作成

供述調書（記録百十五丁乃至百十七丁）

八、犯罪事実の欄に於てサントニンの件に関し
私は被害者が目と鼻の間だから断つた旨の記載

◎同二十五年一月三十一日　検察庁佐藤事務官作成

岸清一　供述調書（記録百十八丁）

二、サントニン恐喝の相談を受けない、した事もない。

三、喝取はあとで川村から聞いた。

四、川村は情報部部員と思つた　旨の記載。

◎　吉越増次郎作成

岸清一　供述調書（記録二百二十三丁乃至二百三十三丁）

十一、川村と安田が岸をつれてフロリダに行つた事。
小林捨秋方で巡査を迎えに行つた事。
川村等と一緒に米国大使館に行く可く自動車に乗つたが途中で下車した事。

十二、二日過ぎに川村が来て
サントニンの眞偽が判明せぬ故報酬金は暫くまてと云われた事。

十三、繊維製品を見に初芝に行つた事。
品物を見たが一度洗濯したもの故千円位が適当と考えた事。

十四、品物も金の分配もなかつた事。

◎同二十四年七月二十日　大濱検事作成

岸清一　供述調書（記録二七八丁乃至二八〇丁）

右調書によれば、八月上旬川村から八重洲ホテルに泊つて居る米人から、パスをわけて貰つたことを聞いたと述べ、又フロリダで小林からサントニン取り上げの相談をした旨供述せられてあるのですが、それは川村がC・I・D部員としてパスを貰つた事、又フロリダの取り上げは所謂摘発の意であることは、前述の供述書即ち其の後の供述書の否認で明確化されて居るのであります。

◎昭和二十四年七月七日　大濱検事作成

川村次郎　供述調書（記録百二十一丁乃至百二十六丁）

三、に於てサントニン喝取の協議の模様が述べてあるが、被告岸はその計画内容を知らなかつた事が証明せられてあるのであります。即ち山田と安田とが謀議し、安田が外に出て山田が川村に謀議の内容を傳え、岸に対してはだまつてついて来いと命じたとあるのであります。被告岸は摘発の計画指揮を為しているものとのみ思つて居たのであります。
喝取した物品に対し分与も請求せず又受領もせぬと云う、それ自体は岸の犯行に対する加功意思のなかつた事を如実に示すものであると存じます。
被告岸は公判廷に於て第二起訴事実を認めては居りまするが、それは錯覚しての供述であつたのであります。仮りに然らずと致しましても何か故あつての供述であります。
以上縷々事実の詳細を記述致しましたが、是れを要するに被告岸も伊藤も犯行に対する利欲を追及して居ない、又結果的に何も受領して居ないと云う事は被告等に加功意思、即ち共犯の意思なかりしものと断定せねばならぬと云うのであります。

右断定に反する証言等は条理上採つてはならぬと思惟するものであります。

第三点　原審裁判及一審裁判は量刑重きに過ぐと思惟致します故、破毀して被告伊藤に対しては執行猶予の恩命を、被告岸に対しては更に御寛大なる御裁判を仰ぎ度存じます。

被告伊藤の本件行為は第一点記載の如く、昭和二十四年七月二十日東京地方裁判所にて判決せられた犯行の直前の行為でありますから、刑法第二十五条一に該当するものではないのであります事法理上明白であります。その犯情等第一点記載の通りでありますから、罪ありと致しましても従犯であり、洵に同情せねばならぬ事案と存じます故、執行猶予の恩命を与え更生させるが刑法の理念に合致するものと存じます。

被告岸の犯行も亦同様であります。

先に伊藤と共犯関係ありとして、伊藤同様判決せられたのでありまするが、本件はその以前の、即ち

昭和二十三年八月十六日頃と昭和二十三年十一月七日頃（一審判決摘示）の事実であり、犯情亦第二点記載の通りでありまするから、執行猶予の御恩命を賜り度存じます。

以　上

昭和二五年(あ)第三四九六号

弁護人林信一の上告趣意

第一点　原判決は憲法の違反がある。

原審弁護人はその控訴趣意書において(三三六丁)、被告人は前に恐喝罪により懲役一年、三年間執行猶予の判決を受けているものであるところ、本件につき懲役六月の言渡をうけ、そのために右執行猶予の判決が取消される結果、一年六月の刑を受けねばならない。と述べ刑法第二十六条第一項第二号により、前に言渡された執行猶予が取消されることゝなると主張したのに対し、原判決は「懲役六月の科刑は相当」であるとしてこれを一蹴し、右執行猶予が取消されるも相当と考え、刑法第二十六条第一項第二号の適用を肯認している如くである。

然し乍ら、右刑法第二十六条第一項第二号は憲法第三十八条第一項に違反し無効なものであり、これが適用を肯認した原判決は憲法違反あるを免れない。

今甲乙二罪が併合罪として審理され一個の実刑言渡の判決があつたとき、上訴して量刑不当で破棄を免れない時にも、これを分離して二個の判決があれば実刑は避けることを得ない。

被告人がかゝる不利益を免れようとすれば、被告人が甲罪について訴追されている場合、これと併合関係にある乙罪についての自白を為し併合審理をうけなければならない。

即ち執行猶予の取消、実刑言渡の威嚇を以て不利益な供述を強制されることゝなる。

当該事件についてすら黙否権が被告人の権利として保障されている現行刑事訴訟法のたて前から見れば、右事件と併合

被告人　伊藤滿男

関係にたつ他の罪について黙否すれば、他日苛酷な処罰を甘受せざるを得ぬとする法の規定のし方は矛盾といわねばならず、憲法第三十八条の規定上刑法第二十六条第一項第二号についてかゝる解釈を容るゝ余地なしとせねばならぬ。従前連続犯として処理された犯罪が併合罪として訴追されることゝなり、且起訴前の勾留処分が時間的に制約されることゝなつたのは凡て被告人の利益のためであつた。反面このため捜査に非常な苦心の存するであろうことは想像に難くないところである。然し乍ら捜査の困難に藉口して被告人に不利益な法規定の存在は許されぬところである。

刑法第二十六条第一項第二号は憲法第三十八条第一項に違反し無効である。原審はかゝる無効な法律の適用を肯定して憲法違反を肯定していしている。破棄を免れない。

第二点　原判決には刑事訴訟法第四百五条第二号所定の事由があり破棄を免れない。

原判決は「所論縷述するところ亦結局被告人に対する原審の科刑失当を主張するに帰するものであるが、被告人に対する—中略—諸般の情状を参酌考察するに、原審の同被告人に対する懲役六月の科刑は相当であつて所論量刑不当の主張は採用すべき限りでない」(三八〇—一丁)と原審弁護人の主張を排斥しているが、これは見当ちがいの判示といわねばならない。原審弁護人はその量刑不当のよつてくるところの第一審の法律の解釈適用を衝いて、その控訴趣意書で(三三六丁以下)「被告人は昭和二十四年七月二十日東京地方裁判所において恐喝罪により懲役一年、三年間執行猶予の判決を受け—中略—本件につき懲役六月の言渡を受けたのでありますが、そのために右執行猶予の判決が取消される結果一年六月の刑を受けねばならぬのであります」と述べている。即ち第一審判決が刑法第二十五条第一号に「前ニ禁錮以上ノ刑ニ処セラレタルコトナキ者」とはその解釈上

(イ)　刑の確定判決を受けたことのない者をいうと漫然解釈して、本件被告人に懲役六月の実刑を科したのか、

(ロ)　或は、執行を受けたことのないものと解釈しつゝも、執行猶予は裁判所の専権に属すと強解して右の実刑を科したのか、

いずれなるかを問うているのである。

然るに原審はこの問には正面から答えず、そのいずれでもあるかの如くに判示している。然し乍らいづれに解釈したにせよ原判決の違法なることは免れない。

若し原判決が前述(イ)の解釈を執つたとすれば、貴庁の判例(昭和二三年(れ)第一八〇七号集三4四〇六)と異つた判断をしたことゝなる。

成程同判例によれば、刑法第二十五条第一号の注意が「前に禁錮以上の刑の確定判決を受けたことのない者をいうのであつて、その確定判決の執行を受けたことのない者のことではない」と示されている。

然し又同判例は右を敷衍して、

「刑の執行猶予の制度は犯罪の情状比較的軽く、そのまゝにして改過遷善の可能性ありと認められる被告に対しては、短期自由刑の実刑を科することによつて、被告人が兎もすれば捨鉢的な自暴自棄に陥つたり、刑務所内におけるもろ〳〵の悪に汚染したり、又は釈放後の正業復帰を困難ならしめたりとすることのないように、刑の宣告をする裁判所が刑の宣告と同時に一定期間刑の執行を猶予することを言渡すものである。そして一方においては執行猶予の言渡を取消されることなく、無事に猶予期間を経過した時は刑の言渡は、終局的にその効力を失うものとして、被告人の改過遷善を助長すると共に、他方に於ては被告人が再び犯罪を行つたごとき場合には、いつでも執行猶予の言渡を取消し実刑を執行すべき警告を以て被告人の行動の反省と謹慎を要請しているのである。」

