而も被害者の眼前にあつて、その荷物管理掌握に、実質的には何等の変更を来していないのである。

而してかゝる観点から前記判例を一読すれば、これでは誠に正鵠を得た妥当な判例であるが、原判決はかゝる妥当性を無視し一概に杓子定規的に事を認定したもので、劈頭掲記のように、判決違反の違法を冒しもつて破棄を免れないものといわなければならない。

第二点　原判決は刑の量定が甚だしく過重であつて、これを破棄しなければ、著しく正義に反する違法がある。

原判決は、第一審判決の一年二月という量刑を相当であるとして、これを支持したが、原審裁判所に提出した控訴趣意書にも記載したように、何等の実害も生じなかつた本件行為に対し、而も被告人側の事情を検討すれば、被告人の妻は長年肺結核を患い、療養費にも窮している事情であつて、尚被告人の服役する間は、その妻子の生活の目途さえ全然たゝない窮乏の状態において、被告人の本件所為に対し、一年二月もの長期の実刑を課するのは、如何に考えても劈頭掲記の違法を冒すこと必定なので、この点のみからいつても、原判決は破棄せざるを得ないものというべきである。

以　上

（昭和二九年一〇月四日附）

昭和二九年(あ)第二七〇五号

判　決

本　籍　朝鮮慶尚北道金泉郡禦侮面中旺洞

住　居　横浜市中区末吉町一丁目五番地

人　夫　山田金一こと　李　応　俊　大正一五年七月二七日生

右覚せい剤取締法違反被告事件について昭和二九年七月五日東京高等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

弁護人渡辺卓郎の上告趣意第一点について。

所論は、第一審判決が証拠として採用した検察官作成の供述調書について違法があるとし、これを理由として憲法三一条違反及び東京高等裁判所判例違反を主張する。しかし検察庁法三六条により検察官の事務取扱を命ぜられた検察事務官は、検察官としての権能を有するものであるから、検察官事務取扱検察事務官の作成した供述調書は、結局検察官作成の供述調書にほかならない。従つて本件において第一審判決が、所論指摘のように証拠の挙示において、単に「検察官作成の……供

述調書」と表示したことは不正確たるを免れないが、このことをもつて直ちに違法ということはできない。結局所論違憲の主張は前提を欠くことに帰し採用のかぎりでない。また所論の判例は、単なる検察事務官作成の供述調書に関するものでないから本件に適切でない。

つて、本件のように検察官事務取扱検察事務官作成の供述調書に関する事案であ

同第二点について。

所論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。

その他記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三一年六月一九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　小林俊三

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　本村善太郎

裁判官　垂水克己

昭和二九年(あ)第二七〇五号

弁護人渡辺卓郎の上告趣意

右に係る覚せい剤取締法違反被告事件につき弁護人は左記上告趣意を陳述する。

第一点　原判決は憲法第三十一条並に東京高等裁判所（昭和二四年(を)新第一〇四六号同二五年七月六日第一二刑事部判決）判例に違反するから破棄を免れない。

原判決は、その理由に於て

「検察官事務取扱検察事務官作成の供述調書は刑訴法第三二一条第一項第二号の検察官の面前に於ける供述を録取した書面に該当するから、第一審公判調書により証拠調を終つた旨記載ある、検察官に対する李圭鎬、竹内重男及び被告人の供述調書は、検察官事務取扱検察事務官に対する供述調書をいうものであると認められるし、記録にその謄本が編綴してあるのは、いづれも裁判所の許可を得て原本に代え謄本を提出したものと認められ、第一審判決に引用されている検察官作成の李圭鎬、竹内重男、及び被告人の各供述調書は検察官事務取扱検察事務官作成の供述調書を引用したものである」

と説示し、弁護人の控訴趣意第一点を排斥した。

よつて、記録を精査するに

第一審第一回公判調書に明記されているところによれば

検察官が証拠調の請求を為し第一審裁判所に於て取調が為されたのは、

被告人　山田金一こと　李応俊

李圭鎬の検察官に対する供述調書　二通
竹内重男の検察官に対する供述調書　三通
等々力栄一郎作成の鑑定報告書謄本　二通
被告人の検察官に対する供述調書　一通
その他
であることが明瞭である。

中就右等々力栄一郎作成の鑑定報告書については、謄本を提出したものであることが明記され、裁判所が謄本提出に許可を与えていることが明らかであるが、その他の供述調書については、謄本提出許可の記載がなく、何れも原本が提出されたものであることは公判調書の記載に明瞭である。

然るに本件記録には、右検察官作成の供述調書なるものは存在せず記録上存在するは悉く、検察事務官（検察官事務取扱）作成の供述調書、若しくは謄本であること次の通りである。

李圭鎬の検察官事務取扱検察事務官作成の供述調書、昭和二九年一月七日附原本、同昭和二八年十二月二五日附謄本各一通

竹内重男の検察官事務取扱検察事務官作成の供述調書、昭和二八年十二月二四日附謄本、同昭和二八年十二月二五日附謄本、同昭和二九年一月九日附原本各一通

被告人の検察官事務取扱検察事務官作成供述調書、昭和二九年一月八日附原本

第一審判決が証拠として引用したのは何れも検察官作成の李圭鎬、竹内重男、及被告人の各供述調書である。

凡そ検察官と検察事務官とは、その任命資格に於て厳格なる差異があり検察官は公訴を行い、裁判所に法の正当なる適

用を請求し裁判の執行を監督し、その他公益の代表者としての国家機関であるのに対し、検察事務官は、検察官を補佐するもので、その資格権限に於て同一視するを得ないものたること明瞭であるばかりでなく、刑事訴訟法第三二一条が特に裁判官、検察官の面前に於ける供述を録取した書面（同法第一項第一、二号）と前二号に掲げる書面以外の書面とを区別し、証拠能力について差別を設けて居り、検察官作成の供述調書と検察事務官作成の供述調書とは、その証拠法上の取扱を厳格に区別せらるべきものであり、検察事務官が検察官事務取扱を命ぜられていたとしても、検察官作成の供述調書と同一視さるべきものではないと信ずる。

第一審判決並に之を認容した原判決は虚無の証拠をもつて、判決に引用したものと解せざるを得ず、これは憲法第三十一条に違反するものと結論する。

単にこれを誤記又は「事務」の字の省略として看過すべきことでもなく、原判決並に第一審判決は破棄を免れない。

更に亦原判決並第一審判決は左記東京高等裁判所の判例に違反する。

東京高裁昭和二四年(を)新第一〇四六号同二五年七月六日第一二刑事部判決（高等裁判所判例集第三巻第二号）

判示事項

証拠の標目の誤記と認められない場合

判決要旨

検察事務官の供述調書を検察官の供述調書と誤解しこれを判決に引用した場合は、単純な誤記として看過することは許されない。

第二点　原判決並第一審判決は被告人に対し懲役五月の実刑を言渡したものであるが、本件の動機、被告人の本件により得た利益が皆無であること、被告人の犯行後の改悛の情、顕著に認められること、被告人の家庭、経歴、短期自由刑の弊

害、改正刑法の再度の執行猶予制度の精神等を参酌して原審並第一審が被告人に敢て実刑を宣告したことは甚しく不当過重であると信ぜられ、原判決を破棄しなければ著しく正義に違反するものであるから御庁が原判決を破棄せられるよう上申する。

以　上

昭和二九年(あ)第二八九八号

判　決

本籍並びに住居　三重県員弁郡石榑村大字石榑南二四〇六番地

農　業　伊　藤　一　男

大正一五年三月二五日生

右窃盗被告事件について昭和二九年七月一九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

弁護人後藤昌次郎の上告趣意は、原判決は憲法三七条一項（所論中憲法三八条とあるは三七条の誤記と解す）に違反すると主張するが、同条同項の主旨は昭和二二年(れ)一七一号同二三年五月五日大法廷判決、（集二巻、五号四四七頁）によつて明らかであるから、所論は理由がない。（本件で原審が国選弁護人を選任したのは昭和二九年五月二八日であり弁護人は最終日六月一五日以前同月一二日附趣意書を提出し、しかも、それに基き弁護人は弁論もしているから防禦権を不当に軽視したかどはない。また、被告人の控訴趣意書については同年七月七日原審第一回公判において弁護人自己名義の控訴趣意書に基き弁論し「被告人名義の控訴趣意書は陳述しない」と述べたので原審はこれに対し判断しなかつたのであつて何等の違法

はない「昭和二九年(あ)第四一八七号昭和三〇年四月一五日第二小法廷決定、集九巻、四号、八五一頁」「昭和二六年(あ)第三一三〇号同二七年一月一〇日第一小法廷判決、集六巻一号、六九頁」「昭和二五年(あ)第一七九七号同二五年一二月二五日第二小法廷決定」各参照。)

被告本人の上告趣意について。

所論は、刑訴四〇五条適法の上告理由に当らない。

また記録を調べても本件において刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三一年六月一九日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　本村善太郎

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　垂水克己

弁護人後藤昌次郎の上告趣意

右の者にかゝる窃盗被告事件につき次のとおり上告趣意を述べる。

一、原判決は憲法第三十七条に違反する。

憲法第三十七条第一項は、被告人に対して公平なる裁判所の裁判を受ける権利を保障している。右の公平という観念の中には当事者対等の原則の下に、当事者に対して適正且つ充分なる攻撃防禦の機会が与えられることも当然含まれる。刑事訴訟法第三百七十六条において、控訴申立人に対し裁判所の規則で定める期間に控訴趣意書を提出すべきことを規定し、右規定をうけて刑事訴訟規則第二百三十六条が控訴趣意書を提出すべき最終日を、控訴申立人に対する最終日の通達があつた翌日から起算して二十一日以後の日でなければならないと規定して、記録調査の上控訴趣意書を作成すべき機会を保障しているのは、その一の現れである。

しかるに本件記録を精査すれば、控訴申立人たる被告人に対し、控訴趣意書提出最終日の指定通知書が送達されたのは昭和二十九年五月十九日であり、右最終日は同年六月十五日であつて、この限りにおいては右規定に違反しないけれども、被告人に対し控訴審の弁護人が裁判所によつて選任されたのは同年五月二十八日であるから国選の弁護人が記録を調査して控訴趣意書を作成提出すべき期間は、右規定に定められた二十一日に足りないことは明らかである。尤も右規則の条文を形式的に解釈すれば、控訴申立人に対する送達のあつた翌日から起算してとあるから弁護人が選任されてから二十一日あることを要しないと解せられないこともないがこれは、一般の被告人が法律に疎く、且つ控訴人の弁論能力が被告人に認められないことを考えれば、被告人の防禦権を不当に軽視した考えといわなければならぬ。現に

昭和二九年(あ)第二八九八号

被告人　伊藤一男

本件においては被告人自身、新たな事実取調べの請求を含む重大な内容の控訴趣意書を提出しているのに、国選弁護人はそれに基いて弁論をなさず、原判決においても被告人の控訴趣意は完全に無視されなんらそれに対する判断がなされていない。陳述されたのは国選弁護人の控訴趣意書だけであり、しかも右国選弁護人に対しては、前述の如く控訴趣意書作成の適正且つ充分な機会が与えられていなかつたのである。かくの如きは被告人に対して公平な裁判所の裁判をうける権利を保障した憲法第三十八条に反するものといわなければならぬ。

本弁護人の知るところを以てしても本件の如き例は屢々あるのであつて甚だしきは控訴趣意書提出最終日の二日前、又はその当日に国選弁護の選任を受けた例さえあるのである。かくの如き実状においては、弁護人を私選する能力なき被告人の立場は完全に無視されているといわねばならぬ。最高裁判所は右の実状を直視し、本件を契機として、公平な裁判所の裁判を受けるべき被告人の権利を確乎として確立すべきである。

以上述べたところから明らかな如く原判決は憲法第三十七条に違反してなされた手続に基いてなされたものであるから当然破棄さるべきであると信ずる。

以　上

昭和二九年(あ)第二八九八号

被告人の上告趣意

一、私しわ作年小林忠代宅の仕事で泊込みの炭焼に行つて居りました。其の時小林忠代より木炭を売つて頂く様に話しがしてありましたので私しわ倉庫より持ち出しました次第です。私し警察の方でも申し上げましたが小林忠代わ山の方に泊込んで居りますので忠代より聞いて頂き度い、私しわ木炭を盗む気わ無いと申上げましたが私の御願も聞いて頂けず忠代の弟峯秋より警察の方わ調書を取り私の言分わ受付て頂けない様な次第でした。

二、小林忠代の弟峯秋わ伊藤半五郎家の養子として入籍がしてありますのに警察の方わ伊藤峯秋を小林峯秋として取り調べ私しわ他の家の伊藤峯秋を取り調べると言ふ事わ警察官の調べが不足で上告致しました。

三、小林忠代の弟峯秋わ何にもしら無いのに小林の性を名乗つて警察官の調べを受けたと言ふ事が不足でなりません。

四、四日市裁判所でわ私しの姉きみ江が伊藤半五郎家へ嫁入して居りますが其の姉が伊藤半五郎家へまだ籍が入れて何いと申されましたので早速村役場で調べましたが姉わ入籍してありますと申されました事が不足です。

五、四日市裁判所で私しわ一年を言渡されましたが高等裁判所の書類がわから無い点が有りましたので第一審の弁護士さんに聞きましたら其の時に君わ一年半だと申されました。私しわ一年だと思つて居りますがどちらが本当か上司の方の御知らせを御願申上ます。

以　上

被告人　伊　藤　一　男

昭和三〇年(あ)第三一五三号

決定

本籍並びに住居　岡山県小田郡矢掛町横谷四七番地
農業
安藤豊
昭和二年一二月五日生

本籍並びに住居　前同所八四番地
農業
小野太郎
大正六年三月五日生

本籍並びに住居　前同所
農業
横畑清志
大正一二年一月一日生

本籍並びに住居　前同所三〇九八番地
農業兼物品販売業
津尾晴俊
大正一三年一月二三日生

昭和三一年六月二一日決定　昭和三〇年(あ)第三一五三号

一

本籍並びに住居　玉島市南浦七九二一番地
佃煮卸商　渡辺康雄　昭和二年八月四日生

右に対する食糧管理法違反各被告事件について、昭和三〇年九月二九日広島高等裁判所岡山支部の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人津尾晴俊の負担とする。

理由

被告人安藤豊、同小野太郎、同横畑清志の弁護人裾分正重の上告趣意は量刑不当の主張であり、被告人津尾晴俊の弁護人田口俊夫の上告趣意は、判例違反をいうが、本件のごとく主要食糧を闇買いした被告人がこれを他に譲渡した場合においては、闇買い行為が私法上無効たると否とを問わず、第一審判決に示す法条（食糧管理法施行令八条、同施行規則三九条等）を適用して処断することを得るものというべきであり、被告人渡辺康雄の弁護人裾分の上告趣意一は単なる法令違反の主張であり（本件のような食糧管理法三一条の場合に刑法一九条の適用のあることは勿論である。）、同二は訴訟法違反をいうが、所論は結局被告人に不利益な主張をいうに帰し適法な上告理由とは認め難く、同三は量刑不当、単なる法令違反の主張であり、被告人渡辺康雄の弁護人小倉金吾の上告趣意は量刑不当の主張であり（原判決は被告人渡辺康雄に罰金刑を科しているから所論は前提を欠く。）、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

よつて同四一四条、三八六条一項三号、一八一条（被告人津尾晴俊につき）により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和三一年六月二一日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎
裁判官　真野毅
裁判官　斎藤悠輔
裁判官　岩松三郎

被告人　安藤豊
同　小野太郎
同　横畑清志

弁護人裾分正重の上告趣意

右食糧管理法違反被告事件につき上告の趣意を左のとおり開陳いたします。

原判決は刑の量定が甚だしく不当で之を破棄しなければ著しく正義に反する。

刑の量定は申すまでもなく犯人の性格、年齢、境遇、罪質及び情状、犯罪後の情況、其他諸般の事情を参酌考量して之を定むべきこと勿論でありますが、殊に経済事犯は自然犯の刑量ともにらみ合せ時の経済事情を見、其の年の天候とも相談し特に被告人の犯した動機に付ても深く審究し透徹した識見のもとに適正妥当なる刑の目盛をしなければならないのであつて度の過ぎた目盛を誤るに於ては時に或は精農家の恨みを買ひ自暴自棄に陥らしめ却つて農業立国の滅亡を来す恐れなしとしない。殊に昭和三〇年度は米の豊作であり主食に関する将来の見透しもつき統制撤廃も近き将来に迫つてゐること国民の常識である。之を本件に見るに、

被告人安藤豊は一件記録に明なるが如く

(1)　前科なく家族十一名を擁し、田一町三反と畑六反歩を農耕せる大百姓であり、(記録八七丁供述調書)

(2)　其父安藤冬作は、昭和十九年六月三十日時の農商務大臣より米の増産及供出に挺身尽瘁し、その功績特に顕著なる故を以て表彰されたこと、被告本人も其の父も父子共に性質温厚篤実、品行方正、思想健固で町内の模範人物であること、供米制度制定以来供出割当は勿論、超過供出も卒先完納し供米の模範精農家なることは記録添付の農商務大臣及び

居住地矢掛町長の賞状及証明書で明であり、

(3) 犯行の動機が妻が病気で五万円の負債が出来且つ農耕に必要欠ぐべからざる耕転機購入資金入用に迫られた為であ
り、(記録三一八丁昭和二九、一二、一四・第二回公判に於ける本人供述調書)

被告人小野太郎は

(1) 道路交通取締違反以外未だかつて経済違反並に刑法上の破廉恥罪を犯したことなく九名の家族を擁し田八反と畑五反
を農耕し居り、(記録一〇八丁供述調書)

(2) 米の供出制度施行以来一回の滞りもなく割当供出は勿論、超過供出も卒先してなし精農家であることは居住地矢掛町
長の証明書で明かであり又郷土警防団部長として多年社会の災厄防止、人類の福祉に貢献した功績顕著なることは記録
添付の岡山県警察部長と岡山県知事の各表彰状により明かであり、

(3) 犯行の動機が肥料代金四万円の返済と農耕に必要欠くことの出来ない耕転機購入代金の支払に困窮した為めであり、
(記録三一八丁昭和二九、一二、一四・第二回公判に於ける本人の供述調書)

被告人横畑清志は

(1) 道路交通取締違反で科料に処せられた以外刑事上の処分を受けたることなく五名の家族を擁し、田畑約八反余を農耕
し居り、(記録一五三丁供述調書)

(2) 米の供出制度施行以来一回の滞りもなく割当供出は勿論、超過供出も致し精農家であることは居住地矢掛町長の証明
書で明かであり又居村消防団部長として職務勉励、社会の災厄防止、人類の福祉に貢献し居るものなることは記録添付
の居村々長並に岡山県知事の表彰状により明かであり、

(3) 犯行の動機が分家するに造作費用に多額の金員を要したことゝ農耕に必要なる耕転機の購入代金八万円の支払に窮し

た為めであり、(記録三一八丁昭和二九、一二、一四・第二回公判に於ける本人の供述調書)

以上各被告人の人格、家庭事情、供米制度制定以来十数年間に於ける被告人等の増産乃至超過供出の功績、犯行の動機等に付て原審は毫も刑の量定の上に斟酌考慮を払つた形跡がなく唯単に千篇一律に一俵を何程かに見積り計数的、機械的に科刑した憾みがある。本来食糧管理法第三十一条によれば懲役刑か罰金刑か何れかの刑を選択して科すのが原則であつて併科するのはその犯情、罪質の極めて重い例外的の場合に限られてゐるのに第一、二審とも全被告人に対し懲役刑に罰金刑を併科し恰も本件数量の米を窃取又は騙取、或は横領した場合のいわゆる自然犯に対するそれよりも遙かに重く科刑した原判決は著しく正義に反する裁判として破棄を免れないものと思料します。

以　上

弁護人田口俊夫の上告趣意

右食糧管理法違反被告事件について上告趣意書を提出する。

一、本件原判決は第一審及び控訴審共刑事訴訟法第四百五条第三号所定の高等裁判所の判例に相反する判断をなしたものであるから破棄すべきものと信ずる。

二、被告人津尾晴俊は昭和二十九年九月二日小田郡矢掛町大字横谷四十七番地安藤豊方において米穀の生産者である、同人外二名より糠玄米合計五十俵を代金合計二十九万円で買い受け之を直ちに相被告人渡辺康雄に対し代金二十八万五千円で売り渡し、右買い受けの行為が食糧管理法第九条第一項、第三十一条、同施行令第六条に該当し右売り渡しの行為が右同条及び同施行規則第三十九条に該当するものとして各れも有罪の判決を受けたことは記録上明らかである。

三、ところで、被告人津尾が相被告人渡辺康雄に対し売り渡した糠玄米は相被告人安藤豊外二名から判示の如く買い受けた品物そのものであつて他の米ではない、而して食糧管理法及び同附属法令を検討してみると法第九条第一項には「政府ハ主要食糧ノ公正且適正ナル配給ヲ確保シ其ノ他本法ノ目的ヲ遂行スル為特ニ必要アリト認ムルトキハ政令ノ定ムル所ニ依リ主要食糧ノ配給、加工、製造、譲渡其ノ他ノ処分、使用、消費、保管、及移動ニ関シ必要ナル命令ヲ為スコトヲ得」と定められその詳細な規定を命令に委任し、同施行令第八条は之を受けて「主要食糧の適正な流通を確保するために特に必要があると認めるときは、第五条の五の規定による制限の外、農林大臣又は都道府県知事は前条第九条又は食糧管理法第三条第一項の規定により売渡をすべき場合を除いて、主要食糧を所有する者に対しその者の行う主要食糧の譲渡に関しその相手方又は時期を制限することができる」旨を規定し右施行令の定めに基き同施行規則第三十九条において「食糧管理

被告人　津尾晴俊

法又は同法に基く命令の規定により定める場合及び農林大臣の指定する場合を除いて、何人も米穀を政府以外の者に譲り渡してはならない」と定められているのである。

四、従つて右施行規則第三十九条に所謂「何人も」とあるのは、同施行令第八条に「主要食糧を所有する者」を汎称し、それが生産者であるか、消費者であるかを問わない反面主要食糧を所有しない者を除外する趣旨であることが認められる。

主要食糧の保管を委託された者、之が運送に従事する者等が当該主要食糧を第三者に売り渡す行為は外見上その所有者と同一視すべき立場にあつても他の法条に該当するは格別本条の処罰の対象とはならないものと解せられる。

五、ひるがえつて本件被告人津尾の前記売渡行為は相被告人安藤豊外二名から違法に買い受けた米穀がその目的物となつているのであるから被告人津尾は果して該米穀の所有者に該当するかどうかを検討せねばなるまい。

弁護人は之を消極に解し前記売渡行為を処罰した原判決は破棄されるべきであると信ずる。

六、此の点に関し物資統制違反の法律行為の効力について左の如き判例がある。

(イ) 揮発油販売取締規則に違反する売買は民法第九十条によつて無効であるとするもの

昭和十六年(ネ)第八五六号同十七年六月九日東京控訴院判例

(ロ) 揮発油及び重油販売取締規則に違反する売買行為が無効であるとするもの

昭和十六年(ネ)第七二七号同十七年七月一日東京控訴院判例

(ハ) 食糧管理法に違反する売買行為が無効であるとするもの

昭和二十四年(ネ)第六二六号同二十五年二月十八日東京高等裁判所判例

(ニ) 臨時物資需給調整法に違反する売買行為は無効であるとするもの

昭和二十五年(う)第六二七号同年十二月二十五日札幌高等裁判所判例

以上各れも新判例体系行政法総則(I)三二七頁乃至三三〇頁、参照

七、右判例の理論によると食糧管理法第九条等によつて禁ぜられた売買譲渡等行為は同法が「国民食糧ノ確保及国民経済ノ安定ヲ図ル為食糧ヲ管理シ其ノ需給及価格ノ調整並ニ配給ノ統制ヲ行フコトヲ目的」とする強行法規であることからすべて無効となるであろう。

無効ということは当該売買の目的物の所有権が買主に移転しない効果と買主に対する代金支払の請求権が生じないことに現われる。

買主はたとえその代金を売主に支払い之が主要食糧の現物を受領したとしても適法にその所有権を取得するに由なく、只右売買行為という外形上の行為が同法の罰則に夫々違反するものとして処罰の対象となるに過ぎない。

所有権が移転しなくとも売り渡した行為、買い受けた行為は決して無くならないのである。

八、そうすると本件被告人津尾は相被告人安藤豊外二名より判示粳玄米を買い受けた行為について処罰されるべきは已むを得ないとしても之を相被告人渡辺康雄に売り渡した行為は処罰さるべきではないということになろう、蓋し被告人津尾は判示買受行為によつて当該粳玄米の所有権を取得せず施行令第八条の所謂「主要食糧を所有する者」に該当しないからである。

九、若し右施行令第八条がかかる犯罪の主体についてなんらの制限を有しない規定であるならば「何人も」とか「主要食糧を所持する者」と定むべきであつて現に麻薬取締法第十二条はその犯罪の主体を制限することなく「何人も」と規定し、その譲渡行為について取引麻薬の所有者たることを要件としないことが明らかに判読され、覚せい剤取締法第十七条第四項にほぼ同様の規定があることからも反対に解釈すべきである。

十、之を取締の実際から考えても適法な所有権なき所持者がその所持する主要食糧を第三者に売り渡す行為は横領、業務上

横領、窃盗等の刑法犯として処罰を受けることが多いであろう。

更に本件の如き場合にも買受行為と不正輸送行為の処罰によつて直ちに食糧管理法が予定した目的を達することができるのであつて、「主要食糧を所有する者」の中に所有権を有しない者を含むと無理に拡張解釈する必要はない。

十一、以上の通りであるから本件原判決は被告人津尾が昭和二十九年九月二日判示の場所において粳玄米五十俵を代金二十八万五千円で相被告人渡辺康雄に売り渡した行為を食糧管理法第九条、第三十一条同施行規則第三十九条に該当するものとして有罪の判決を言渡したのは、被告人津尾が右粳玄米の所有者であることをその構成要件事実として認定したものであるところ被告人津尾にその所有権がないこと前示各判例の示すところにより明らかであつて畢竟本件原判決は刑事訴訟法第四百五条第三号の「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こと」に該当するから、原判決の中、此の点を破棄せられたい。

以上

昭和三〇年(あ)第三一五三号

弁護人裾分正重の上告趣意

右食糧管理法違反事件について上告を申立てた理由は次のとおりである。

原判決には判決に影響を及ぼすべき法令の違反があつて之を破棄しなければ著しく正義に反すると認められる刑事訴訟法第四一一条第一号第二号該当事由があると思料する。すなわち、

(1) 原判決の確定した事実によると被告人渡辺が昭和二九、九、二、頃相被告、津尾より代金弐拾八万五千円で買受けた玄米五十俵を不法に輸送したといふので食管法第九条第一項第三一条を適用処断した上に押収に係る米の換価金一八万八千七百六十円に付、刑法第十九条第一項第一号第二項に則り没収の言渡をしたのであるが右食管法第九条は第十条、違反と共にその罰則規定たる第三一条によると十年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処すとあつて何れも没収の規定がないのに抱らず第十一条第一項第四項違反に付てはその処罰規定たる第三二条第二項に特に没収の規定されてゐるところから見て本件食管法第九条違反の場合一般法たる刑法の没収に関する規定の適用を排斥するものであると解釈しなければならない。