と判旨されている。

然らば同条同号の法意は被告人に対する国家の改過遷善の期待と警告的好意とに基くことが知られる。即ち右の判旨に

よれば、同条本文の甲罪が、同条第一号にいう乙罪の確定判決後に行われた時にのみ執行猶予を附しえざるものといわねばならない。何となれば既に確定した執行猶予が、右の確定前の犯行で且つ後に言渡されるかも知れぬ乙罪によつて取消され、以て被告人に改過遷善を期待し、警告的予防を講ずるというのはノンセンスであるからである。してみると同号の法意からすれば、言渡すべき罪が前の執行猶予の確定判決後に行われたものか否かを確定して、然る後これに同条第一号を適用すべきか否かを定めるべきである。それ故右判例は本来併合罪として審理すべかりし本件のような場合にまで立言しているのでなく、たゞ執行猶予の確定判決後の犯罪に関してのみ同号が適用されるべきである旨を示されているのである。

従つて原審が本件被告人に対して、刑法第二十五条第一号の注意より執行猶予を附し得べきに非ずと解したりとすれば、前掲貴庁の判例の真意を曲解し、延いてはこれと違反する独善の見解に陥つているといわねばならない。

第三点　原判決には刑事訴訟法第四百十一条第一号所定の瑕疵があり、破棄さるべきである。

仮りに前掲貴庁の判例が本件被告人の場合にも亦適用さるべき旨を示されたものであつて、原審もこれを踏襲したにすぎないとすれば、右貴庁の判例は次の理由によつて改めらるべきである。

イ、右判例自身のいう刑法第二十五条の注意即ち刑の執行猶予の目的からすれば、将来の未確定の事実の発生にその取消の要否をかゝらせて、被告人の改過遷善と警告とを期待すべきであるにかゝわらず、右猶予の確定判決前の犯罪によつて―殊に本件のように確定判決の犯罪以前の犯罪によつて、執行猶予が取消されるとは沒論理も甚だしい。

ロ、更に、甲乙二罪が本来ならば併合審理して判決をなし得たものであることを前提とすれば、かりに甲罪につき刑の執行猶予の言渡をしても乙罪につき更に裁判をするときは、これに対してまた刑の執行猶予をすることができるものと解することは、併合審理をする場合においては刑の執行猶予の言渡をすることができることゝの権衡上当然の事理とすべ

きである。（昭和一四・八・三〇、同九・三〇刑事局長通知参照）

ハ、福岡高等裁判所は次の判決をなしている。（昭和一四・一二・二一、高裁判決特報第三号）

「原審が敢て懲役三月の実刑に処したのは本件犯行後の事件である窃盗に関し、已に昭和二十四年六月二十三日鳥栖簡易裁判所で懲役一年、三年間執行猶予の裁判を受けているので、重ねて執行猶予を与うべきでないとの考慮からであろうと思われる。けれども仮りに本件二回に亘る窃盗行為が先の鳥栖簡易裁判所で同時に審判を受けたならば、必ずや全部を通じて執行猶予が与えられていたに違いないと思われるのであるから、本件につき更に執行猶予を与えたところで刑法第二十五条に違反することもなく、又これがために先の執行猶予の言渡が取消されるゝことはないと解せらるゝ（此の点については当裁判所の判例とした）のであるから、原判決の量刑につきてはなお考慮の余地があり、本件控訴は理由あることに帰する。」として原判決を破棄して執行猶予を言渡している。

本弁護人は右判旨のうち特に、同裁判所が原審の懲役三月の実刑言渡を以て「重ねて執行猶予を与うべきでないとの考慮からであらうと思われる」と、暗に刑法第二十五条第一号の解釈の誤謬を批難している点を注意すれば足りる。

以上の理由から原審が、前掲貴庁の判例を維持し本件被告人にも亦実刑を言渡すべきものと解したとすれば、右最高の判例は改めらるべきであり、原判決は裁判所法第十条第三号により大法廷で破棄さるべきである。

第四点　原判決は刑事訴訟法第四百十一条第一号所定の事由があり破棄を免れない。

原判決が刑法第二十五条の解釈として前述の弁護人の見解と同じうしつゝ、而も執行猶予は原審の専権に属すと解したりとしても、なお法の解釈を誤り、右の誤りは判決に影響を及ぼし破棄しなければ著しく正義に反する結果となる。

刑法第二十五条にいう執行猶予を付するや否は、一に原審の自由裁量に属するというは屢次の判例に見らるゝところである。

これをたとえば、「論旨は結局原審の自由裁量の範囲に属する刑の執行猶予に関するもので、かゝる主張は適法の上告理由とすることができないものである。」（最高判昭和二三・五・二六集二5五一八）

然し乍ら、右は甚だ粗雑且つ高圧的論旨であることを免れない。何となれば弁護人は裁判所の為す執行猶予の宣告は所謂自由裁量行為のうち羈束裁量と称せられるものであつて、これが違反は単なる当不当の是非にあらずして、刑事訴訟法第四百十一条第一号所定の事由を充たすと考えるからである。

美濃部博士は行政行為中、所謂自由裁量行為を羈束裁量と狭義の自由裁量とに分けられ、その区別の標準の一として、法令が抽象的な概念を以て行政行為の要件を定めている場合に、その要件の具備しているや否やを認定する行為は、常に羈束された行為であると論じられている。（同氏著詳釈公法判例大系上一九七―八頁、行政法撮要上四二頁）

これを以て本件について論ずれば、行政行為の法理を、裁判所のなす執行猶予に適用するは謬りなりと難ずるかも知れぬが、それは概念論理の従の弁疏たるにすぎず採るをえない。

イ、行政行為が合目的性に導かれるのと、執行猶予の制度が裁判の命ずる形式的正義を合目的性の理念によつてチェックするためにあるのと、この間両者に異別を立てるの要を見ない。

ロ、又憲法上の要請となつている裁判手続の法定は裁判官の恣意を抑制し、司法における人民の立入禁止区域の制限縮少を予定しているというべきである。新憲法下人民の自由を拘束剝奪する科刑を官憲の専断に委ねることが至当か、これを後退させ人民をその専恣から保護し得るが如くに解することが妥当か、言を俟たないところである。

右のように刑事訴訟第四百十一条第一号において、刑の執行猶予を言渡すべき場合にその要件、即ち情状（原審の所謂犯罪の動機、罪質、態様、経過その他諸般の情状）の誤認につき上告理由を与えると共に、同条第二号において、執行猶予を付すべき構成要件的事実を認定し乍ら、且つ量刑の統一上不当な判決に対する上告理由を認め、以て右一、二号相まつて執行猶予の宣告に関して被告人を保護しようとする立法の趣旨が窺われるのである。

かく見ると原審は本件被告人に執行猶予を言渡すに足る次の情状を具備することを看過し、以て刑事訴訟法第四百十一条第一号にいう法令の違反があり、破棄しなければ著しく正義に反するものがある。

イ、犯罪の動機

被告には本件犯罪への計画的動機は存しなかつた。即ちブローカーである山田と友人関係にある被告人が取引があるから来てくれという山田の言に誘われ、山田が主役となつての本件犯行につき合わされたに過ぎない。（第六回公判調書中被告人の供述記載部分及び一七四丁参照）

ロ、罪質

取得した財物は法禁物であること。本来本件サントニンの所持は法の禁止しているところであつて、被害者がこれを敢て売却しようとしたのは、法外の利得を得ようとした不純な動機に基くものであり、民事上その対価の請求権は不法原因給付として請求しえざるものである。更にそれが被害者の任意交付にかゝると否とに拘らず、返還請求権は行使しえないものである。クリーンバンドの原則の然らしめる所以である。

これを本件刑事被告事件にあてはめれば、本件サントニンに対する被害者の所持を保護すべき必要性と、価値と、他の権原にもとづく所持を保護するそれとの間に大きな差異のあることは否み得ない。

個人の財産権保護を目的とする恐喝罪は、本件のような法禁物侵害に対しては周知するところではないはずである。たとえ右にまで恐喝罪が及ぶとしても（最高判昭和二四・二・八集2三八三）量刑上右の事実を無視する理由とはならないと信ずる。

ハ、態　様

(1) 共謀の関係なし。又主動的役割を果していぬ。

被告人は共謀を自供しているが如くである。「然しサントニン事件は……私が住所氏名を書く様なことをしたのは一枚加わつているということはどうにもなりません。承知しております」(一七六丁)又第六回公判調書中、問「……扇屋旅館で茂木清典の雇人……からサントニン三十五本を喝取したことは間違ないか」答「間違ありません」とある。然しながら右は何ら自白ではない、何ならば、右はいずれも被告人の法律的自己評価の表明に過ぎないからである。即ち取調べの最後の段階である昭和二十五年一月二十七日検察事務官の面前で、「私は初は全然山田達が恐喝するのだという事は気付きませんでした」(一八〇丁)と否認しているのである。他に共謀関係を認める証拠としては、山田の昭和二十四年十二月五日附の供述調書(一三六丁以下)のみであるが、それが山田の創作にかゝる作り話であることは、一読何人も認めざるを得ないところである。

仮りに被告人が本件犯行に罪責ありとすれば、それは共同正犯としてゞなく、従犯としてのそれである。被告人の山田外四名に対する関係は共同正犯関係における相互的利用奉仕のそれではなく、単に山田一人のためにのみ一方的に奉仕した関係にあるのである。(一八〇丁参照)然し乍ら、右もまた共同正犯の認定を左右するに足らずとするも本件犯行に関し、山田と同一の罪責を以て臨むことはできないのである。