本来没収は犯罪反覆の防止と犯罪による利得の禁止をその目的とする附随的のものでありとするならば本件は現実に現物たる米そのものを犯人に還付するのでないから犯罪反覆の恐れがなく又被告人が二十八万五千円で闇買した五十俵の米は半値位の十八万八千七百円の㊙価格で公の機関によつて換価されたのであつて正当価である、以上之を没収すべき謂はれもない。

されば右と反対の見解に出た原判旨は判決に影響を及ぼす法令の解釈適用の誤りがあるといふべきである。

被告人　渡辺康雄

(2) 凡そ刑罰には軽重の別がある。そしてその刑の軽重は主刑に付てのみ存するのであつて附加刑と主刑との間には軽重の別がないこと法典第十条で明かである。然らば附加刑たる没収刑は之を顧みる必要はないのである。

之を本件に見るに第一審の「被告人渡辺を懲役十月及罰金三万円に処す」旨の判決に対し検察官はその量刑著しく軽きに過ぎるものとして控訴をなしたのである換言すれば重く科刑せよとの理由による控訴である。之に対し第二審たる原審は右検察官の論旨は理由ありとなし、之を認容し以て第一審判決を破棄し「被告人を懲役十月に処す、押収に係る糠玄米五十俵の換金金十八万八千七百円は被告人渡辺より没収する」旨の判決を下したのである、然し刑の軽重に付て前述の如く没収刑は之を顧みる必要がないとするならば第二審の控訴判決は正に第一審判決のそれよりも法律的に評価して遙かに軽い刑と云はなければならない。上訴制度の一面が裁判の権威と法令の解釈統一の意味にあるならば原判決はすなわち理由に於て検察官の主張を認容した旨説示し乍らその主文に於てその主張と理由を否定するが如きくいちがいがあつて右不可解なる原判旨は裁判の権威を失墜し判決に影響を及ぼす法令の解釈適用の誤りがあるといふべきである。

(3) 右は第一審の刑と第二審の刑とを法律的に評価してその軽重を論じたのであるが現実の問題として被告人の立場よりすれば第二審の刑は第一審の刑より遙かに苦痛である否第二審の判決は苛酷過ぎる程その刑の量定が甚だしく不当である。すなわち、

(一) 第二審に於て没収した金十八万八千七百円の換価金は不当利得をした金ではない。被告人が他人数名から借金した金二十八万五千円で闇買した五十俵の玄米を警察署が押収し公の機関たる地方食糧営団に公売し得た㊀換価金である。本件五十俵を直接被告人に闇売した相被告人津尾から何等、追徴もし居らず又其の津尾に闇売して儲けた筈の生産者たる相被告人安藤、小野、横畑等から一銭金の追徴もしていないのに独り最後の渡辺のみ犠牲を払はなければならない道理はない。

(二) 被告人渡辺が原審公判廷で提出援用に係る記録、編綴の債権債務に関する証書類で明なるが如く多くの債権者に対し多額の債務を負担し居ること本件闇買をした資金も他より融資を受けたものなることなど窺はれ本件没収の附加刑は被告人に止まらずその多くの債権者が多大な迷惑を蒙つてゐるのである。

一体全体、刑事裁判をなすに当つて刑事裁判官はこうした点に考慮を払つて居られるであろうか殊に原審裁判官諸公は被告人が没収せられることによつて多くの債権者に迷惑がかゝろうがどうあろうと苟も犯罪に関係ある財物は根こそぎ没収すべきを正しいものとでも解し又は考へて居られるのではなかろうか賭博行為の場所に供した家屋といゝ船舶といゝ闇米を運んだトラックといひ船舶といゝ闇米を入れてあつた高価な用器といゝ根こそぎ没収するを裁判の理想とでも考へてゐられるのではなかろうか本件の場合当の被告人たる渡辺よりかその債権者が大変困つてゐる実情なのである。

(三) 本来主刑より附加刑が重くあつてはならないこと法の精神であり判例の示すところである。わが食管法は物価統制令と違ひ罰金の最高額を十万円と限定してゐる。然るに本件の場合この法定罰金額よりも遙かに高く重い没収刑を併科してゐることは確かに法令違反である、無資産である被告人が借金して闇米代に出金した二十八万五千円の大金を根こそぎ没収して再起不能に陥らしめた上懲役十月に処断した、原判決は詐欺窃盗の自然犯に対する科刑よりも確かに重く刑事訴訟法第四一一条第二号にいわゆる刑の量定が甚だしく不当であつて之を破棄しなければ著しく正義に反するものと思料します。

(四) 第一審裁判官は被告人に対し判決を言渡す際懇に諭して曰く、米の換価金を没収出来ないこともないが之を全部没収すると他に迷惑する者も居ろうし、家庭も生活に困窮してゐるようにも思はれるので敢えて没収をしないのであるが将来再びこのような心得違がないように……と恰も慈父が愛児に諭すように被告人は法廷で額づき感激し更生を誓つた、

思ふに慈悲ある判決に対しては感謝の心がわき感謝の心あつて更生する、更生あつて刑の目的は達せられることを深く信ずるものであつて第二審の判決より第一審判決が社会実情に即し確かに権威があり、今や米の統制撤廃の運命にある点をも考慮に容れられ何卒原審判決破棄を願ひます。

以　上

昭和三〇年(あ)第三一五三号

弁護人小倉金吾の上告趣意

右者に対する食糧管理法違反事件について上告の趣意を左の通り陳述します。

第一点　被告人が上告した趣旨は換価金を役服せられ且罰金並懲役刑（執行猶予）を言渡された点にあるが、本件は第一審に於ては没収の言渡し無く、尚現在の食糧事情は非常に好転し、配給価格より闇価格の方が安い地方が多く配給辞退をする人も多い事新聞紙上の報する通りで食管法は当初の消費者保護の趣旨は失ひ、生産者保護の規定と実質を一変し、早晩廃止せらるへき運命に立至つた程実社会は変つた今日罰金刑を課する要は無い、然るに依然として併科処罰したのは甚しく重きに過ぎると思料します。

以　上

被告人　渡辺康雄

昭和三〇年(あ)第三六二八号

決定

元本籍　朝鮮慶尚北道慶山郡慈仁面邑川洞以下不詳

住居　横須賀市東逸見町四丁目三五番地

無職

大城又は菲こと

裴浩淵

大正六年九月二日生

右に対する覚せい剤取締法違反被告事件について、昭和三〇年一〇月一三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決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人五井節蔵の上告趣意第一点及び第二点は違憲をいうがその実質は単なる訴訟法違反の主張に帰し、〔公判の審理において証拠調終了後、検察官に対し事実及び法律の適用について意見を陳述する機会を与えさえすれば、たとえ検察官が何等意見を述べなくても、訴訟手続の違法を来すべきものでないと解すべきことは当裁判所の判例とするところであつて（昭和二九年六月二四日第一小法廷決定、判例集八巻六号九七七頁参照）反対の見地に立つ第一点の所論は賛同し得ない。また第二点所論の証拠物件が論旨の指摘するように小泉ヨシ子に対する別件で差押えられたものを被告人に対する本件で証拠と

して提出されたものであるとしても、この一事は異議なく証拠調のなされたことが認められる以上、これを事実認定の資料とすることを妨げるものでないとした原判旨は首肯することができる。」同第三点は違憲をいうが事実誤認を前提とするものであり（原審は所論没収物件が被告人以外の者に属することを確認し得べき証拠は存しないと判示しているのであつて、この点に関する原判示は肯認するに足る。）同第四点も違憲をいうけれどその実質は単なる訴訟法違反の主張に帰し、（第一審判決が所論の物件を判示犯罪行為の組成物件として刑法一九条一項に基ずき没収したものであることは、その判文上窺い知ることができるから第一審判決には理由不備の違法はないとした原判旨は首肯できる。）同第五点も違憲をいうがその実質は量刑不当の主張に帰着する。なお被告人本人の上告趣意は事実誤認、量刑不当の主張を出でないものである。それ故論旨はすべて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

よつて同四一四条三八六条一項三号により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和三一年六月二一日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩　松　三　郎

裁判官　斎　藤　悠　輔

裁判官　入　江　俊　郎

昭和三〇年(あ)第三六二八号

弁護人五井節蔵の上告趣意

右の者に対する覚醒剤取締法違反被告事件に付、上告趣意書を提出して、左に其の理由を開陳致します。

第一点　抑も刑事訴訟法が第二百九十三条第一項に、「検察官は、法律の適用について、意見を陳述しなければならない」と、規定した所以のものは、すべて国民は、法の下にあつては平等で、……社会的身又又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されないと、旗鼓堂々と高揚宣言せる、憲法第十四条に則り、審理の終結に際し、検察官をして、審理の結果被告人を如何なる法規に照して、処罰せんとするのか其の点に付ての、意見を明らかにさせて、被告人の防禦権を擁護し、其の行使を全からしめんとする、趣旨に外なりませずして、単に裁判所をして、検察官に法律の適用に付、意見を陳述する機会を、与えさせんとする趣旨の下に、規定したものでないのは断言して憚りませぬ。さればこそ、刑事訴訟法第二百五十六条が被告人に送達せらるる起訴状には、罰条の記載を要件となし、且刑事訴訟規則第二百九条が、訴訟の経過により、訴因罰条の変更する場合、其の都度これを、被告人に知らせることにして、あるにも不拘、これを以てしては、未だ審理の終結に際しての、被告人の法律の擁護、十分ならずとなして、此の刑事訴訟法第二百五十六条、刑事訴訟規則第二百九条以外に此の刑事訴訟法第二百九十三条第一項の規定を設け、然も同法条第二項には、「被告人及び弁護人は意見を陳述することができる」と規定して、意見を陳述すると、否との採択は、一に被告人、及び、弁護人の自由としているのに、同法条第一項は、斯く検察官は、法律の適用に付て、意見を陳述することができると、規定しないで、上述の如く意見を陳述しなければならないと規定して、検察官には、意見陳述の自由裁量を許さず、訴訟法上

大城又は菲こと

被告人　裴　浩　測

の義務となして、被告人の弁護権擁護の徹底を、期せんとしていますので、由是観之刑事訴訟法第二百九十三条第一項に所謂、「検察官の法律の適用についての、意見の陳述」とは、刑事訴訟法第二百五十六条第四項に所謂罪名に適用すべき、罰条のみに止まらず、其の他当該被告事件を、処理するのに、適用を必要とする、一切の法規、例えば、刑の加重減免に関する、法規の適用に付ても、具体的に、且直截的に、意見を陳述するの意なりと、解すべきであります。

然るに、第一審の検察官は、法律の適用に付ては、唯単に、相当法条適用の上と、陳述せるに止まるのは、第一審第八回公判調書中の、検察官の意見、本件公訴事実は、被告人の当公判廷に於ける、供述並に各証拠により証明充分であるから、相当法条適用の上、被告人に対し、懲役壱年、罰金五千円に処するを、相当と思料するとの記載（記録第九十九丁裏）に徴し、寔に明瞭なれば、検察官は、法律の適用に付ては、未だ具体的且直截的に意見を陳述したとは、言うを得ませぬ。然らば則ち、第一審裁判所は、検察官の法律の適用についての、意見の陳述がないのに、審理を閉じて判決をなしたもので違法であり。然も該違法は判決に影響を及ぼすのは、明らかであるから、縦令第一審裁判所は、検察官に法律の適用に付ての、意見陳述の機会を与えたとしても、之が為、右違法は、是正せらるるものでないのは、刑事訴訟法第二百九十三条第一項の如上立法趣旨に鑑みれば、一点の疑もありませぬ。

然らば原判決が、刑事訴訟法第二百九十三条第一項に基き、検察官が法律の適用についての意見を陳述するに当つては必ずしも、当該被告事件に関する、一切の法令を具体的且直截的に挙ぐるには及ばず、要するに、当該事件に対する、適用法令についての、検察官の何等かの、意見を示せば足るので、一審検察官は、「相当法条を適用す」と、述べたに過ぎぬも、同法条項所定の意見陳述として欠けるものとは、なし得ない。のみならず、本来検察官の法律の適用についての、意見の陳述は、裁判所において、検察官に対し、その機会を与えれば足るので、検察官が、右意見の陳述をなすと否とによつて、当該公判手続の効力が、左右されるものではない。されば、一審裁判所の訴訟手続には、違法がないと判示したのは不当で、其の然りとする理由に付ては、一言半句も言及しておらぬので、その了解に苦しまざるを得ませぬが兎に角原判決は、憲法第十四条に背反するのは勿論であるのみならず、法規所定の手続をも践行せずして、被告人を処刑したもので憲法第三十一条にも、違反するから、原判決は、破棄するのが当然であります。