(2) 賍物の分配に全然関知していない。

「例の包みを山田に渡して銀座に用があつたので一足先に帰りましたので、サントニンをどんな風に処分したのか判りません」(一六九丁)。第六回公判調書記載の山田並びに被告人の供述に徴すれば明白である。

(3) 本件犯行への瞬時的参加にすぎない。

本件犯罪は原判決の摘示にも分るように、被告人を外にしては共謀者五名からなり、而も芝居がかつたもので、本

件犯行の前後にわたつて、立案、計画、設営、実行、後仕末の全過程にわたつて共謀者達の集団が結成されていたのである。本件被告人はこの集団の中に偶然、犯行時にのみ顔を出し、了るや風の如く姿を消しているのである。(一六九丁)被告人にとつて本件犯行のもつ上述の特異な点については、思いもよらぬところである。

ニ、経過その他

(1) 執行猶予の確定判決前の犯行である。

前述第三点の事情も亦執行猶予を附すべきか否かについて無視すべきでない。

(2) 家庭の情況、犯罪後の情状

父母名古屋市に健在であり、四人兄妹の二男として単身上京し、家庭の経済生活の窮乏を打開しようとして、肩書地料理店において眞面目に勤めている。本件以来その行動を慎み敢て繰り返さゞることを誓つているのである。

以上その情状を考えれば、執行猶予を言渡すべき事実ありと認むべきに拘らず、これに実刑を科した第一審判決を維持し、控訴弁護人の主張を「量刑相当」と一蹴した原判決は刑法第二十五条第一号の解釈を誤り、執行猶予を言渡すべきに言渡さなかつた法律の違反があり、破棄しなければ著しく正義に反すると言わねばならない。

第五点 刑の量定が甚しく不当で破棄せざれば著しく正義に反する。

原判決は「原審の同被告人(註被告人伊藤滿男)に対する懲役六月の科刑は相当であつて所論量刑不当の主張は採用すべき限ではない。」と判示されているが、詳きに本件記録を調べるなら決して「科刑は相当」でなく、却つて甚しく量刑不当で破棄しなければ著しく正義に反するのである。その然る所以は前述第四点で述べた

イ、犯罪の動機

ロ、罪　質

ハ、態　様
ニ、経過その他
の論旨と同一であるからこゝに援用する。

附　記

第三点につき裁判所時報（第八二号昭和二六・五・一五）二頁執行猶予の取消について御参照ありたい。

以　上

昭和二六年(あ)第四七八号

判　決

本　籍　朝鮮慶尚北道高麗郡高麗面池山洞六三番地
住　居　愛知県半田市字星崎八五番地
日雇人夫　花田長三郎こと　鄭　鶴　明治四五年七月二五日生

右窃盗被告事件について昭和二五年九月二七日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する
当審における訴訟費用は被告人の負担とする

理　由

被告人本人及び弁護人伴正一の上告趣意は、末尾添附の別紙記載のとおりである。
被告人本人の上告趣意について。
論旨は、事実誤認若くは量刑不当の主張であつて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。
弁護人伴正一の上告趣意について。

七月二九日判決　昭和二六年(あ)第四七八号

第一点

控訴審における職権調査事項に関し独自の見解を述べて原判決を非難し憲法違反なりと断ずるのであるが、憲法の何条に違反するのか具体的に主張しないから判断の限りでない。

第二点

所論は、第一審判決が未決勾留日数一八日（昭和二四年三月七日乃至同年同月二五日）を本刑に算入しなかつたことを違憲であるとして独自の見解のもとに刑法二一条の解釈につき縷々陳述し且つ、憲法一三条の趣旨を論じ、消極的憲法違反を主張すると謂うのであるが、このことは控訴趣意に主張されず、原判決の判断せざる事項であるから上告適法の理由とならない。窮局するところ違憲と称する論旨の実質は、未決勾留日数不通算に対する非難に過ぎないので刑訴四〇五条の上告適法の理由に当らない。また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべき事由もない。

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

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

被告人本人の上告趣意

被告人鄭鶴は昭和二十四年二月廿六日半田市山方新田映画館半田劇場より小林藤四郎管理に係るフィルム十五巻此見積価格金七十五万を窃取したと原審判決は認定し高等裁判所に於ても原審判決を是認した

然し乍ら被告は最初より終始一貫当日は約一升余の酒を呑み窃盗の事実も自覚せずひたぶるに酔つていたから犯意は少しも無い

他の被告人は如何に供述し居れるや知れざるも若し被告に不利益の供述にして之れを証拠とするに足らず

被告が原判に於て窃盗現場へ出掛けたと供述し居れるは犯意なく無自覚の儘に出掛け行きしものにて原審並に控訴審が右供述を証拠として採用し居れることは判決の証左と為すに足らず

仮りに犯罪ありと思料するも其刑の量定は甚だ重きを以て此点に於ても上告の趣意は採用さる可きものと思料する。

依つて上告趣旨の通り判決あり度申立致します。

以上

被告人　鄭鶴

花田長三郎こと

昭和二六年(あ)第四七八号

被告人　花田長三郎こと　鄭鶴

弁護人伴正一の上告趣意

原判決は第一審判決の調査に当つて、その憲法違反箇所を看過し、違憲の第一審判決を維持した違法がある。

左の通り分説する。

第一点

前記の事柄は、直接には原判決が違憲であることにはならないであろう。

併し刑事訴訟法第三九二条第二項の職権調査事項中、少くとも憲法の違反乃至その解釈の誤については義務としてこれが調査に当るべきであり、同項を以て漫然任意調査事項なりとして顧みないことは同項の正しい解釈を誤つている。

而してその結果違憲の第一審判決を維持するに於ては、原判決も亦違憲と解すべきであろう。

蓋し新憲法は、元来国民の自発的活用によつて擁護せらるべきものではあるけれども、かゝる事態に到達する迄には長期の啓蒙期が必要であり、啓蒙の主動力は誰よりも先ず裁判所でなくてはならないのであつて、かゝる啓蒙時代に於ける裁判所の権利義務に関する規定の解釈は、自ら時代を反映すべきものだからである。

第二点（第一審判決の違憲性について）

同判決は上告人に対し、昭和二十四年三月七日乃至同二十五日に亘る未決勾留日数を本刑に算入しなかつた。

而してこれは刑法第二一条の規定には違反しないし、本件の場合に於ては小さい問題であるとも言えるのである。

併し本弁護人は、未決勾留日数算入の問題は一般的に基本的人権に関する大きな問題であり、刑法第二一条は他にこれ

を補足する法規がない限り違憲であることを主張するものである。

一　合法的勾留は素より個人の損害「賠償」請求権を生ぜしめない。これは無罪判決の有無に関係ないことである。

然らば、合法的勾留と個人の損害「補償」請求権との関係はどうであろうか。無罪判決のあつた場合はこれを生じ、有罪判決のあつた場合はこれを生じない。では後の場合補償に代る何等かの利益が保障されているだろうか。否、刑法第二一条は、被告人の権利或いは裁判所の義務としてではなく、単に恩恵的に未決勾留日数の本刑算入を認めているに過ぎない。

刑法第二一条は、勾留を準刑罰或いは判決なき刑罰とする前提に立つているのではあるまいか。事実かゝる考え方は、殊に下級捜査機関等に於て意外に濃厚である。

然り、而して勾留による個人の権利の侵害は、刑罰の与える害悪と実情に於て殆んど全く逕庭なく、法規上も相隔ること僅少である。

「判決なき刑罰」とは実態を表現して余りにも正確であり、一方刑法第二一条はかゝる勾留観の潜在を疑わしめるのである。

二　然るに勾留はその本質に於て刑罰ではなく、刑事訴訟手続を維持する為の強制処分、謂わば司法に関係する警察作用と見るべきであり、その目的は専ら国家の司法作用を全からしめるという必要にある。

それは被勾留者の個人的人格に対する懲罰的意味は毛頭ないのである。

それは宛も一地方の天災に際し、何等人格的責任のない個人の所有家屋を破壊することが一定の警察機関に許容せられ、伝染病発生の際に単なる衛生警察的必要から、罹病者に対して種々の強制処分をなすことが許されるのと本質に於て変りばないのである。

三　而してこれらの場合個人の権利の侵害が、よしんば法規の認める要件を備え法規の定める手続によつて為された場合と雖も、適当なる補償乃至対価的保護のあるべきことは、憲法第一三条の趣旨であると考えなければならない。

前記例示の場合には、茲に所謂対価的保護なるものが当然に考えられるが故に、特に直接の補償規定は見られないのであるが、かゝる対価的保護の予想されない公用徴収の場合には、土地収用法のような補償規定が厳存しているのである。同法等の一連の補償規定は、直接には憲法第二九条に由来するものではあるが、更に遡れば刑事補償法と同じく憲法第三章の全趣旨、殊に第一三条にその源を発するものと言わねばならぬ。

四　思うに勾留なる強制処分に当つては、何等対価と見られるべきものがなく、専ら権利の侵害あるのみである。

さればこそ刑事補償法は、国家の合法なる強制処分によつて生じた個人の損害を、国家に補償せしめているのである。

而して、勾留による個人の損害の補償という点では、前記勾留の本質上、無罪判決の有無を問うべきではないのである。

従つて刑事補償法は、当然に、有罪判決の場合に於ける必要的未決勾留日数の本刑算入を予想するのではあるまいか。

然るにかゝる対応規定はどの法律にも存在しない。

本弁護人が消極的憲法違反を主張する所以である。

五　なる程刑法第二一条は、未決勾留日数の本刑算入を認めている。而して、裁判所の良識にその健全なる運用を委ねれば充分だという議論も常識論としては認められる。併しそれは、刑罰に等しい害悪を受けた個人の救済を、全面的に裁判所の良識に委ね切つてしまうことで、このような議論をつきつめるときは法律の存在意義が怪しくなつて来るのであ

る。

本弁護人は公務員の機関としての裁量権を否定したり、不当に狭めることには左袒しない。主張せんとするのは、一定の裁量権を認めつゝも、裁判所の義務として未決勾留日数の本刑算入を規定すべきであるというのであり、かゝる規定なくしては憲法第一三条の趣旨は法規の規定上没却せられ、所詮違憲ならざるを得ないと言うのである。

以　上

昭和二六年(あ)第五〇〇号

判　決

本籍並びに住居　佐賀県西松浦郡東山代村大字大久保四六〇〇番地
東山代村農業協同組合参事
日　浦　忠　一
明治三九年一二月一九日生

右の者に対する業務上横領被告事件について昭和二五年一一月三〇日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人古館尚也の上告趣意第一点について。

原判決が維持している第一審判決は、所論のように被告人の自白を唯一の証拠として判示事実を認定したのではなく、他の証拠を補強証拠として採用しており、この補強証拠は右の自白の真実性を十分に保障するものと認められる。それ故所論憲法違反の主張はその前提を欠き採用することができない。

同第二点について。

論旨は刑訴四〇五条の定めた上告理由にあたらない。

なお記録を精査しても本件に刑訴四一一条を適用すべき事由は認められない。

七月二九日判決　昭和二六年(あ)第五〇〇号

七月二九日判決　昭和二六年(あ)第五〇〇号

よつて刑訴四〇八条に従い裁判官全員一致の意見を以て主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第五〇〇号

弁護人古館尚也の上告趣意

被告人日浦忠一

第一点

一、原判決は憲法第三八条第三項違反である。

(一)原判決に依れば被告人は佐賀縣西松浦郡東山代村所在東山代農業協同組合参事として勤務中、昭和二十四年三月頃同村脇野部落の溜池工事に対する国庫補助金拾壱万六百八拾七円を受領し、工事事務費九千壱百円を控除した金員拾万壱千五百八拾七円中より其の頃同組合事務所に於て右工事責任者山口光次に対し実費額金七万壱千八百円を交付し残額弐万九千七百八拾七円を職務上自己に於て占有中、同日同所に於て擅に弐万九千七百八拾七円を着服して横領したと認定されている。

(二)然るに右事実認定の証拠として引用されてゐる基本的のものは、被告人の司法警察員及検察官に対する供述調書竝に被告人の公判廷に於ける簡単なる自白のみであつて他に何等の証拠はない。

即本件犯罪の動機及横領金の使途に付ての司法警察員及検察官に対する供述調書竝に原審の取調に於て

(イ)司法警察員に対する供述調書中弐万九千七百八拾七円の使途に付ては(五一丁)

昭和二十四年五月頃から八月迄の間に飲食遊興費に使いました。

(ロ)検察官に対する供述調書に依れば(六三丁)

何故拾万壱千五百八拾七円を本人に交付しなかつたかと申しますと、西松浦郡地方事務所耕地課の西村係員が

実費丈け支給して差支ない。残額は将来補助金が少かつた折使つたらよいとのことだつたので実費支給をした次第です。

領収証と事実と符合せぬのを作製して備え付けた事に就ては拒否権を行使して供述を拒みます。

中略

問、そうすると山口に実費を交付した時から残金は其許が横領する考えだつたか、

答、左様な考えではありませんでした。

問、公金を其許個人が自宅に持ち帰り保管せねばならぬ特別の事由があつたか、

答、左様な事情は何にもありません。

問、然らば何故に自宅に持ち帰つたか、

答、默して語らぬ。

問、其後その金は如何に処置したか、

答、只今記憶して居るのは

(一) 同年五月中旬頃里支所で飲食費に弐千円

(二) 約一週間後楠久の料亭山城屋で遊興費に五千円

(三) 六月初旬里支所で飲食費に弐千円

(四) 同月中旬頃右山城屋で遊興費に五千円

(五) 組合事務所で飲食費に弐千円

(六) 其頃より八月迄に残金全部私個人の飲食遊興費に使つて了いました。

(八) 公判廷に於ける原審の際本件犯罪の動機としては（六八丁）

直接の動機としてはありませんが結局金に困つた為であります、

と述べて居る。

(三) 本件事実認定の基本をなして居る被告人の供述及自白を検討して見ると、被告人の供述と自白との間に極めて不可解な矛盾撞着があり被告人の述ぶる所に何等の一貫性あるを認められない。

検察官に対しては「山口光次に実費を支給交付した残金を領得する考えではなかつた」と述べ乍ら公判廷に於ては極めて簡単に「直接の動機としてはありませんが結局金に困つた為であります」と自白して居る。

(四) 又領得したと認められて居る金の使途に就ては果して被告人の供述する如く「飲食遊興に費消」したか否か極めて疑はしい。

警察官も検察官も何れも被告人供述の飲食遊興等が極めて漠然と供述され、而も費消先が料亭等であるから司法警察官検察官として容易に之等の始末書顛末書等を徴し得て被告人供述の信用に値するものか否か、其眞否を確め得ること易々たるに拘わらず何等此措置を取らず唯々被告人の曖昧漠然たる供述を其儘に調査を終了して居ることは刑事訴訟法第三一九条第二項の規定にも牴触すると思料せらるゝのである。

(五) 如上諸種の事情を綜合するとき本件は原審裁判官が被告人の自白と従来の証拠書類を唯一の資料として採用し、之に対し何等の検討訊問を為すことなく極めて安易に認定をした事実とは其眞相に於て全く違う内容のものではないかと思惟せらるる。

本件の眞相は恐らくは佐賀縣西松浦地方事務所耕地課西村技師と被告人との間に本件国庫補助金の交付以前に於て工事責任者に対する実費支給後の残金に付き之が授受処置に何等かの談合があつたものと考へられる。

本件溜池工事の費用は工事費の六割五分を国庫補助金で、三割五分を地元負担として支出すべきであるに拘らず工事費の実費金額七万壱千八百円を国庫補助金より工事責任者山口光次に交付して尚且弐万九千七百八拾七円の残余を生じて居る点。

右工事設計は西松浦郡東山代村農業協同組合を通じて西松浦地方事務所耕地課西村技師（同村担当技術指導員）によつて作製されたものであるが、当初より過大なる見積査定をされて居る疑がある点。

之等と前述被告人が検察官に供述して居る極めて曖昧漠然たる供述等を併せ考究すれば

本工事に付て西村技師と被告人との間に工事費支出後の国庫補助金残額は之を西村技師に交付する等の特殊契約があつたのではないか、従つて被告人に於て此間の事情を明にすることを憚り切羽つまつて何等飲食遊興に消費したものでないに拘らず、金額のつじつまを合わせる可く前述の如く飲食遊興に消費せりと虚偽の供述を為し居るものと思われる。

(六) 憲法第三八条第三項の

何人も自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には有罪とされ又は刑罰を科せられない、

の精神は総ての裁判官により金科玉条として死守せらるる可きものであると信ずる。

然るに拘らず本件に於ては原審裁判官が判決に付証拠として引用された検察官に対する被告人の供述を愼重に検討せられたならば、其処に数多の疑問を発見された筈であるのに之を為すことなく真相の究明に努力を払わず、唯被告人の自白に拠つてのみ裁判された事は仮令新刑事訴訟法下被告人に於て警察官、検察官及裁判官と数多き関門に於て自由に供述する機会を与えられて居るに拘わらず、被告人の怠慢により裁判官を誤らしめたとは言え憲法の条項に違反するものとなさざるを得ない。

第二点

二、原判決には適条に重大なる謬がある。

(一) 第一点に述べたる通り原審裁判官に於て証拠不充分なる司法警察官、検察官に対する被告人の供述調書及被告人の自白のみを断罪の根拠とされて居る限りに於ては、本件判決は事件の眞相とは別個のものに対する断罪となり其適条には重大なる誤謬あること明である。

況や被告人は未だ曾て前科なく、且領得せりとせられて居る国庫補助金残額弐万九千七百八拾七円は工事責任者山口光次に対し交付完済し実害は何等無きに至つて居る（一二丁）に於ておや

右の理由により本件は再審の為差戻さるゝことを求むる。

以上

昭和二六年(あ)第一一八三号

決定

本籍　滋賀県東浅井郡竹生村大字富田

住居　名古屋市中区岩井通り二丁目一七番地

飲食店営業

藤居清和

昭和二年五月三日生

右の者に対する窃盗並びに賍物収受被告事件について昭和二五年一〇月四日名古屋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決定する。

主文

本件上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理由

弁護人萩沢清彦の上告趣意（後記）は、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。（論旨第一、二点の所論は、控訴趣意として主張されず、弁護人は第一審において少しも異議を述べていない。従つて刑訴四一一条の問題として取り上げるに値しない。論旨第三点は、原判決の誤読によるものである。原判決には所論のように「猶予五年の宣告をうけた後二ヶ月を経て」とは記載されてなく、「五年間右刑の執行を猶予せられ、右犯行後二月を経て、更に……」と記載されている。所論はすべて右誤読を前提とした非難である）。