第二点　第一審判決は、判示犯罪事実を認定するに当り、押収に係る覚醒剤、注射液二ccアンプル入、六千七百四十五本（昭和二十九年領支第六十二号の一）を、証拠として挙示せるも、該覚醒剤は、被告人に対する覚醒剤取締法違反被告事件以外の別件に付、裁判官の発した捜索差押許可状に基きて、差押えたものであるのは、横須賀警察署司法巡査斎藤実の作成に係る、捜索差押調書（乙）の、押収品目中の、被差押人、差出人又は、遺留者の氏名住居欄に、横須賀市本町三の十八小泉ヨシ子と記載しあり、所有者の氏名住所欄には、同上と記載（記録第二一、二二丁表）しあるのに徴せば、一点の疑もありませぬ。従つて斯る別件に付て、差押えに証拠物件を断罪の資料に供せんとするには、裁判所は、須らく篤と証拠調の請求を為した、検察官をして、被告人又は弁護人に、展示等させて、其の証明力を争うに必要な、適当の機会を与えた上、其の請求に対し、被告人又は、弁護人の意見を聴き、其の同意を得て初めて、証拠に採用する旨の、決定をしなければならぬのは、刑事訴訟法第三百六条、第三百八条、刑事訴訟規則第百九十条等の規定上、寔に明瞭であります。然るに第一審裁判所は其の挙措に出でなかつたのは、第一審第九回公判調書（記録第一〇七丁表）には、証拠調別紙記載の通りと、記載しあるのみで、然も同公判調書の末尾に編綴してある、別紙の書類（記録第一〇九丁表）中の、立証趣旨、並に、同意不同意の別、意見又は異議の申立の各欄は、孰れも空白になつてあつて、何も記載してないので、第一審裁判所は、如上法規所定の証拠調の方式を、践行しておらぬのは、一点の疑もありませぬ故、第一審裁判所が之を採つて以て、本件有罪の証拠資料となしたのは、違法で然も該違法は、判決に影響を及ぼすのは、明らかであるのに、原判決は該押収物件については、一審第九回公判調書の記載によつて、明らかなように、同公判において適法に、その証拠調が行

われているのであるから、たとえ、それが本件について、差し押えられたものでなくとも、これを本件断罪の資料となし得ること論を俟たないと、判示したのは、不当であつて、こは、畢竟原審が何人も法律の定める手続によらなければ、刑罰を科せられないと、規定してある、憲法第三十二条に違反して、判決したことに、帰するを以て、原判決の破棄は到底免れませぬ。

第三点　本件押収物件の覚醒剤は、原判決の説示の如く、司法警察員の作成に係る捜索差押調書（乙）の記載（記録第二一丁裏）に徴すれば、小泉芳子（小泉ヨシ子こと）の所有に属するかのように思はるゝも、

(1)　司法警察員の作成した小泉芳子の供述調書中の、「七」そのヒロポンの風呂敷包について、申上げますと、私は、全くそのヒロポン入りの風呂敷包については、知らなかつたのであります。その訳は昨日私は、午后一時頃より、久里浜にある保全相互と云う金融会社に、日掛貯金の満期になつた、掛金がありますので、取りに行きまして、午后六時迄でねばつて、やつとの事で一万円を取りまして、午后七時頃店に帰つて参りました。すると、昨晩はベースで、ボーナスが出ましたので、特に店が忙しく夕飯も喰う暇もなく、働いて居つたのであります。風呂敷包は、その間に子供常美が八百屋に買物に店を空けて、出かけている留守中に、以前店に一、二回飲みに見えた、元リンタク屋の安針塚部落に住んでいると云う、朝鮮人の大城さんとか云う男が無断で置いていつたらしいのです。（記録第二四裏、二五丁、表）私は、その呂敷包を知つたのは、午后七時頃久里浜より帰つて来て、間もなくカッポー着を、着替へる為め、二階に上りました時二階の八畳の窓の近くに、風呂敷があつた事は見ました。而しその中には、何が這入つているか、調べませんでした。そして、子供に尋ねて、大城さんが置いていつたらしい事が判つたのであります。私はその包の中はピーコートが包んであると思いました。それは、その大城さんが、以前店に一回リキ車を曳いている頃、ピーコートを預けていつた事がありましたからそう思いました。「八」そのヒロポン入りの、風呂敷の所有者は、大城さんと云う訳は、子供

常美が、八百屋から帰つて来た時、その大城さんが、二階より降りて来るのを見かけましたからで、その時刻は、子供に尋ねなければ判りません。又その時子供にその大城さんが、何を言つたか、又言なかつたかも判りません、との記載（記録第二五裏、二六丁、表）。

(2)　司法警察員の作成せる、小泉芳子の供述調書中の、「一」、私が先程御調べの際、私の家にヒロポン入りの、風呂敷包みを置いて行つた、大城さんと云う人は、只今拝見した、御署のカードの、襄浩渕と云う、男の人に間違ありません。その時、市警本部保管、横須賀旅客軽車輛操車免許台帳第十八号、本籍明鮮慶尚北道慶山郡慈仁面邑川洞、住所横須賀市坂本町一の三五赤井方襄浩渕、大正六年九月二日生、写真入りを提示した、（記録第一四丁表、裏）。「二」次女恒美にも、只今一緒に見ていただきましたが、確かにこの男の人だと申して居りますから、相違ありません、（記録第一四丁裏）。

(3)　司法警察員の作成した小泉芳子の供述調書中の、「一」昨年暮御調を受けました、ヒロポンの事について、その后の事を申上ます。子供達の話に依りますと、その大城と云う朝鮮人は、私の店の家宅捜索のあつた、あの翌朝店に、その品物を取りに見えたそうです。ですから、大城さんに間違ありません。（記録第一八丁裏）……「三」、又大城さんが、あの品物を二階に預けた時、私の娘恒美は、勿論見て知つて居りますが、尚その時丁度私の二階を間借して居る、ひいちやんと云う女の人も、その丈の高い裏姿を、確かに見かけたと申して居りますから、大城さんに間違ありません、……との記載（記録第一八丁裏）。

(4)　検察官の作成に係る、小泉芳子の供述調書中の、私の不在中元輪タク屋をして居つた、大城と云う人が置いて行つたもので、それは次女恒美が居る時に、大城がだまつて座敷に置いて、行つたらしいのです。私の処は、飲食店ですが覚醒剤を預る様な事は、致しませんとの記載、（記録第二〇丁表、裏）。

を閲査すれば、被告人が小泉芳子の留守中、無断小泉芳子方の二階に、預けて在つたもので、小泉芳子は、其の所有権者でないとするも、被告人が預り人だとの所以を以て、被告人を其の所有権者だと速断するのは、聊か早計に失するの憾あるばかりでなく、本件押収物件の覚醒剤の所有権者は他にあつて、被告人は、単に其の預り人であるに止まるのは、検察事務官伊井金彌の作成した、被告人の供述調書中、の私はこれ迄嘘を云つて居りましたが、風呂敷包の覚せい剤、約二、三貫目位を持つて居り、それを二十八年十二月二十一日頃、小泉と云う飲屋に無断で預けて、行つた事は、間違いありません。ヒロポンを扱つていけないと云う事を、良く知つて居ります。ヒロポンの持主は輪たく屋をして居る時に知つた人です。私の嘘を云つたのは、何んの理由があつた訳ではありませんとの記載（記録第六五丁裏）に照せば、聡と確知せられるのに、原判決が、被告人に預けた者が、誰人であるかを、明らかにしていない点等を云々して、被告人は、単なる預り人であることを、否定し去るのは、失当であり、従つて本件押収物件の覚醒剤は、刑法第十九条第二項に所謂、犯人即ち被告人以外の者に、属せざるものと、云うを得ぬのは、理の当然であります。仮に其の所有権者の所在不明で、還付不能であるとしますれば、刑事訴訟法第四百九十九条には、押収物の還付を受けるべき者の所在が判らない為、又はその他の事由によつて、その物を還付することが、できない場合には、検察官は、その旨を政令で定める方法に依つて、公告しなければならない。公告したときから、六箇月以内に還付の請求がないときは、その物は、国庫に帰属すと、規定してありますから、斯る所有者の所在不明の押収物件に付ては、裁判所は、須らく刑事訴訟法第三百四十六条に則り、押収を解くの処措に出で、検察官は、其の執行として、右刑事訴訟法第四百九十九条所定の手続を践行すべきであります。従つて所有権者不明の押収物件を、還付不能の所以を以て、刑法第十九条第二項に所謂、犯人以外の者に、属せざる場合に、包含せしめんとするのは、正鵠を得たものではありません。然らば則ち、第一審裁判所が、本件押収物件の覚醒剤を、刑法第十九条を適用して、没収したのは、法令の適用を誤つたもので、然も該誤は、判決に影響を及ぼすのは、明らかである

にも不拘、原判決は、一審裁判所が前顕押収物件を、被告人以外の者の、所有に属せざるものとして、刑法第十九条を適用して、没収したのは、正当であると、判示したのは不当で、こは、畢竟法律の定むる、適式な手続を、践行せずして、被告人に加罰したるに帰し、憲法第三十一条に、違反する故、原判決は破棄すべきであります。

第四点　刑事訴訟法第三百三十五条に有罪を言渡すには、法令の適用を示せと、規定してあるのは、裁判の公正を保持し、被告人の利益を、庇護せんが為であるから、茲に所謂法令の適用を示せとは、被告事件を処理するのに、適用を必要とする法規は、刑法総則の規定たると、否とを問はず、一切を挙示するを、要するものと、解すのが当然で、然も没収は、其の対象が、刑法第十九条第一項第一号乃至第四号の要件を、具備するときに限る故没収を為さんとするには、該要件の何れかに、該当するかを、明示するを要すとなすのは、刑事訴訟法第三百三十五条の、立法趣旨に鑑みれば、一点の疑もありません。然るに、第一審判決は、其の判示覚醒剤を、没収するに当り、右要件の何れに該当するかを、判示せずして、唯漫然と刑法第十九条のみを、適用して没収したのは、判文上明白であるのに、原判決が第一審判決を通読すれば、其の判示犯罪行為の、組成物件であることが、明らかであるから、第一審判決は、刑法第十九条第一項に基き、これを没収したものであることを、推知するに難くないから、第一審判決には、理由不備の違法がないと、判示したのは、失当で、原判決は、結局法規所定の正式の手続を、踏襲せずして、被告人を所刑したことに帰し、憲法第三十一条に悖戻するを以て、破棄は免れません。

第五点　被告人は、昭和十一年団体徴庸にて渡日し、爾来関西方面で、土工に従事したり、海軍徴庸工として、船舶に乗組んだりして、蚤夜職務に淬勉自彊し、終戦後は、鹿島組の自動車の上乗、追浜方面の水道関係の工事、鉄屑の買出等に従事し、苦心精慮夙夜職を思い、黽勉之れ勗め、其の效空しからずして、貯蓄も出来たので、駐留軍相手に免許を得て、輪タク屋を営んでおります者で、被告人も己れの非違の深きに、慨惕として悚懼し、俯仰天地に愧ざらんことを期して、堅

く心に更生を誓つてゐり、被告人が実刑を科されますれば、被告人の家族は、恰も一家を支える大黒柱を失つたも同然で、全く大厦の将に倒れんとするや、一木の支うる所に非ずで、直に漂白流離の最底に転落し、果は其の日其の日の生活にも窮し、茫然として零丁孤苦を歎ぜざるを得ざるに至るのは、蓋し必然でありますのは、司法警察員の作成した被告人の供述調書中の、「四」経歴、私は……昭和十一年に団体徴庸工として、船に乗つて居りました。私が横須賀に参りましたのは、昭和二十一年で、その当時は、鹿島組の自動車の上乗などして居る内に、追浜方面で、水道関係の仕事を見つけて、その仕事を始め、約一年間位して居りました。そして、その后は古鉄屑の買出など、リヤカーを曳いて、商をして居ります内に、駐留軍相手のリンタク屋を始め、其の后免許迄、載いて、現在迄、引続き働いて居るのであります。……「五」、家庭の状況、私の家族としては、妻福田ふく乃三十四歳、長女大城みえ六歳、二女大城かほる三歳の三人で、私共四人暮しであります。……との記載（記録自第五六丁裏、至五八丁、表）に徴し、容易に察知し、得らるるのみならず、刑法上の所謂前科もなく、然も、本件覚醒剤は、他人の物で、被告人は、単に預り所持していたものに過ぎぬのは、検察事務官伊井金彌の作成せる、被告人の供述調書中の、……ヒロポンの持主は、輪タク屋をして居る時に、知つた人です……との記載、（記録第六五丁裏）に依れば、極めて明瞭で犯罪の情状洵に憫諒に値し、改悛の情も顕著にして、再犯の虞も前科もないのに、第一審判決は、被告人を懲役十月、罰金弐万円に処して、懲役刑に付、執行猶予の恩典に浴せしめなかつたのは、客観的に観察して科刑甚だ重きに失し、被告人の意に反して、苦役せしめんとするもので、正義に反すと謂うべきであります。然るに原判決は、記録を検討し、本件の罪質、犯情、被告人の境遇、生活状態、その他諸般の事情を綜合考察すると、被告人に対する、第一審裁判所の量刑が重きに過ぎるとは、認め難いと判示したのは、失当であります。尤も憲法第十八条に依れば、犯罪に因つて処罰する場合は、其の意に反して、苦役に服せしむるも、差支なきが如く、思惟せらるるも、こは、皮相の観察にして、客観的に検討し、飽迄処罰の適正、公平、妥当を期することを前提とするもので、其の限度を逾越しては何人と雖其の意に反しては、絶対に懲役等の苦役に服せしめられぬのは、理の当然で、客観的に観察し、前顕刑の重きことは、叙上の如くなる以上、原判決は、憲法第十八条に背反するを以て、破棄するのが、当然であります。

以　上

昭和三〇年(あ)第三六二八号

被告人の上告趣意

覚せい剤取締法違反被告事件についての上告趣意書左の通りであります。

一、右覚せい剤は被告人の品物ではない事は事実であります。依つて無罪であることを主張いたします。

一、被告人は無学であるため等の理由により安定した職業につく事も出来ず止むを得ず細き収入ではありますが輪タクを引いて生計を維持して居ります。

一、被告人の次女薫こと長期の病気にかゝり又被告人も盲腸手術並に痔疾のため生活保護法に依り生活扶助を受けて居る有様であります。

一、万一被告人が刑罰を受けるような事があれば残る家族三人は全く生活に窮しますと同時に今春進学する長女に悪影響を及ぼしますのみならず又親族に対しても誠に申訳なく親族一同も此点特に心配して居る次第であります。依つて無実の罪はあくまで無罪を主張いたします。