七月二九日決定　　昭和二六年(あ)第一一八三号

七月二九日決定　　昭和二六年(あ)第一一八三号

よつて同四一四条三八六条一項三号、一八一条により主文のとおり決定する。

この決定は、裁判官全員一致の意見である。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第一一八三号

被告人　藤居清和

弁護人萩澤清彦の上告趣意

第一点　本案は昭和二五年(わ)第二二三号事件として名古屋地方裁判所に於て第一審審理をなされたものであるが、昭和二十五年五月十日第一回公判期日に於て、被告人小林光雄に対する窃盗被告事件と併合審理決定をうけたものである。この併合審理決定が申立により行われたものであること、裁判官は右決定をなすに当り被告人等に意見を求めたものであるが、弁護人小澤秋二は出頭していなかつたことはいずれも右期日の公判調書によつて明である（記録第九帖乃至第十帖）。

刑事訴訟規則第三十三条第一項は「決定は申立により公判廷でするとき、又は公判廷における申立によりするときは訴訟関係人の陳述を聴かなければならない」と定めている。而して弁論の併合分離を定める刑事訴訟法第三一三条もこの点に関して特別の定をしていないのであるから、右規則の定めるところにしたがつて訴訟関係人の陳述を聴かなければならないことは明である。

右公判調書についてみるに被告人等の意見を求めたことは明であるが、本件公訴事実は刑法第二三五条並に第二五六条第一項にあたり、刑事訴訟法第二八九条にいうところの弁護人の出頭なくして開廷し得ざるものにあたるのであつて、刑事訴訟規則第三三条第一項にいうところの訴訟関係人には、弁護人を含むと解すべきであることは刑事訴訟法第三一三条第二項の趣旨よりしても明である。したがつて本規則に違反してなされた右併合審理決定は、刑事訴訟規則の解釈に関して重要な誤というべく、ここに上告受理の申立をするものである。

第二点　第一点に於て陳述した併合審理決定は、刑事訴訟法第四〇五条の上告申立理由に該当しないが、判決に影響を及すべき法令の違反として、刑事訴訟法第四一一条第一項の判決破毀理由となるものである。即ち、法令に違反したことは右

に述べたとおりであるが、判決に影響を及ぼせる点は、この併合審理が第二審に於て次項に陳述する事実の誤認をもたらしたことによつて判決に影響を及ぼしたというに足りる。

第三点　かりに右併合審理決定が直接判決に影響を及ぼしたものと認められないとしても、第二審判決は判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認をふくむものとして、刑事訴訟法第四一一条第三号の破毀理由を有するものである。即ち、第二審判決は、その理由中に於て、被告人が昭和二十四年九月十三日名古屋簡易裁判所に於て窃盗罪を以て懲役一ヶ年執行猶予五年の宣告をうけた後二ヶ月を経て原判決判示の犯行をなしたものであつて、情状が重く原判決の量刑が相当であると判示しているのであるが、起訴状によれば本件公訴事実は昭和二十三年七月乃至十一月の犯行であり、いずれも右判決以前の犯行である。このことは昭和二十五年五月十五日第二回公判調書によつても、裁判長が「本件起訴事実は前の事件前の事か」と訊ねたのに対し、被告人は「全部前のことです」と述べていることからも明であるにも拘わらず（書類第一八帖）この事実を誤認したものであつて、情状の判定ひいては量刑に関し重大な事実の誤認をなしたものである。

以　上

昭和二七年(あ)第一四一〇号

判　決

本籍並びに住居　長野市三輪相之木四一五番地（当時東京拘置所在所）

無　職

三　浦　角　治

大正八年一一月一七日生

右窃盗被告事件について昭和二六年一一月二〇日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

当審における未決勾留日数中六〇日を本刑に算入する。

理　由

弁護人榊純義、同宮本九平の各上告趣意は、末尾添附の別紙記載のとおりである。

弁護人榊純義の上告趣意第一点について。

所論引用の憲法三六条に所謂残虐の刑罰とは本件事案のような場合には適切でないことは、当裁判所の判例（昭和二二年(れ)三二三号同二三年六月二三日大法廷判決、集二巻七号七七七頁参照）で明であるから論旨は理由がない。

同第二点並びに弁護人宮本九平の上告趣意について。

論旨は、いずれも量刑不当の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

七月二九日判決　　昭和二七年(あ)第一四一〇号

七月二九日判決　昭和二七年(あ)第一四一〇号

また記録を精査しても同四一一条を適用すべき事由は認められない。

よつて、同四〇八条、刑法二一条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

昭和二七年(あ)第一四一〇号

被告人　三浦角治

弁護人榊純義の上告趣意

第一点　被告人は昭和二十六年一月長野刑務所を出所以来著しく健康を害い、結核の病状悪化したため、療養中本件を惹起した（記録二一六丁被告人提出控訴趣意書御参照）ものであつて、被告人の行為は誠に遺憾であるが、被告人は結核の病状相当昂進して居り、原審の科した懲役三年という如き刑期は到底堪ゆることのできない状態であつて、かゝる刑期は死刑の宣告にも等しく、憲法第三十六条に所謂残虐の刑罰に該当する。

第二点　被告人は現在深く前非を悔い全力を尽して被害を弁償して居り、尚残部は父の財産を処分して弁償せんとして居る点、其の他諸般の事情を綜合検討すれば、原判決の量刑は過重極まるものであつて、かゝる裁判は之を破棄しなければ正義に反するものと思料する。

以上

昭和二七年(あ)第一四一〇号

被告人　三浦角治

弁護人宮本九平の上告趣意

刑事訴訟法第四百十一条に依れば、上告裁判所は同法第四百五条各号に規定する事由がない場合であつても、原判決を破棄しなければ甚しく正義に反すると認められるときは、判決で原判決を破棄することが出来る旨を規定し、その事由中に刑の量定が甚しく不当である場合を掲載してある。

本件被告事件につき、原判決を検討するときは、刑の量定が甚しく不当であると認められるから、弁護人から上告裁判所に対し、その事由を具申し、以て原判決の是正を求めようとするものである。

依つて刑事訴訟規則第二百四十条、同第二百六十六条の趣旨に従い簡潔に主張の趣旨を記述する。

原審判決理由に於て、第一審が被告人に懲役三年を言渡したのは洵に相当であると論断しているが、弁護人は異見を有するものである。

犯行の動機態様は洵に遺憾であることは弁護人も亦同感であるけれども、証拠に現われている被告人の犯情、その他の情状を検討するときは、論旨理由なしとして被告人の申立をにべもなく排斥した原審判決は不当であるとの譏りを免かれない。蓋し被告人は検挙せられるや、本件犯行を具さに供述し、苟も卑劣にして憎むべき行動を示すことなく、只管に前非を悔い、且つ改悛を誓つていることは記録の全般を通してこれを知ることが出来る。

又被害者に対する弁償については、被害者十五名の内、青山伊助、斎藤喜助、寺島静男、柄沢豊の四名を除いた他の十一名に対しては、既に或る部分を弁償して居り、未済分については、実父三浦鉄蔵が、自己所有の家屋を売却してその全部を投出して弁償すること並びに今後被告人を厳重に監督することを誓つている。(記録一六枚、二一七枚参照)

被告人の実父鉄蔵の財産は長野市に在り、住宅二棟、物置小屋二棟、その他家財諸道具の外に乳牛八頭を所有し、牛乳販売によつて月収七、八万円（記録一〇四枚以下）あるも、家族多数のため、生活には苦しくはないが、余り豊かではない。而して処分の対象となる家屋は前記住宅の一を八十万円にて売物に出してあるけれども地方のこととて呼値通りの買手が急速に見付からないが、最近に至り漸く売買が纏りつゝある状況であるから、代金の授受実現次第に本件被害者に対して全部弁償する既定方針が実現するのであつて、只空手空論、弁償を云為するのではなく、誠意を披瀝しての発露である。

以上の事情を綜合するときは、原判決は犯行の動機、態様のみを重視したのであつて、証拠に現われている被告人のその他の情状に対して審究したとはいえない。

原審判決理由に於て一審裁判所が被告人に懲役三年を言渡したのは洵に相当であるとの断定には私は賛成することが出来ない。即ち懲役三年は洵に不相当であると確信する。

被告人には前科が一犯あるも、本件以来大に反省していることは記録面に徴して明らかである。又、被告人に結核症状あり、長き労役に服することは行刑の目的に副わない結果に至ると思料せらるゝものである。

科刑の目的は、罰すること自体に意味があるのではなく、反省せしめ、犯行を繰返さしめないようにするにありとせば、過重な負担を以てせる処刑は科刑の目的に反する結果を招来する。

以上の理由により原審が認めた刑の量定は刑事訴訟法第四百十一条の、所謂著しく正義に反する科刑であると思料するから原判決を破棄し、更に相当の判決を求むるのである。

依つて右御裁判を仰ぐ次第である。

以　上

昭和二七年(あ)第二四八二号

判　決

本　籍　栃木県河内郡姿川村大字西川田一〇〇一番地の一

住　居　神奈川県川崎市神明町一丁目一番地　神谷利男方　（現在東京拘置所在所）

石けん行商人

遠藤恒雄こと

津　村　滋

大正一五年九月一九日生

右の者に対する詐欺被告事件について昭和二六年一二月一七日東京高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

当審における未決勾留日数中五〇日を本刑に算入する。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

弁護人笈川義雄の上告趣意について。

論旨は、控訴趣意において強制による自白の主張があつたということを前提として、原判決の違憲を非難しているけれども、被告人の控訴趣意には、警察官が被告人を警察に連行する途中において同人に暴行を加え、或は不当な措置をしたこと

七月二九日判決　　昭和二七年(あ)第二四八二号

を述べているに過ぎないので、これを強制による自白の主張とは認められない。（また記録を調べてみても第一審判決が証拠に挙げている被告人の司法警察員に対する供述調書及び検察官に対する供述調書記載の自白が警察官の強制によるものであるという証跡は認められない）従つてこの点に関する所論違憲の主張は、その前提を欠くものであつて、採用することはできない。爾余の論旨は、違憲を主張するけれども、実質は訴訟法違反の主張に外ならない（原判決に所論の如き違法はない）から上告適法の理由とならない。

被告人の上告趣意について。

論旨は犯行及び犯行後の経緯を縷説しているけれども、要するに事実誤認量刑不当の主張に帰するものであるから、上告適法の理由とならない。

なお記録を調べても、本件につき刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、刑訴四〇八条一八一条刑法二一条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

弁護人笈川義雄の上告趣意

原審判決は憲法第三十一条又は三十八条に違反したものと信じます。

控訴判決は「第二被告人の控訴趣意に対する判断として、所論の一は金品騙取の犯意なしとして原判決にはこの点において判決に影響を及ぼすこと明な事実の誤認があると主張し」ていると解し乍ら、これに対する判断は「原判示犯罪事実はその挙示する証拠を綜合して十分に之を肯認する事が出来る。」と示している。

この判示では何故肯認出来るか理由が明にされていない。単に原判決の証拠のむし返しをしているだけで、少しも納得のゆく合理的推論が示されていない。

之では判決しないに等しく結局憲法三十一条の法定手続を履践しない事と云うべきである。

特に、被告人の控訴趣意は烈しく強制による自白、即ち、警察官の暴力を強調力説してゐる。かような暴力があつて後の自白なのだという主張に対し、原審は全然一顧だに考慮を与えない。この事は憲法第三十八条に保障されている権利を原審が無視し、然も当然与うべき控訴審としての判断を与えていないのである。だから憲法三十八条に違反し同時に法定手続保障の憲法三十一条に違反したものであると云うべきである。

仍つて以上、上告趣意を弁明する次第である。

以上

遠藤恒雄ことの被告人津村滋

昭和二七年(あ)第二四八二号

被告人　遠藤恒雄ニト
被告人　津村滋

被告人の上告趣意

(一)　私は昭和二十六年二月十五日頃、住所氏名知らぬ男から現金及び衣類を浅草道路上にて詐取したという事件ですが、私は計画的にやる気でやつたのではなく、強制的に警察にて事件を作成して、私を犯罪者扱いにした事をここに申上げます。

(二)　第二審控訴趣意書に記してある如く、私は被害者を私の間借りして居る家につれて行こうと思つて、私の家の近所まで行つて私の妻から少し小遣銭を貰おうと思い、その被害者の衣類をかり、その品物をかつて来たと申して金を妻からとろうと思つて衣類をかり、そうしたらその男は「私が金を持つて居てはまずいから、兄さん持つて居てくれ」と申されましたので、私はその男の金と衣類を授かつたのです。そして、それをかりて行こうと思つて歩きました処、私が目につけられた不良に行き会つたため、その不良が恐ろしさの余りそこから被害者をおいて逃げてしまつたのです。あつちこつち逃げてから、暫く時間が過ぎてからもとの場所に戻つたが被害者はおりませんでした。その不良に行き会わねば、こんな被害者と別れ別れになりませんでした。不良に行き会つて逃げたのは控訴趣意書に記してある通りです。詐取する気でなく、こゝに不良に会つて別れ別れになつたため品物をかりたまゝになつたのです。

三月十六日に、休みで被害者が浅草に遊びに出て来ることは本人に聞いて知つてるのですから、わざわざ十六日に尋ねて行きません。必ず行き会つて捕まるのが判つて居るのですから、その点を御考えになつても計画的にやつたか、過失であるかがわかると思います。あんな若い人からとるんでしたら、あんな遠くの私の家の近くまで連れていかなくとも、やる気があつたのでしたらその場で犯したと思います。

(三) 交番にて、私は被害者に金を返すからと申しましたら、被害者は警察官に対して、この人は返してくれると申して金を出して居るのですから許してやつて下さいと申しました。そこで私も好く警察官に御願い致したのです。処が警察官は、衣類はどうしたと聞きましたから、私の妻の処に(当時浅草田中町に世帯をもつて居ました)ありますから金は今返して、品物は後で返します。後では具合わるければ、三人で一緒に私の妻の処に行つてから返すと言つて警察官の同行をたのんだのです、が「俺は勤務時間が過ぎているのでもう帰宅するのだから、いちいちそんな事にたずさわつておれない」と申して全然受付けてくれません。大いに返済する気持はその時もありましたのに、警察官は全然とりあつてくれませんが、被害者は事件にする意思はなく私のいい分をすべて承諾してくれたのです。

(四) 浅草雷門交番から浅草警察署迄行くに、普通徒歩で三十分あれば楽に到着出来るのです。それが、私を連行するのに二時間以上もかゝつて居るのです。別に何一つ調書をとつたわけでもありません。どれだけに被害者と私が、警察官にあやまつてゴタゴタして居たかがおわかりでしょう。

実は雷門交番から本署に行く途中、被害者が私の事を、この人は必ず返すと申して居るのですから、お巡りさん許してやつて下さいと何回も泣きつくのです。

その連行して居る警察官はどうする事も出来なくなり、観音様前交番に途中よつて、そこの交番に居た二人の警察官に「被害者がはつきりしなくて困つた」と言つて入りました。被害者と私は、又もやあやまつて許して下さいと御願いした処、そこに居た警察官が被害者に「お前があやふやではつきりしないと、これを事件にする事が出来ないんだ。いゝか、こんな奴くせになるから刑務所に入れてしまえ」と申したのです。それでも被害者は私の気持を認めてか、この人は返してくれるのですから許して帰して下さいと申しましたら、今度は交番の裏の空地に被害者を警察官がつれ出して、私の前じや強く被害者にいえないと見えて、そこに連れ出して強く納得させて結局被害者も年少者ですし、警察官たる者にこれ

迄に強くいわれるのですもの、それ通りになるのも無理ありません。

これまでに被害届はまだ書いてなく、又被害者は事件にする意思なく、許してくれとあやまつて居るのを無視してまでも事件を強制的に作つて、犯罪者をふやしてまでも上層部の方から功績を賞めてもらい度く、又出世したいのでしょうか。民主警察は、人をわざとらしく罪に入れるのが本務でしょうか。間違いを矯正して、人間を真人道に入れて行くのが警察官のお仕事と私は思います。

(五) 高等裁判所にも、警察官を証人尋問して戴く様にお願いしたのですが駄目でしたが、交番にて警察官は随分ひどく被害者の前で私をなぐりましたが、あれまでにしなくとも好いと思います。相手が警察官のため、吾々一般人は抵抗しないと思つていいきになつてなぐるのでしょうが、あれが警察官の職権濫用と思います。若し私が事件の否認をしたとしても、又口実を使つたとしても、何もわざわざあの年少者の被害者の前でなぐらぬともよいでしょう。

別に警察官に暴行したり、又あばれたりしたのではありません。あの時、巡回して交番に来て居た部長さんや警察官に被害者が、許してやつて下さいと申して居るのですから、私は、必ず返済するから許して下さいとくどかつたかも知れませんがお願いしただけです。いくらしつこくたてついたとしても、警察官に一つ二つなぐられたのならいざしらず、あんなに唇の切れるまで、顔の変形するまでなぐらぬともよいと思います。万が一ですよ、私が警察官をなぐつたり、あばれたりしたとしても、私をあれまでになぐらず、公務執行妨害とか法的に処分するのが当然ではないでしょうか。これ即ち、警察官の職権濫用じやありませんか。これを私達一般人がやつたらどうです、傷害や暴行事件として取上げるじやありませんか。これまでに野獣扱いまでして、事件を作成して人を苦しい思いさせたいのでしょうか。

(六) 裁判長殿や被害者には、迷惑かけた事を誠に申訳無く思つて居ります。第二審の裁判の際、被害者及び警察官を証人として尋問して下さればよかつたのですが、被害者は事件にする意思は全然なかつたのですが、私も警察官にあれまでに暴力

をふるわれて、事件を強制的に作られた事を憤慨せざるにはおれません。被害者も無理に本署に連行されて被害届を書かされたわけです。どうか裁判長殿、よく御考慮の程をお願い致します。

(七) 裁判長殿。私は被害者に対して、私が交番に連行された時に被害者があれまでに私の気持がわかつて下さつて、警察官に私を許してやつて下さいと何回も強く言つてくれたのにと被害者に本当に申訳ないと私は思つて居ります。

被害者は年少者だし、汗みどろになつて働いてつくつた金だ。一日も早く弁償して、私の気持を理解して戴き許してもらうと思つて居りましたので、地方裁判所と高等裁判所の両方に上申書を以て被害者の住所及び氏名を問合せましたが回答なく、又浅草警察署の担当の刑事にハガキにて問合せましたが全然回答ありません。結局どうする事も出来ず、そのまゝにしてある始末です。一日も早く真人間になつて出ても、刑事問題が解決しただけで、かりた物を返さぬうちは民事法律上、私としては清算したと思いません。必ず被害者の住所を見つけ出して必ず弁償致します。