一、被告人は過般の大東亜戦の最中海軍に徴用され海員となり空襲弾雨の下、しかも潜水艦が縦横無尽に横行する中を日本艦船と共に大なる使命を果すため出来得る限り活躍した事は事実であります。終戦に依り下船解除となつてのであります。

一、終戦後も生活のためには随分苦労いたしましたが昭和三十年夏日本国籍に帰化し福田島吉の養子となり今后は世界平和と人類の幸福並に社会福祉等のために貢献すると共に日本の国運発展と再建のために努力いたす所存であります。

被告人　大城又は裴浩浿

右の事情御賢察の上特別の思召を以て何卒公正な御審議により御寛大な御判定を賜わりますよう懇願申上げます。

以　上

昭和三一年(あ)第九三号

決　定

本　籍　茨城県真壁郡明野村大字中上野七二八番地
住　居　東京都渋谷区代々木富ヶ谷町一五三七番地
左官職　岩　渕　清
昭和三年八月一一日生

右に対する強盗傷人、窃盗、窃盗未遂被告事件について、昭和三〇年一二月一三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

弁護人小林亀郎の上告趣書第一点は判例適反をいうが、原審の是認した第一審判決は犯罪の時を明示しているのであるから、所論は前提を欠き、同第二点は単なる法令違反の主張であり、同第三点は判例違反をいうが、引用の判例は本件に適切でなく、被告人本人の上告趣意は事実誤認、量刑不当の主張であつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。（刑法四二条一項の刑の減軽は、裁判所の裁量に属する事項であつて、刑訴三三五条二項に所謂法律上刑の減免の理由となる事実には当らない。）

昭和三一年六月二一日決定　昭和三一年(あ)第九三号

昭和三一年六月二一日決定　昭和三一年(あ)第九三号

よつて同四一四条、三八六条一項三号、一八一条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和三一年六月二一日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　岩松三郎

昭和三一年(あ)第九三号

弁護人小林亀郎の上告趣意

第一点　原判決は判例違反の違法がある。

従来の大審院判例によれば犯罪の時はその犯罪に適用すべき法律を定むる標準となるものなれば犯罪の時に関する記載を全然欠如する判決はその擬律の当否を監査するに由なし、然らば犯罪の時は犯罪の構成要件に非ずと雖も必らずや判決に之を表示することを要するものとす。（昭和七年(れ)第二二六号、同年五月三日大審院第四刑事部判例集第十一巻五六五頁。）

而して原判決の認めた第二の犯罪事実は一乃至七の窃盗に関する事実であるが窃盗に関しては盗犯等の防止及処分に関する法律があるから特にその時を判示することを必要とする。本件は単に刑法第二三五条のみを適用してあるから前叙法律の適用あるものではないとしても、時を判示しなければ其擬律の当否を判示するに由なきものであるから本件は正に前示判決に違反した不法のものであるから破毀を免れない。

第二点　原判決は法令の解釈を誤り刑の減軽をしない事は著しく正義に反するものである。

本件に於て第一審公判廷に於て弁護人は「被告人は進んで自供して居り更生を誓つていると思はれるのであるから前科を有するも減軽して寛大なる裁判を求める」といふてゐる。

而して原判決も此点につき調査した結果によると、「被告人は本件で検挙される以前にも東京都千代田区神田警察署に本件強盗傷人事件のほか神田警察署管内の強盗事件……の犯行について自首した……」と判示してゐることが明白である。従つて本件に於て自首する以前に於て既に自首したものであることが明白であるから刑法第四二条の自首といふこと

被告人　岩渕清

はそれが不起訴になつたからといふてそれが為め自首でないといふことにはならないから刑法第四二条を適用して刑の減軽をしなければならないこと論を俟たない。従つて同条を適用すれば当然減軽せらるべきに拘はらず之を適用しないことは法律の解釈を誤り著しく正義に反する裁判をしたものであるから原判決は此点に於て破毀せらるべきものである。

第三点　第一、二審判決は判例違反の不法ある。本件に於て第一審の訴訟手続に於て弁護人は本件は自首によるものであるから減軽せらるべきものなることを主張し、第二審判決も被告人が本件で検挙される以前に於て自首したることを認めてゐるのだから第一、二審裁判所は刑法第四二条を適用すべきものである。

而して従来大審院の判例によれば

検事が事実を審理する裁判所の公判に於て被告人の犯罪は心神耗弱中の行為なるを以て法廷の減軽を為すべきものなる旨を陳述するは刑事訴訟法第三三五条二項に所謂法律上刑の減免の原由たる事実上の主張を為すものに該当し、その陳述が証拠調終了後事実及法律の適用に付意見を述ぶる場合に在りたると他の場合に在りたるとに依り性質を異にするものに非ず（大正十三年(れ)第二三七九号・同十四年三月十四日大審院第四刑事部、判例集四巻一六二頁。）と判示してゐるので本件に於て弁護人が自首による減軽を主張したのだから前示判例の趣旨に基き刑法第四二条を適用するや否やを判断しなければならないのに拘はらず第一、二審裁判所は之を看過したのは前示判例に違反した不法があるから破毀せらるべきものである。

以　上

昭和三一年(あ)第九三号

被告人の上告趣意

私は強盗傷人等被告事件に依り昭和三十年十二月十三日東京高等裁判所に於て懲役七年並び一年六月・未決通算六十日を言渡された者で有りますが、昭和三十年十二月二十六日最高裁判所宛に上告申し立てを致しました。

左の通り上告趣意を申し上げます。

一、事件に就いての真相を詳細に陳述致します。

私は昭和二十九年十二月三十日上野警察署員に逮捕され強盗傷人等被告事件にて昭和三十年七月三十日東京地方裁判所に於て懲役七年並び一年六月の判決を受けましたが、此の裁判に対し私は誠に腑に落ちず曖昧模糊の言渡しなので理解がゆきませんから同年八月一日に控訴致し九月七日に高等裁判所宛に趣意書を提出致しましたが、十二月十三日の判決に於て原審通りの刑に算入すべく未決通算六十日を言渡された外なんらかの恩典に浴する事なく此れを棄却されました事に就き茲に新めまして上告を致し厳密なる御探索をお願ひすべく再度に趣意書を提出致します次第で有ります。

一、所論はいずれも原判決の誤認を主張するもので有るとのお調べに依り棄却されましたが此方に於て判決謄本の下附を願ひ、其の記録を拝読致しました結果茲にも尚腑に落ちぬ記載が有りますので重ねて申し述べます。先づ第一に本件事件とされました強盗傷人等の事件に就いては昭和二十七年八月中旬頃千代田区神田警察署の鉄砲塚主任さんに一度調べられ嫌疑を掛けられましたが、此の事件に就いては疑いもとけて起訴されずに解決済みとなつたもので有ります。それにも拘はらず此の度びの上野警察署に於ては真実で有り証拠に依つて明白と言はれまして調書を取られ事件とされました次第で有ります。此れは幻聴とでも申しませうか、或る程度私の間違つてゐた告白が恐しい罪となつたのかも知れません。併し此

被告人　岩　渕　清

の事件は本当に私で無い故、此の罪状を考へ思へ浮べると空恐しい想念が脳裡を横切る為に全く理解に苦しみます。まして現在の私は尚更の事で有ります。

一、此の事件に就きましては前趣意書にも申し上げて有ります通り実際私は此の事件に関しては何んの関係も有りませんので判決謄本等に載せられる様な証拠など倒抵有る筈は有りません。尚裁判の時に於てそれを認定され、原判決の挙示の証拠の標目に依つて補強に足る証拠で有ると言はれましたのです。併しその証拠と申します品を一度でも法廷に於て見せた事は有りませんのですがそれで事件にする事が出来るのでせうか、私は茲の処が誠に怪訝に思はれてなりません。此の証拠と申しますのは、私が昭和二十七年に神田警察署に於て取調べに出た時に（斯う云ふ金庫を持ち出したろう）〃と〃言つてゐた刑事達の言葉で有つて現在の警察の刑事達が捜し出した物では有りません、唯私が意地悪い刑事達の凄惨な訊問に対し揶揄い気分で申し上げた迄の事。併し幾ら私が虚偽の弁説で申して見た処でなんで事件とする理由が有り得ませうか、全く迷惑と致します処です。第一此の度びの裁判に証人として呼び出されました神田警察署の鉄砲塚主任さんの言葉にも証言されました通り私にはなんの罪も有りませんのです。此の事件に関しての理由は控訴の折り詳細に申し上げて有りますのでお取り寄せになつて御拝読願ひますれば良くお解りになつて戴ける事とは思ひますが茲に若う一度申し上げて見ませう。

一、時期は昭和二十七年八月中旬に東京都千代田区神田警察署に於て逮捕されました時本件の強盗傷人外神田警察署管内の強盗事件や宮城県下で犯した強盗事件とか、現在逮捕されました時に調べられました池上にての強盗殺人事件や上野池ノ端で夜の女を殺した事件とか、浅草松屋裏で犯した自動車強盗事件又は上野車坂で犯した強盗事件等で有ります。此の右の事件等は皆検事さんに詳しく事実の儘を申し上げて有りますから茲には詳細に申し上げませんが、若し現在事件となつて居ります強盗傷人等が事件となるならば何卒此の事件が事件にならぬのだろうか、私は全く不思議でなりません。尚又

此の事件中幾ら偶然に証拠らしき物品が調べ中に出たと云つても、それは唯神田警察署の刑事達が口に出して話した言葉に過ぎないではないか、併しその証拠品に私の指紋などが有つたのなら致し方ないと思ひます。だが若しそうで無かつたのなら唯々人様の出鱈目の言葉を信頼して受け取る事になるのではないでせうか。そうならば私が今回茲に於て此の事件に関する犯人らしき者を見たと云つたなら（即ち当時の出来事と見た儘の模様を詳細に記して見たなら）正直に受け取つて戴けるでせうか、恐らくその真相を判然りと確める事である事でせう。私は実に残念です。就きましては、その模様を詳細に記して見ませう。

丁度彼の日は小雨の降る日で全く陰気な日でした。其れ故私は新宿の和田組マーケットで飲んで居つたのですが、余り降らない中に帰ろうと思ひ一諸に居た栄坊を連れて駅前まで来たのです。併し私は持ち合はせの金が幾膜も無いので帰る前に少しでも稼いでからと思ひ向し又栄坊を誘つて駅前依り、中野の鍋谷横丁の方へ向いて歩いて居つたのです。〃と〃その中栄坊が私に此処へ入ろうと（忍びにて）云つて裏通り側に有つた板塀を乗り越へたのです。それを見て私もすぐ後に続いて乗り越へて入つたのです。処が中に有つた母家風の建物は中々厳重で戸が開かず入る事が出来ませんでした。それで仕方なく私は出ようと思つて元の塀の処まで戻つたのです。処が栄坊はその家と隣りとの境へに掛かつてる塀に乗つて一生懸命に手真似で私を呼んで居るのです。私は何気なしに彼の傍へ行き同じ塀に乗つて見たのです。〃と〃その塀の中の建物（一見事務所風）の中の部屋では中年の男が一生懸命と金を数へてはテープで束にし傍の机の上に有る金庫の中へ収めて居るではないでせうか。それを見て私は慾しいなあーとその慾望にかられ見て居つたのです。処が間も無くその男は金の数へをやめ直ぐ傍に立つて見て居つた五十年配の人に何か語つて居つたが金を収めた金庫風の物を持つて直ぐ隣りに有る室に入つて仕舞つたのです。その室の中は外からは暗くて判然り解りませんが、手前の事務所風の中は明るく部屋一面に見えました。その為か中年男が去つた後の机の上にはまだ別の金庫が載せて有り、その傍には年配の男がまた居

り何かして居りましたが、その男も間もなく裏の広場の方へ出て行きました。それを見て私達は今の中と思ひ、事務所と塀との間の三尺程有る路地へ降りたのです。それから少しの間、様子を見て居つたのです。ですがそれも束の間でさつき出て行つた男が同じ裏口から、二尺五、六寸位の薪様の物を持つて入つて来たのです。その時私は部屋の中に有るストーブにでも燃やすのかと思つて見て居つたのです。処が相手で無くその男は中年男が入つた室の方へ歩へて行つたのです。私は唯その時は早く何処かい行けば良いと思ひ見て居つたのです。だがその男は中年男が入つた入口の硝子戸の上から中を覗えて居り中々出て行きそうも有りませんので、私達は帰ろうと思つたのです。併しその時年配の男は覗えてゐた硝子戸を静かに開けて中に入つて仕舞つたのです。それを見て私達は〝しめた〟と顔を見合はせたのです。だがそれも許されずその男は直ぐ出て参りましたのです。その時その年配者の腕の中には前に持ち入つた金庫が有り、右手には自分で持ち入つた薪様の物をさも邪魔の様な手つきで持つて居りました。金庫と薪様の物を持ち出た彼は事務所内に入ると直ぐ、その棒即ち薪様の物丈け事務用机の下の処へ置いたのですが、大した気にも止めず、元入つた処の塀を乗り越へて出て仕舞つたのです。ですからその時あの会社でどの様な事が有つたから、全く解りません／次第で有ります。処がその後の新聞や八月中旬に私が神田警察に逮捕されて始めて強盗傷人と解つたのです。神田警察署の署員達は一時「その事件はお前だろう」と言はれたのです。併し此の件は調べた結果私で無い事が解りました次第で有ります。