(八) 此の度私が偽名を使つたのは、田舎に両親と十三歳の弟と私の長男の恵一（三歳）が居るのです。昭和二十三年に火災に会い、現在では炭焼小屋に家族四人して居住して居るのです。長男恵一の生みの母（私の先妻）とは昭和二十三年に私離縁して、生後七ヵ月のこの長男恵一を私の老いた母親が引取りミルクで育てて居たのです。前に一回心配かけて居て、貧しい生活をして居る老いた親に自分の子供を養つてもらつて居る以上、こんな事をしておかみに厄介になつて居る事を知らせるのが心苦しいので、悪いと思い乍ら偽名をつかつたのです。だが、これでは最後に必ずわかつて、却つて裁判長殿にお目玉を貰うと思つて、第一審の公判一週間前に偽名、前科上申書を提出したのです。偽名、前科上申書を提出してから、田舎の御両親に書面にて心より御詫びして、現在色々と面倒見て戴いて居るのです。

(九) 私昭和二十四年三月に事件を起し、同年六月、地方裁判所にて懲役一年二月の刑を戴き六ヵ月服役し、八ヵ月の仮釈放の恩典を戴き、同年十二月八日に出所したのです。御両親が養父母のため、すべてにおいて非常にさびしく居ります。私

十八歳で海軍志願兵として兵隊に行き、終戦の年の一月十五日小笠原諸島の父島の戦闘にて左足大腿骨と同脛骨の二本を骨折し、うまく治らず足の長さは約一寸短くなり、大腿骨は弓の弧のように曲り、膝の関節は固着して曲りません故、正坐する事もあぐらかく事も出来ません。一年以上の勾留生活で非常にうずき、苦しんで居ります。然し、これも自己が悪いんだと辛抱して居ます。こんな身体だし労働仕事は出来ません。又、学問もありません故、細腕ながら少しの収入で我慢して今迄の様に真面目に働きます。私は二十歳で片輪になり、現在の二十六歳で片輪だとひがんだり、又両親が養父母のためやけになつたりそんな自暴自棄にはなりません。現在私の長男恵一が小児マヒの病にて、家族は医師にも、思う様に収入がなくかけられなく困つて居ると便りが来て居るのです。一日も早く手当を満足にしてやらねば、一生涯不具な私の片輪以上の片輪の子供にしてしまうと思うと、心配してじつとしておれません。今度は他人を絶対相手にせず、一人で黙々と身体と相談して、子供のために働いて子供と幸福に生きて行く覚悟です。

一日も早く服役して、犯した罪を清算して真人間になつて出所して、被害者に出来るだけお返ししてお詫びして、清い身になり悪罪の重荷を捨て、努力を肝に銘じて立派な成人となり、日本再建に邁進致す事を裁判長殿に誓います。裁判長殿、よく御考慮下さい。

右の理由に依り、裁判長殿の御寛大なる処置をお願い致します。

以上

昭和二七年(し)第三九号

決　定

岐阜市朝日町九番地

抗告人（被告人梅田正生原審弁護人）　塚本義明

同市八ッ寺町一丁目一三番地の二

同　（同）　山田丈夫

同市端詰二五番地

同　（同）　林千衛

右の者から被告人梅田正生に対する尊属殺人等被告事件について昭和二七年六月二日岐阜地方裁判所のなした異議申立棄却決定に対し特別抗告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件抗告を棄却する。

理　由

本件抗告の理由は末尾に添えた抗告申立書のとおりである。記録の抄本を調べてみると、本件は、被告人梅田正生に対する尊属殺人等被告事件に関する原審第七回公判期日に、被告人の主任弁護人塚本義明から、証人宮島松太郎の供述が伝聞証拠で証拠能力がないから排除決定ありたい旨異議の申立があつたのに対し、原審が、検察官の意見を聴いた上、右申立を却下する旨の決定（後記決定の理由から推して棄却決定と認められる。）を宣し、その理由として、証言が、伝聞証拠である

七月二九日決定　　昭和二七年(し)第三九号

か否かは一に証明事項との関係如何によつて定まるものであるが、検察官の立証趣旨からみて右証言は伝聞証拠とはいえない旨説示したのに対し、抗告人等は右決定の理由に刑訴四〇五条一号、二号、三号の各号若くはそのいずれかに該当する違反があるとして本件特別抗告を申し立てるに至つたことがわかる。

しかし、証言が伝聞証拠であるか否かは、もつぱら訴訟法上の問題であつて憲法上の問題ではなく、訴訟手続に関し判決前にした決定で、もつぱら訴訟法上の問題にとどまり憲法上の問題に触れないものに対しては、特別抗告を許さないとすることは当裁判所の判例とするところである（昭和二四年新(つ)五号、同年九月七日第三小法廷決定、昭和二四年新(つ)三号、同年同月同日同法廷決定）。次に論旨引用の大審院判例は、単なる風評を判決の証拠に引用した事例で証拠調べ自体の適否に関するものでないから本件に適切でない。また、引用の仙台高等裁判所の判決が、訴訟法上証拠能力なき証拠を取り調べることは違法であるとすること所論のとおりであるが、本件原審の右決定理由は、所論証人宮島松太郎の証言は伝聞証拠でないと判断しているに過ぎないのであつて、決して伝聞証拠を取調べても違法ではないと判断しているのではないから、右判例と相反する判断をしたものではない。それゆえ、右決定の理由に憲法違反若くは判例違反があるとする抗告人等の論旨はいずれも理由がない。

よつて右証言が伝聞証拠であるかどうかの判断に立入るまでもなく、本件申立を棄却すべきものとし、刑訴四三四条、四二六条に従い、裁判官全員一致の意見をもつて、主文のとおり決定する。

昭和二七年七月二九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

昭和二七年(し)第三九号

被告人　梅田正生

弁護人（主任）塚本義明、同山田丈夫、同林千衛の抗告申立

一、右被告事件につき昭和二十七年六月二日第七回公判期日岐阜地方裁判所において取調べられた証人宮島松太郎のなした証言について、弁護人のなした右証拠調に関する異議の申立（右証言の全部又は一部が証拠とすることができないものであることを理由とする証拠の排除の申立）に対し、同裁判所が右公判期日になした却下（又は棄却）の決定はこれを取消す。

一、右証拠はこれを排除する。

との趣旨の決定を求める。

一、右被告事件につき第一回公判期日（昭和二十七年四月十七日）検察官は冒頭陳述のうちにおいて、「梅田正生の容疑と検挙の経過」を立証するため、右証人宮島松太郎を含む十名の証人の尋問を求め、第七回公判期日（同年六月二日）検察官の差し出した別紙尋問事項（写）により同証人の尋問が行われた。

二、主任弁護人は時機を失せず右証言が証拠とすることができないものであることを理由として異議の申立をなし、その排除を求めた。

これに対し同裁判所は検察官の意見をきいた上、直ちに右申立を理由なしとして却下する旨の決定を言渡した。

三、しかしながら右決定は左の如く違法である。

(イ)　右証言の少くとも一部は本件の犯人が（被告人）梅田正生らしいとかあるいは同人に間違いないとかという噂を聞いたという趣旨の供述である。

そもそも噂とか風聞、風評は「之ヲ供述シ若クハ記載シタル者ノ誰タルヲ問ハズ、結局責任ノ帰スベキ所ナク、裁判所ニ於テ就テ其真否ヲ糺明シテ信憑力ノ有無ヲ判断スルヲ得ザルハ勿論ナルニ依リ、之ヲ断罪ノ資料ト為スハ頗ル危険ニシテ、判事ノ自由判断ノ範囲ニ属スベキモノト謂フヲ得ザレハ……証人ノ供述ニ係ル風聞ト雖モ、之ヲ断罪ノ資料ニ供スルコトヲ得ザルモノト為ズヲ相当トス」べきであつて(大審院大正三年五月一四日判決、刑録二〇輯一五九五頁)、これは既に確立された判例である。(大審院昭和一一年四月九日判決、刑集一五巻四五一頁。仙台高等昭和二五年九月二八日判決、特報一二号一七一頁等参照)従つて、右証言により立証さるべき事実が何であるかを論ずるまでもなく、右の証言は証拠とすることができないものであるから、右決定は刑事訴訟法第四〇五条第二号又は第三号に該当し違法である。

(ロ) 右証言中には前項のほか本件の犯人が(被告人)梅田正生らしいとか同人に間違いないとかいう趣旨の公判期日外における他の者(宮島はる、宮島友次等)の供述を内容とする供述がある。

かかる右証人の供述はいわゆる伝聞証拠であつて証拠とすることはできない。

かりに伝聞証拠か否かは証明事項との関係で定まるとしても、ある事実(例えば本件において起訴状記載の公訴事実)の証明に厳格な(証拠能力ある証拠による)証明を必要とするとしても、その事実を推理させる間接事実(本件においては「梅田正生の容疑と検挙の経過」という事実)の証明にもやはり同じく厳格な証明を必要とすると解せられている。およそ争点たる事実(直接事実、公訴事実の全部又は一部)を離れて証明事項を論議することは訴訟経済上も無意味であり、むしろ違法有害であるいわゆる間接事実も主要事実を推理せしめる事実たるが故にその証明が問題たり得るに過ぎない。