此の事件は無罪となつたので有ります。以上斯様な解で有りますが、それが、如何したのか今回逮捕され事件とされました次第で有ります。

それ故私は玆に於て再度に渡り上告を致しその趣意を申し述べます次第で有ります。裁判長殿、此の様な解で有りますが故、此の言葉を正しいものと思ひ下されまして、どうぞお受け下され、其の上にて厳密にお調べ下さいます様平にお願ひ致します者で有ります。

一、尚被害地とか言はれる本件の強盗傷人の現場へ連れて行かれた時も現に私はその道順すら判然り分りません次第で有りました。それを、私は刑事の案内でようやく解つた次第で有ります。そればかりではなく、実地検証の折りでさへ、どうやつたのか解らぬのに被害者や刑事達の行動で定められて仕舞い調書等を書きあげられて仕舞つたので有ります。私は本当に残念でなりません。裁判長殿、私は本当に此の様な事件を犯した覚えは有りませんのです。ですから今回に於ても上告致し判然りと明白にして戴き度く玆に詳細に記しまして御願ひと致します次第で有ります。

一、次ぎに申し上げます事は当時の顚末で有つて別に作り言葉で有りません故疑心暗鬼の心でなく正しい言葉としてお受け取り願ひ度いので有ります。実は私は上野署に逮捕されました当時は麻薬やチクロバン、ナトリユーム等の中毒で有つて酷い憑物に有つたような状態で毎日の刑事達の言葉を満足に訊き取る事が出来ませんでした次第です。ですから調書等を取られるのにも唯々心の責苦が非常な混乱と化して言はれる儘の状態でデッチあげられて仕舞つたので有ります。此の事は今更私が申し上げる迄も有りません、既に当時の検察官で有る池浦検事さんが良く御承知の事と存じます故。併しその私が何故此の様な破目になつたかと申しますと、それは大ぜいの刑事達の脅し言葉や責苦に圧倒され悲惨にもまけて恐怖病に憑かれてか、私の心は廃れて抗議を申し込む力が無くなつて仕舞つたので有ります。併し刑事等は私が薬など射つて居る事は知らなかつた様子です。何故ならば薬の事は一切私も申し上げなかつたし、又、苦しい気持を一生懸命と我慢しおさへて居つた為でせう。若し相でなかつたなら、その薬の件が恐らく現在の事件等と共に細かい刑事達の為に起訴された事でせう。此の様な解で検事さんの調べに対しても刑事達同様に私は詳しく当時の顚末を語る気力が無く依怙地になつて私は曖昧模糊の証言をしたが為検事さんは刑事達の調書の通り書きあげて仕舞つたので有ります。尚此の調書等を書きあげる当時、私の証人、参考人として、神田署の主任さん始め上野署の主任さんや部長さん、刑事さん等外江東区高橋町に住む旅館（小泉別館）の主人さん等の幾人もの方達が呼び出され調べられました事が有るのですが、恐らく今の事件に

対しての彼等の証言は有りのまゝを正直に申し開きを致された事でせう。その証言をどんな風に解釈されてか、依然として私の申し上げる言葉を反対されて受け取つて戴けないのです。裁判長殿、此んな不解りな法的根拠が有り得ませうか、此んな陰険なやり方が有り得るでせうか。どうか玆の処を充分に探索の眼を向けて戴き度いのです、私にはとても背負ひ切れません故。

一、次ぎに窃盗並び同未遂事件の真相を陳述致します。それは原判示第二の㈡の窃盗の事実は自己の犯行で無いと述べ、其の解を詳細に前趣意書に筆めまして提出致したのですが、昭和三十年十二月十三日の公判に於て裁判長依り此れは原判決挙示の証拠に依れば前期各犯罪事実を肯認するに充分で有つて記録を調査し且つ当裁判所で行つた証拠調べの結果に依つても原判決の折には所論の様な事実誤認が存するとは認めないから論旨はいずれも理由が無いものと認め此れを棄却すると言渡されたのでその理由を玆に若う一度申し述べます故、どうぞお調べを詳細にお願ひ致します。此れは昭和二十九年九月頃の出来事で私がまだ神奈川県足柄上郡南足柄町中沼に出張致して居りました、大成建設に居りました時の出来事で有ります。当時私は休みを理用してよく東京へ出て来ては隅田公園内に住んで居る人達に食物等を与へて居つたのです。その巣食ふ彼等の中に元鳶職だと云ふ男に同情し仕事する気が有るなら何時でも世話してやると、再度に申して見たのです。併し彼等には彼等の生活と云ふ物が有るのか一向に私の同情に乗つて来ず帰つてその甘い行為に縋りつくだけで、働く気持は更々持つて居りませんでした。併し幾度もの私の行為（誠意）に感じてか、九月の休みに上京した時鳶職で有る彼だけが働くから連れて行つて呉れと云ふので、私は嬉しく思ひ真実の言葉で有る様祈り乍ら其れでは早速だが、明日帰るから用事が有るなら今の中に済ませて置けと申したのです。其の夜半彼は「一寸行つてくる処が有るから待つてて呉れ」と云つて私を待たせた儘出掛けて行つて犯して来たのが此の事件で有ります。彼は出掛けてから数分後して戻つて参りましたが何故かそわ〳〵してゐて落着きが無いので私は心配してどうしたのかと訊いて見た処彼は片手に持つてゐるズ

ボン等を見せて、今其処のアパートから戴いて来たのだと半ば震へながら私に語つたので私は吃驚り致しましたが、併しその時は曝露せずにいて呉れゝばと、その事だけで一杯でした。併し其の時はなんの異変も無く済んだので安心してたのでしたが彼は汚れたズボンでは行くのにも気がひけるから洗濯してからと盗つて来たズボンを変りに入いて居る処を翌朝早く直ぐ傍に有る、言門橋の交番の巡査に逮捕されて仕舞つたのです。だが私達には何んの関係も無いのですぐ帰されました次第で有ります。鳶為参考人として交番に呼ばれ調べられました。職で有る彼もどうしたのか、私達が帰つて間もなく戻つて参りましたが、其れ以上事を荒立てる事もないと、私だけの胸に収めて居り一刻も早く此処を立ち去る可きと彼を促がして私はその場を去り神奈川の現場へ帰つて仕舞つたので有ります。

唯々被害者と云ふ墨田区向島三丁目二十三番地の大野清殿の作成した被害届の点が実に私には腑におちないので有ります。何故ならばあの被害届に有る様な品が今でも尚盗られた様になつて載せて有るではないですか、実際私は此の件に対して憤訴致して居る次第で有ります。此れと申しますのは当時私が言門橋交番へ呼ばれ参考人として調べられ時にあのギヤバジンのズボン等は巡査の机の上に載せて有り、それを私の見て居る前で被害者と云はれる大野清氏に巡査が還したではないでせうか、私は確かに此の両眼で判然り見て居つたのです。ですからそれを再び持ち出して現在でも盗られて居る様に見せる腹黒き彼等（被害者や刑事達の事）の此の行ひは何んとする事でせうか、全く私には納得の仕様が有りません。裁判長殿、此の行ひを一対なんと処置して下さいますか。私は正しい事は正しいと最後の最後までも申し上げる者で有ります。

玆で若し万が一にも私が被害者と対面させて戴ける事が出来るのなら絶対にあの時の事を明白に申し述べて白黒をつけ

て見せる自身が私には重重有ります。裁判長殿、此れが法的根拠の置く可き道で有り得ませうか、どうか此の点を充分にお調べになつて戴き度いもので有ります。

右斯様な解で有りますので私は此の事件に対しても矢張り第一の事件同様に絶対的に無罪を主張する者で有ります。

一、次ぎに第二の同判示(ロ)の窃盗未遂の事件は前控訴趣意書に窃盗の意志は無く唯傍に居つた丈けで何んの関係も無い、と主張致して居つたのですが、いずれも理由が有るものと認められず棄却されましたが此の事件も(ニ)の前事件と同様に全く関係が有りません。此れは当時共犯とされました高橋守が私以外の者と一諸に行つたが為に共犯と間違へられて逮捕されました者で有ります。此れは昭和二十九年十二月三十日午后三時頃の事で有りました。当時私は矢張り前同様に大成建設に居つた時で有りましたが、此の頃は怪我の為に公傷で休暇が有り上野の葵部落の神坂の小父さんと云ふ者の処へ来て居つた時の事で有りました。

神坂の小父さんと云ふ人は酒の為誤つて大火焼をしたとかで、何時も小舎に寝て居るせいか食費代にも困つて居つた次第で有ります。

其処へ私が参つたと云ふ解で、何時か世話即ち面倒を見てやる義務が有る様な気がし私は数日一緒に同棲致して居つたのですが何しろ私も公傷で休んで居る次末で此れと云つて働きも無く持ち合せて居る金も僅かになりましたので、洛い洛い遊びに来てゐた高橋に、金の出来る処が無いものかと相談致しました処、高橋は「お金なら出来る処が有るが俺一人で行くのは厭だから一緒にくるなら案内する」と口を濁しましたので私は早速頼み、彼の云ふ通りに着いて行き被害現場と云ふ場所へ参つた次第で有ります。其の現場が現在事件となつて居ります上野国立博物館で有つて何んの為に何んの目的にその現場へ着れて行かれたか、私には一向に理解がゆきませんでした次第で有ります。ですが高橋守は此の博物館に入つて仕舞つたので、私は遅れ馳せ乍ら彼の後を追ふ様に門を入つた次第で有ります。其の時私は同日何かを盗られたと云

ふ為に張つてゐた国立博物館衛士長関口利永氏始め上野公園内の東照宮交番の巡査に逮捕されました次第で有ります。

前期の事は一切解らず其の儘私は本署に連行されました次第で有ります。

本署（上野警察署）に連行された私は始めて何んで連れられて来たかが解つた次第で有ります。それは同日高橋守が私と会ふ前に他の者と組んで何かを犯して来たと云ふ事で有ります。その為私には全然関係が無いがその共犯と間違へられて逮捕された次第で有ります。

それ故此れと云つて私には詳しい経緯は知りませんから唯此の趣意には詳細に内容を申し上げる事は出来ませんが、恐らく起訴状や判決謄本等に載せて有ります通りの事等を彼等が犯して来たのではないでせうか、と斯様に私には思はれます。併し何故、私が共犯とされたかと申しますと、高橋守は調べ刑事に対し、私でなく石川と云ふ者と組んでやつたと申し述べれば何も私は共犯とされて一諸に勾留されずに済んだので有ります。併しそれも意にならず彼と共に勾留されて仕舞つた次第で有りますが、彼高橋は張本人で有る可き筈なのに勾留の日も浅く釈放されて仕舞つた次第で有ります。だが私は依然として釈放されず述長から起訴にされて仕舞つた次第で有ります。

此の様な解で有りますので私には此の事件に対して全く前(ニ)の事件同様に何んの関係も有りません故、矢張り此の事件も無罪を主張して居ります次第で有りますから、何卒此の出鱈目な調べ方に憤慨致して居ります私奴の気持をお察し下さられましたなら、若う一度丈け厳密にお調べ下さいます様お願ひ申上げます。

右三件は細かく記した通りで有ります。

一、次ぎに家庭の事情並び境遇を詳細に申し述べます。

私は六才にして両親の愛撫を離れ実家（茨城県真壁郡明野町）に戻つた私は叔父嫁の為に横須賀に住ふ興業師の井上と云ふ親戚とか云ふ可き家へ呉れられたのでした。興業師井の上の家はサーカス族とでも申しますか、色々な芸をやる女三

人に男二人の家族だったのです。その中の女三人は私同様に貰はれて来たのか売られて来たのかわ判然り解りませんが兎に角口に表はす事が出来得ぬ程の酷い使はれ方でした。そんな家庭で私は育てられ暗澹たる惨めな生活の中に暮したのでしたが幼な心の私にも其の残酷な生活が日に〳〵身に魂にくひ込んで来たせいか全く心苦しい事ばかりでした。又私自身も再度に渡る酷い事態にふれる時、たとい幼い胸の小さい魂に取り組んで生活はして居るものゝ、その漠然たる心の感動は何時しか消え、或る堪へがたい衝動の為に唯〻逃げ度いと云ふ気持で一杯でした。併しそれも許されず朝は早くから夜遅く迄働かせられる様な全くつらい生活でした。此んな生活が私の身に付いてか本態的に逃げ還ってからの私は不良児となって人を見ると徹底的に復讐心に燃えて危害を与へたり、手をやかせる事ばかりして人の接近をこばんだのでした。此の様に私は瞬時起る反撥を示す心の空洞と捨て鉢になって居る気持は如何仕様も有りませんでした。此の気持は今でも私は忘れる事は出来ず暗澹な罪障感に痛ぶられて仕方が有りません。就いて十二才の折り迄実家（親戚筋）とは云へ他人同様に冷飯の中に育てられ、苦学力行の末辛うじて最抵学の尋常五年迄受けました次第で有ります。此の五年卒業後間もなく私は東京の伯母（私の父の姉）に引取られ生活をする様になったので有ります。

東京の伯母の家は当時向島に有り伯父、伯母、息子の三人暮しだったのです。併し不運と申しますのか私を入れての四人暮しには大した影響が無かったのか、あの大東和戦争の為に又々家の中は不況に見舞はれて仕舞い私は再びつらい社会の中に於て働かねばならなく成りました。最初私が就職しましたのは東京無線分工場の向島区吾嬬町に有った脇田挽物工場でした。当時の脇田工場は軍の秘密工場で空襲の烈しい時などは全く危く、何時も危険を考じて居ったのです。ですがとう〳〵あの大空襲の三月九日、十日の夜工場は轟然たる響きと共に飛ばされて灰と化して仕舞ったのです。それが為一時私達は新潟へ軍事疎開として転り作業を続けて居ったのです。ですがそれも間もなく終戦となった為に私達はその工場をやめて、思ひ〳〵の胸に悲惨な気持を抱いて帰宅せねばならなく成りました。帰宅後私は伯父

に相当酷く厭味を云はれ私はほと〳〵困惑致して居りました。それと申しますのは、あの空襲の烈しい時に「何故家に帰らなかったのか、それ程家依り工場の方が大事なのか」と折監された事で有りました。又後にそれ依りもつらかった事は此の伯父が神経痛で働けず生活費の苦面は皆私がせねばならなかった事は伯母は伯母で体が弱く無理も出来ぬ身だったからです。

尚又私が伯父の家から出される破目になったのは息子が学校を卒業し働き始めてから嫁を迎へる事になったが為で私が邪魔者になって仕舞ったのでした。私はあの空襲中（戦争中）の食糧難の折り唯一人で切り廻したり、生活費の苦面なども誰れに助けて貰った事はなく、皆自分で働いた金でおぎなって居ったのでした。此んな事を思ふと本当に今でも悲しくなって仕舞います。併し或る程度考へて見ると自分は居候だった身故致し方がないのかも知れません。此の様な解で私は伯父、伯母の家を出て同区向島に家業を続けて居りました、元関根組分家田山組に入ったのでした。此れは唯々にくい人達に復讐してやろうと言ふ気からで有りました。併し此れも東の間で私は同区寺島に住んで居った同じ家業の者をつまぬ口論から傷を負はせて仕舞ったので此の土地に居られず、其処を去って上野へ行ったのです。そして再び上野の血桜組（現在の飯島組）に入って転々と暮して居ったので有ります。その中私は同上野に住居を持つ松本組、松本栄次郎さん（元中野組）の世話で日活に入り、勤めて居ったので有ります。だが此の世の中の荒れている経済界の烈しい時代の波に乗り切る事出来ず、一寸した誤ちを犯して仕舞ったので有ります。そんな事が有ったが為に私の心は一増苛立ち善と悪との交錯した複雑な気持となって自暴自棄になって私は歪んだ道を歩んで仕舞ったので有ります。でもそれからは、気持を入れ換へて一生懸命働き夜学部のキリスト伝道学校（東京都南多摩郡に有る伝道神学校）へ通って勉強したり、上野美術学校（現在の芸術大学）へ通って勉強などとして居ったのです。その勉強などのお蔭か、暫くは大道絵師などや映画館の「カンバン」など書いて食べて居ったので有ります。又、今回逮捕される迄の間、大成建設の役員などして働いて居った

ので有ります。ですが公傷と云ふ怪我のために休んで居つた為に東京の知人等の所へ来て居つた為(ロ)の共犯とされた高橋と知り合ひ、彼の共犯で有る石川某と云ふ者と間違へられて逮捕されて仕舞つたので有ります。その為に私は再び心が苛立ち自暴自棄から第一の事件並び第二の事件の(ニ)ないし(ホ)の事件を調べられる儘に曖昧模糊の証言を致したが為に現在の様な破目になつて仕舞つたので有ります。

右事実の儘を詳細に申上げました事に付き一日も早く御寛大なる御調べ並び御探索の有る事を茲にお願ひと致します者で有ります。

以　上

昭和三一年(あ)第三三九号

判　決

本　籍　大韓民国慶尚南道咸安郡山仁面内仁里
住　居　大阪府守口市北寺方町六四五番地
無　職　福本良雄こと　鄭　基　大
昭和六年三月四日生

右に対する恐喝、同未遂、詐欺被告事件について、昭和三〇年一二月七日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。
当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

弁護人久保田昭夫の上告趣意第一点は違憲をいうが、憲法三七条の規定は裁判所が被告人又は弁護人から申請した証人は不必要と思われる者までも悉く訊問しなければならないという趣旨でないことは当裁判所屢次の判例であるから、所論は採用できない。同第二点は、単なる訴訟法違反の主張であつて(そして、被告人は、所論控訴趣意書において、心神の喪失ないし耗弱の主張をしているとは認められない。)刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人本人の上告趣意二は、事実誤認、単なる訴訟法違反の主張を出でないものであり、同三は、違憲をいう点もある

が、その実質は、単なる訴訟法違反の主張であり、同五は、単なる訴訟法違反、量刑不当の主張を出でないものであつて、いずれも、適法な上告理由に当らない。同四は、原審の防禦権の侵害をいうが、記録によれば、原裁判所は控訴趣意書提出期間内たる昭和三〇年九月一二日（控訴趣意書提出最終日は同月二六日）弁護士隅水準一郎を被告人の弁護人に選任し、同弁護人は右最終期日までに趣意書を提出することを引受けたが被告人と談合の結果同年同月二三日趣意書を提出しないで辞任し、同日原裁判所は弁護人樺島益生を被告人の弁護人に選任し同弁護人は右最終期日までに趣意書を提出することを引受けたが同年一一月一一日趣意書を提出しないで辞任した。そこで原裁判所は同月一五日弁護士中西義治を被告人の弁護人に選任して同月一六日第一回の公判を開廷し同日同弁護人は出頭して被告人の提出した控訴趣意書に基き弁論し、同日被告人は同公判廷に出頭して同弁護人と打合のため同月三〇日まで公判期日の続行を求め原裁判所はこれを許可し、同弁護人は同月二八日補充控訴趣意書を提出し更らに同月三〇日の第二回公判期日に右補充趣意書に基き弁論の上被告人のため証拠申請をしたものであることを認めることができる。されば、原審の手続には原裁判所が被告人の防禦権を侵害した事実を認めることはできない。

よつて、刑訴四〇八条、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。

昭和三一年六月二一日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　斎藤悠輔

裁判官　真野毅

裁判官　岩松三郎

裁判官　入江俊郎

弁護人久保田昭夫の上告趣意

右被告人に対する恐喝、同恐喝、詐欺被告事件について左のとおり上告の趣意を明らかにする。

第一点　原判決は憲法第三十七条に違反し、破棄さるべきである。

即ち原審第二回公判期日において被告人の弁護人より被告人は昭和二十九年一月窃盗罪により大阪簡易裁判所に起訴されたが同三十年二月四日右裁判所で無罪の判決の言渡をうけたが、大阪拘置所保管の被告人の身分帳には右訴訟当時作成せられた被告人に対する精神鑑定書が添附せられているが右鑑定書によると被告人は癲癇性精神変屈症との診断がなされていることから考えると、前記判決の無罪理由は心神喪失を理由とするものであることが窺われる。このことよりするならば、本件犯行当時においても心神喪失の状態にあつたことが充分考えられるので、右事実を立証する為に、前記鑑定書の取寄せ及び被告人に対する鑑定の申請する旨のべられたのに対し、原審はこれを却下しているが、右処分は刑事被告人は全ての証人に対して審問する機会を充分に有するとの権利を保障した憲法第三十七条第二項に違反するか乃至は同条第三項の弁護権の規定にも違反するものである。右憲法の規定が無制限に認められるものでないことは勿論であるが弁護人の証拠申請が必要でないと明らかに認められるものでない限り、右申請を却下することは許されないと考えるべきである。まして。原審において弁護人は前記申請をなすに際し、詳細に亘つて申請の必要性及び被告人の精神状態について疑問を抱かしめる事実を主張しているのみならず、被告人に対する前科照会書（記録一五二丁）によるも、被告人は昭和二十五年傷害、業務妨害、器物毀棄罪により、昭和二十八年覚醒剤取締違反まで有罪の言渡しをうけているのであるが右犯罪は何れも酩酊の結果又は覚醒剤使用の事実を窺わせるものであり、被告人の精神状態と前記犯罪との間に密接な関連あ

被告人　鄭基大

るやを思わせるものがあるにも拘らず、前記弁護人の主張及び申請を何れもとるに足らないものとしてその申請を却下した原判決は明らかに憲法上保障された被告人の証人尋問権乃至は被告人に対する弁護権を不当に制限したものというべくこの点において原判決は破棄されるべきであると信じる。

第二点　原判決は被告人の控訴趣意書において主張した心神喪失乃至は耗弱の主張について何ら判断を与えて居らず従つて右判断の遺脱は刑事訴訟法第四百十一条第一号に違背し破棄しなければ著しく正義に反するから原判決は破棄されるべきである。

即ち、被告人は第一審第一回公判期日において本件公訴事実中第二の事実については包丁を振り廻したり、おやじ酒一升くれといつたことはないと主張しているのであるが、第一審の証人田中茂雄の証言（記録第七五丁裏八行目）によれば被告人は本件第二の犯行当時相当酩酊していた事が認められ、又被告人の検察官に対する供述調書（記録一〇九丁裏二行目以下）、同人の司法警察員に対する供述調書（記録一三七丁裏五行目以下）によれば被告人は右犯行当時、酩酊し本件第二の事実についてはその覚えがない旨主張しているのであるが、これらの事実を綜合すれば、第一回公判期日における前記の如き無罪主張は法律用語として心神喪失乃至耗弱を使用していないが心神喪失の主張をなしているというべきである。

然るに、この主張に対して第一審判決は何らの判断をなさず、これに対し被告人はその控訴趣意書（記録一七四丁八行目(b)項）において判断遺脱を主張しているにも拘らず（尚被告人は前第一審におけると略ゝ同様法律用語を用いてその主張をしているものではないが、被告人は飲酒し、相当酩酊して茂兵衛方を訪れたらしいことは知つているがその余の事実は全然知らないとのべて居るが右主張は心神喪失の主張とみるべきであり、第一審判決において右主張について何ら判断をされていないことを非難しているものと考えるべきである）右控訴理由について原判決は何ら判断をしていないのは明らかに刑訴法第四百十一条第一号に規定する法令の違背があつた場合に該り、而も右違背は判決に影響を及ぼすものでこれを破棄しなければ著しく正義に反するものと思料する。

以　上

被告人の上告趣意

私儀昭和三十年十二月七日大阪高等裁判所に於て恐喝同未遂、詐欺被告事件により控訴棄却（懲役一年六月）の裁判を受けましたが、原審（第一審も含む）判決に承服し難く刑事訴訟法第四〇五条の趣旨に従つて上告を申立て御庁に於ける公正なる御裁判を希求するものであります。原判決に対する不服の趣旨は左に詳しく申述べます故何卒宜敷御審判の程を御懇願申上げます。

一、第一審大阪地方裁判所が立証する有罪判決に対する不服の趣旨は後述「二」の所論を除く他当被告人認書の控訴趣意書及び中西弁護人認書にかかる補充控訴趣意書の所論通り防禦致します。（原審記録書類中当被告人及び中西弁護人認書の各趣意書を乞御参照）

二、起訴状訴因中第一、第二犯罪事実に就きましては左記所論を以つて犯意なき旨を立証致します。

(イ) 恐喝罪の構或要件は刑法第二四九条所定の通りであります。そして恐喝とは害悪を通告して人を畏怖せしめることであり、害悪の種類について制限のなきことは判例（明治四四年二月二八日一刑録十七輯二三〇頁乞御参照）に明示されて居り、亦通告したる害悪が実現するに至るかどうかは犯罪の成立に影響のなきことも判例（大正十二年十一月二四日三刑集二巻八五四頁乞御参照）が明示して居ります。然し本件の場合、つまり起訴状第一の公訴事実に就きましては、その相手方に対して何等犯罪の構成要件たるべき害悪の通告も且又相手をして「畏怖の念」を抱かしめたこともなく控訴趣意書に於ける弁解通り至極和かな雰囲気の中に被害者樋口房吉及びその家族等と談笑の後、樋口が自意で好意的に

福本良雄こと
被告人鄭基大

総てを提供して呉たものであり、決して樋口の供述のような強制的手段によつて提供させたものではありません（本件の如き他の犯罪のように物的証拠も又積極的な証拠に因つても争われず被害者等の供述、証言のみを唯一の証拠として罪の黒白を断ずる場合に於ては被害者等の証言を確かな証拠として採用するにはこれ等の証言を明確に裏付ける為裁判所は客観的立場でもつと慎重に事犯の真想を攻究する必要があります。）。然るに樋口は当被告人の弁解を悉く否定して恐喝されたと極言して居りますが、この証言は次項の所論によつても信用し難く、随つて一審がこれ等の者の虚構に満ちた証言を全面的に深く追調もせずしてこれを信じて有罪と断定したことは余りにも軽卒であります。

(ロ) 公訴事実第二の件に就いても前記同様何等その財物を領得する意思もなく又相手方に対して害悪の通告もなした事はなく、随つて如何なる意図にて被害者田中茂夫が証言に於て出鱈目を述べて人をして苦境に陥入れるのか、常識にてはその真意を解することも出来ず、彼等が虚構の事実を如何にも真実の如く申述べるその非良心的な態度及びその非道徳的な心情が今更腹立しくそれ等の虚構によつて苦境に呻吟するわが身の愚かさが残念でなりません。本件の田中も樋口と同様その供述証言に於て「畏怖の念」を抱き何れもその目的物を強要されたと極言して居りますが、総ての真相は公訴事実第三の犯罪経緯から御判断賜りましても御諒解のように本件被害者は自己の身辺に少しでも害あると知るや直ちに警察に急報する男であります。そういう神経の細い男が訴因の如く出刃庖丁を振り廻して脅迫等して居れば、おそらく附近の交番に駈け込み急報していただらうことは充分想像出来ますし証言に依れば泥酔していたとのことでもあり又私の他に二、三人の来客もあつたとことの如何なる方法を以てしても警察へ連絡するだけの余裕は充分あつた筈であります。まして公訴事実第三の件で右田中が警察官を伴つて私を捜しに樋口方を訪れた際も同行の上田巡査に右被害者等が当然の義務として、昨夜受けたというその被害を告げて私の逮捕方を要請していたでしようし、又樋口が公判廷に於て証言しているような被害を受けていたものならば当然訴えていた筈であります。その被つたという被害も遠い日の出