これを本件についてみれば、検察官が右証人の供述により証明しようとする「梅田正生の容疑と検挙の経過」という事実は、直接事実たる本件公訴事実中の争点たる事実即ち「被告人が本件犯行を敢行したものである事実」(検察官冒頭陳述による立証事実第一〇項)を推理せしめるための右にいわゆる間接事実として意味があるのみである従つて本件の右直接事実に厳格な証明を要することはいうまでもないから、右の本件間接事実についても厳格な証明を必要とする即ち「梅田正生の容疑と検挙の経過」を証明するには「被告人が本件犯行を敢行したものである事実」の証明についても証拠能力を有する証拠によつてのみ証明さるべきである。

しかるに右証人宮島松太郎の証言は右本件直接事実についてはいわゆる伝聞証拠であつて証拠能力を有しないから、右間接事実の証明にも供し得ないものであり、要するに証拠とすることのできないものである。

もし、しからずして間接事実の証明には直接事実についてほど厳格な証明を要しないというルーズな解釈を容れればいわゆる伝聞証拠排斥の基本規定たる憲法第三七条、第二項及びこれを具体化した刑事訴訟法第三二〇条、刑事訴訟規則第二〇五条の六第二項その他証拠能力制限に関する厳格な規定はおそらく実質的に空文化するであろうけだし多くの場合には間接事実を証明し、この事実からの推理によつて直接事実が認定されるからである。

よつて右決定は憲法第三七条第二項に違反するか又はこれが解釈を誤つた違法がある。

よつて右弁護人の右の趣旨を含む本件異議の申立に対し、右裁判所が卒然これを理由なしとして却下(恐らく棄却の誤であろう)したことは明かに違法である。

四、本件決定は訴訟手続に関し判決前にした決定であつて、右の如く刑事訴訟法第四〇五条に規定する事由があるから、同法第四三三条により抗告する。

以上

昭和二六年(し)第九三号

決定

本籍　福岡県小倉市大字曾根七二四番地
住居　長崎県北松浦郡佐々野口石　木下重友方（福岡刑務所在監）
申立人（被告人）　伊藤保
明治三四年一月二一日生

右の者に対する強姦致傷、殺人被告事件について昭和二六年九月一八日福岡高等裁判所のした再審請求棄却決定に対し申立人から特別抗告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主文

本件抗告を棄却する。

理由

決定、命令に対しては他に不服を申し立てることができないときに限り、最高裁判所に特別抗告することができる（刑訴四三三条一項）。しかるに、原決定のごとく高等裁判所が同四四七条一項によりなした再審請求棄却決定に対してはその高等裁判所に異議の申立をすることが認められている（同四二八条四五〇条）。したがつて、かかる決定に対しては特別抗告はできないのである。

よつて本件特別抗告は不適法なものとして棄却することとし、同四三四条四二六条一項により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和二七年七月三一日

七月三一日決定　　昭和二六年(し)第九三号

七月三一日決定　昭和二六年(し)第九三号

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一郎

最高裁判所裁判集（刑事第六六号）事件番号索引

事件番号	事件名	法廷	裁判年月日	頁数
昭和二四年(れ)二五九〇	酒税法違反	二小	昭和二七年七月一一日	一五七
昭和二五年(あ)二六二	恐喝	二小	七月一八日	二九七
昭和二五年(あ)五五四	入場税法違反	三小	七月二九日	四三三
昭和二五年(あ)一九五二	窃盗	三小	七月一日	一二
昭和二五年(あ)一九九二	公務執行妨害	二小	七月二五日	四一三
昭和二五年(あ)二四六四	関税法違反	三小	七月一五日	二一七
昭和二五年(あ)二六二八	銃砲等所持禁止令違反	三小	七月一五日	二二五
昭和二五年(あ)二六三七	食糧管理法違反、物価統制令違反	三小	七月一五日	二三五
昭和二五年(あ)二六六五	横領教唆、賍物収受	三小	七月二九日	四四一
昭和二五年(あ)二七六七	暴力行為等処罰ニ関スル法律違反、暴行	三小	七月二二日	三〇七
昭和二五年(あ)二七八五	強盗	三小	七月一五日	二四一
昭和二五年(あ)二八四二	窃盗	三小	七月八日	七七
昭和二五年(あ)三〇九六	堕胎	三小	七月二二日	三一七
昭和二五年(あ)三一一〇	窃盗、窃盗未遂	三小	七月一一日	一九

昭和二五年	(あ)	三一一七	窃盗	三小	七月二九日	四八九
昭和二五年	(あ)	三三一四	麻薬取締法違反	三小	七月八日	八一
昭和二五年	(あ)	三三八九	収賄	三小	七月二二日	三二三
昭和二五年	(あ)	三四〇九	麻薬取締法違反	三小	七月二二日	三四五
昭和二五年	(あ)	三四三一	地方税法違反	三小	七月二九日	四五三
昭和二五年	(あ)	三四八八	麻薬取締法違反、医師法違反	三小	七月二九日	四六五
昭和二五年	(あ)	三四九六	恐喝	三小	七月二九日	四六九
昭和二六年	(あ)	三七	酒税法違反	三小	七月二日	三五一
昭和二六年	(あ)	八二	窃盗未遂	三小	七月一五日	二四七
昭和二六年	(し)	九三	強姦致傷、殺人	二小	七月三一日	五三三
昭和二六年	(し)	一〇八	騒擾（政令第三二五号違反被告事件に対する特別抗告	二小	七月一一日	一九一
昭和二六年	(あ)	一二三	強盗	三小	七月二二日	三五七
昭和二六年	(あ)	一七五	窃盗	三小	七月一五日	二五三
昭和二六年	(あ)	二一九	収賄	三小	七月二二日	三七一
昭和二六年	(あ)	二五四	酒税法違反	三小	七月二二日	三四五
昭和二六年	(あ)	三五〇	公印不正使用	三小	七月一日	二三
昭和二六年	(あ)	四五七	暴行、賍物牙保	三小	七月二二日	三八九

昭和二六年	(あ)	四七八	窃盗	三小	七月二二日	四八九
昭和二六年	(あ)	五〇〇	業務上横領	三小	七月二九日	四九七
昭和二六年	(あ)	七三一	常習賭博	三小	七月八日	八九
昭和二六年	(あ)	七七〇	横領	三小	七月一五日	二六七
昭和二六年	(あ)	一〇三七	暴行、傷害	三小	七月二二日	三九三
昭和二六年	(れ)	一一四二	窃盗、賍物故買	二小	七月一一日	一六三
昭和二六年	(あ)	一一八三	窃盗、賍物収受	三小	七月二九日	五〇五
昭和二六年	(あ)	一二六三	恐喝、麻薬取締法違反	一小	七月三日	四七
昭和二六年	(あ)	一二八二	賍物故買	三小	七月一日	二七
昭和二六年	(あ)	一五五〇	傷害、暴行	三小	七月一五日	二七三
昭和二六年	(あ)	一五八〇	恐喝、賍物故買、同運搬、同牙保	一小	七月一〇日	一〇一
昭和二六年	(あ)	一五八〇	賍物運搬	一小	七月一〇日	一一五
昭和二六年	(あ)	一六三〇	強盗教唆、銃砲等所持禁止令違反	一小	七月三日	五三
昭和二六年	(れ)	一六四三	贈賄	三小	七月一日	一
昭和二六年	(れ)	一六五〇	強盗、住居侵入、銃砲等所持禁止令違反	三小	七月八日	七一
昭和二六年	(あ)	一八八六	窃盗	一小	七月三日	五七
昭和二六年	(あ)	一七一八	賍物寄蔵、同運搬	三小	七月二二日	三九七

昭和二六年	(れ)一七三二	暴力行為等処罰ニ関スル法律違反	二小	七月	一一日	一七七		
昭和二六年	(れ)一七八二	経済関係罰則の整備に関する法律違反	三小	七月	一五日	二〇九		
昭和二六年	(れ)一九三二	物価統制令違反	二小	七月	四日	六九		
昭和二六年	(れ)二三一五	物価統制令違反	二小	七月	二五日	四〇七		
昭和二六年	(あ)二三六〇	窃盗	二小	七月	一二日	二〇一		
昭和二六年	(あ)二七二〇	窃盗	二小	七月	一二日	二〇五		
昭和二六年	(あ)五一二一	強盗殺人	二小	七月	二五日	四一七		
昭和二七年	(し)三六	横領被告事件の控訴棄却決定に対する特別抗告	三小	七月	八日	九五		
昭和二七年	(し)三九	尊属殺人等被告事件に対する特別抗告	三小	七月	二九日	五二五		
昭和二七年	(し)四〇	窃盗被告事件の控訴棄却決定に対する特別抗告	二小	七月	一一日	一九七		
昭和二七年	(れ)六八	詐欺	一小	七月	三日	三七		
昭和二七年	(す)三一九	外国人登録令違反被告事件について当裁判所がした決定に対する抗告申立	二小	七月	二八日	四二九		
昭和二七年	(あ)六一四	強盗殺人、加重逃走	一小	七月	一〇日	一三一		
昭和二七年	(あ)一一六九	強盗殺人、強盗未遂	三小	七月	一五日	二九一		
昭和二七年	(あ)一四一〇	窃盗	三小	七月	二九日	五〇九		
昭和二七年	(あ)二四八二	詐欺	三小	七月	二九日	五一五		