来ごとならいざしらず未だ二十四時間も経ぬその翌日に公訴事実第四の件でその保証人として私に依頼されるやそれを快諾して自分等が強調するような危険な当被告人と一諸にノコノコついて来る筈もなく、因つて訴状第一、二の犯罪事実は右被害者等の真実に反する虚偽の申述である旨を強調し本件の犯罪成立を否認致します。

(ハ) 公訴事実第三、四の犯罪事実に就きましてもその犯罪成立を否認することは別述の控訴趣意書に於て示めす通りでありますが、何分拘禁の身にては意の儘に的確な反証を挙げることも出来ず、随つて完全なる防禦は極めて困難でありますので、本趣意書に添書出来ぬ諸点は何卒各記録と御対照の上御斟酌下されまして豊かなる御経験から総てを御判断され御審判の程を偏に御願い申上げます（公訴事実第四の件で北井福男、岡某が検察官の前で当被告人にとつては極めて不利な証言をして居りますが、この証言は新井主任検事が予め当被告人が真実犯人である如く被供述者にその旨を告げて供述させたもので、信用すべき状況の下に作成された証拠でありません。随つて右両名の証言を公判廷に於て証拠として採用するには、これ等の供述人を証人として喚問し、公廷に於いてその真否を糺問してこそ法の趣旨に適したものであつてそれ等適当なる処置を考へずして一方的に断じた原審及び一審判決は当然破棄される可きです。）。猶、本件も原審差し戻しとなり管轄裁判所に於て受命裁判官の善意による公正なる裁判を仰げば適当なる方法を以て合法的に当被告人に有利なる証拠を挙げて御心証を得ることも可能でありますが、それも総て御庁の御裁量にあることで、当被告人は只管信義に反する原判決が破棄されることを希うばかりです。

三、原審大阪高等裁判所の裁判に対する不服の趣旨

(イ) 原審は左の点に於て憲法第三七条が保障する刑事被告人の本質的権利を不当に侵害するものであります。

公判廷に於て訴訟関係人が証明力を争う権利は刑訴第三〇八条に於て現に之を保障されて居ります。随つて刑事被告人は直ちに訴訟関係人であり、証明力を争う権利を有して居ります。然るに原審は当然の権利を主張する被告人側の総

ての申請事項を悉く正当なる理由も附さずに却下して居りますが（判決書及び公判調書に例えその却下理由を明かに示していたとしてもそれはあく迄も形式的な事後措置であつて公判廷に於ては何等の理由も示めさなかつた。）、この決定は余りにも一方的であります。

(ロ) 罪となる可き事実の認定は裁判所が公判廷に於て客観的立場で訴訟関係人の提示する各証拠を慎重に調査し、飽く迄も公平を期した上に於てそれ等の証拠の価値を判断してこれを断ずべきで、如何なる場合でも之を軽視することは許せないものであります。原審は当該事件を有罪と断定するについては一審の証拠の証明力で充分と認めて被告人側の総ての申請を却下したものであつても本件に関する限りそれ等の判断は大いに誤つていると思います。

(ハ) 何故ならば本件の総ての証拠は価値ある証拠によつて証明されて居らず何れも具体的事実に背反する被害者等の全く根拠のない曖昧なる供述及び証言に基いて検察側が、これに法的措置を専問的に巧に加えて捏造したものであるからです（本件が事実に立脚した証明力に因つて有罪を立証されたものならば裁判所に対して斯様な手数を煩わす迄もなく従順に刑に服するだけの良心は未だ捨て居りません。）。各証人の証言の信用出来得ない点を立証すべく証人の必要性を趣意書に掲げて喚問方を懇請しましたが、原審はこの点については一顧だにせずして、一審に於ける証拠のみを偏見視して裁判官の勝手な推理を以つて本件を処断して居りますが、法の趣旨に従わずして一方的に有罪の判決を為したことは濫麗の極みであり、当然非難されるべきであつて、違法という事実の指摘は免れない所以であります。

(ニ) 被害者と称するものを直接証人として喚問し之を取調べるよりも客観的な立場に在る証人を審問する方が公平なる証言を得られる事は当然であります。斯様な当然なる理由に基いて正当なる権利に従つて請求したる証人であるのに拘らず、如何なる解釈を以つて之を却下したかはその判断に苦しむ処でありますが、憲法第三七条第二項の解釈に就いて『憲法第三七条第二項は裁判所が必要と認めて訊問を許可した証人について規定しているのであつて裁判所が被告人側の申請にかゝる証人のすべてを取調べなければならないとする趣旨ではない。』（昭和二三年六月二三日最高裁判所判決要旨）

最高裁判所が右のような判例を示めしてその解釈を明らかにして居りますが、原審はおそらく右判例を曲解して被告人側の申請を却下したものと考察して居ります。然し原審が『最高裁判所に於て右のような解釈を示めしてその見解を明かにしているのだから本件の被告人側の証人申請を却下する理由も右判例の趣旨に従つたもので決して違法ではない』と証拠の証明力について必要な知識を有する総ての証人を悉く却下するのは根本的に憲法の趣旨を覆すものであります。

(ホ) 憲法に対する最高裁判所の判例に依る解釈の趣旨が、事実審に於て証拠の証明力を争うについて必要な知識を有する被告人の本質的権利を不当に蹂躙するものでありますならば右判例も直ちに違憲であります。何故ならば憲法第三七条第二項本文は

『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又公費で自己の為に強制的手続により証人を求める権利を有する。』

と規定されて居り基本的権利として刑事被告人に与えられた絶対的な権利であつて国の最高法規である憲法の名に於て保障されて居り、如何なる場合に於ても憲法の趣旨に反する裁判及び決定はその効力はないからであります。当被告人は法治国に於ける法の最高権威である最高裁判所がそういう誤つた趣旨の下に右(ニ)のような判例を示しているとは信じられません。随つてこれは飽く迄も見解の相異であつて原審が憲法の解釈の重大なる過誤から生じた偏見的な判断による不当なる決定であると断じる次第であります。この様な根本的に憲法の趣旨に反する決定を以つて原審が、本件に於ける総ての決定が法の趣旨に適した当然の措置であると主張するならば、裁判の権威はその失墜を招き、ひいては国家社

会の基礎を危くし法秩序の擁護者という裁判官の高い職責を忠実、完全に果せないことになります。右憲法本文が示めすように刑事被告人は証人を求める権利を有するのであつて、その保障された権利範囲内に於て申請する証人が、その裁判上、必要な知識を有すると認められる場合に於ては裁判所は当然これを喚問して取調べるのが然るべきであつて、例え判例に於て右(二)のような解釈を示めしているからといつて之を引用し却下するのは、例えそれが裁判官の自由心証主義に基いて決定したものであつても正当なものではなく、随つて、憲法に於て保障されている刑事被告人の基本的権利を侵害する理由はなく、故に原判決は破棄を免れない違法の裁判であるものと信じ之を強調するものであります。

四、原審の防禦権侵害に対する不服の趣旨

(イ) 本件の裁判は法律上弁護人を必要とする為、原審より弁護人選任に関する照会がありましたので、国選弁護人の選任方を依頼しました処、趣旨書提出の余裕期限経過後に於て之を選任し被告人側の防禦権を不当に侵害したる点を左に詳しく申述し之を立証致します。

当被告人の依頼により原審は国選弁護人として最初大阪弁護士会の隅水準一郎氏を選任して呉ましたが、昭和三〇年九月二三日原審より端書による左記の如き通知がありました。

『国選弁護人隅水準一郎は同人の申出により本日貴殿の弁護人たることを解任したから通知する。なお更に国選弁護人を選任すべく手続中である。』以上原文の儘。(端書を証拠として正本に添付致します。)

隅水氏が、如何なる理由の下に辞任したかは不明ですが後日右弁護士会の樺島益生氏を国選弁護人として選任して呉ましたので防禦方法について打合せの都合もあり書翰を以つて再度に亘り面接を請いましたが、樺島氏からは連絡なく、随つて、訴訟に関して相談することも出来ずその儘趣意書提出期間を過して了いましたので、弁護人としてのその不責任を書簡を以つて詰りました処、本書末尾添付の別紙記載内容の如き来信がありました。乞別紙御参照。(端書を

証拠として正本に添付致します。)

この端書の内容によりますと原審は、『被告人の趣意書が出ていることだから弁ゴ人の趣意書は必要でないから唯法廷立会のみでよい。』と弁護人の趣意書の不必要性を強調して国選弁護人のロボット性を助勢している事実が右書翰によつて如実に示めされて居ります。

(ロ) このように趣意書を提出する必要も、又被告人の防禦について援助をする必要がないのならば、何故法律に因つて法の名を以て弁護人の選任を強要するのか? と一応法の趣旨を疑い度くならざるを得ません。御承知の通り当被告人は勾留中であります。随つて自身で外部の証人の住居、及びその他すべての反証について、意の儘に調査することもできず、総ての防禦については弁護人に依頼しその尽力に頼る他に適当なる方法もなく、因つて樺島氏の書翰の如く裁判所が、控訴趣意書提出期間を弁ゴ人に対して充分与えずしてその趣意書提出迄も一方的に制限した原審の処置は不当であります。

(ハ) 別紙樺島氏の来信で、氏の辞任を確認しましたが、原審からは同弁護人の辞任についても後任の弁護人の選任についても何の通知もなくその儘公判期日を向えましたので出頭しました処法廷に於て初めて中西義治氏が、国選弁護人として弁護を担当して呉ることが判りましたが、中西氏は、法廷に於て『裁判所がら昨日貴方の弁護を依頼されたばかりで未だ記録も充分見ていないし趣意書を作成する日数もない。弁護を依頼されたのは初めてだけに全つく驚いている云云』とその非を詰つて居りました。当被告人は原審の出頭目な処置に対し不審を抱きましたので、原審が一方的に前述三(イ)の証人申請を却下した後に於て国選弁護人の選任についてその非難される可き点を指摘して抗議しました処裁判所書記官より一応その事について弁解がありましたが、その弁解も理由はなくあく迄も一方的なものであります。原審は当被告人の異議申立により、弁ゴ人と相談して防禦を構じるようにと十四日間公判期日を延長して呉ましたが、到底そ

の期間内に於て防禦の方法もなく、又裁判所は中西弁ゴ人に対して『趣意書の提出は許されない。但し被告人の控訴趣意書を補充する範囲内に於て補充趣意書に記載出来なかつた点を述べて予め裁判所の了承を得た上口頭にて当被告人の過去の健限の制限もあつて、補充趣意書の提出をのみ之を認める』と独自の認書は之を認めませんでした。中西氏は期康状態を説明してその当時の症状を詳しく掲載してある診断書が大阪拘置所医務課に保管されているので、その診断書の写しを取寄せた上取調べて戴き度い旨を申請しましたが処、原審は『そのような事実は何等趣意書に記載されて居らない』と右申請を却下して居ります。猶弁護人は改めて精神鑑定も申請したる処同様の意味で却下されました。

(ニ) 当時の症状と申しますのは、

昭和二九年七月中旬頃大阪簡易裁判所の照会によつて作成されたもので鑑定医は大阪拘置所嘱託医師の山之内多聞氏で、病名は癲癇性精神変質症で、作成日は同年七月十日です。(猶この時は窃盗罪で裁判に附されて居りましたが検察庁の捏造である旨が判明し無罪となる)

この診断内容を本書に添付すべく大阪拘置所に交付方を依頼しましたが『裁判所の照合がない以上、被告人に直接これを交付することができない。』とその交付申請を却下されましたが、裁判所の照会があれば、その写しは記録されているからこれを提出するとのことでした。猶右日時及び病名は、診断書綴りから抜萃したものであります。

(ホ) 控訴審に於ては総て趣意書に基いて弁論しなければならないことは存じて居りますが、前述のように原審が国選弁護人を選任するに際して趣意書を作成する機会を与えていなかつたという事実は明かに原審も之を認めて居ります。然るに原審は弁護人が申請する総ての事項を『趣意書にそういう事実について何も触れていない。』からという一方的な理由で之を却下して居りますが、原審が、弁ゴ人に対して趣意書を作成する機会を与えずして、又樺島氏の辞任後に於て選任したる弁護人についてその選任通知さえ之を為さずして被告人側の防禦する機会を与えずして裁判所としての義務

を怠つた原審の措置は不当極りないものであります。就中、そういう事情の下に弁護人が趣意書を作成し提出出来なかつた事情を理解し乍ら弁護人の口頭による総ての申請事項を却下したる事は全つく言語同断であります。

五、本件が想像上に於て訴因の如き犯罪行為が成立したと仮定しましても、弁護人の口頭弁論による如く被告が、刑法第三九条に該当する症状を現有しているものであつて見れば、そういう事実の真否を充分御取調べるのが妥当であつて、この様な量刑に重大なる影響のあること迄無視した原審の裁判は大いに誤つて居ります。

想像上に於て本件が成立する場合に於てもこれ等の点に於て原判決は一件犯情に照し量刑重きに失し不当であります。

六、以上の所論を以つて原審がその総ての処分及び裁判が、著しく憲法の趣旨に反した違法のものである点を立証し信義に反する原判決の破棄を希うものであります。

何卒各記録と御対照の上御公平なる御審判の程を幾重にも御懇願申上げます。

以　上

添付書類　(省略)

樺島国選弁護人よりの来信

昭和三一年(し)第七号

決　定

被告人原賀恒雄に対する収賄被告事件について、昭和三〇年一二月二〇日福岡高等裁判所がした、裁判官忌避申立却下決定に対する即時抗告を棄却した決定に対し、右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。

申立人(弁護人)　木下重範
同　屋成正二
同　青山政雄
同　緒方英三郎

主　文

本件特別抗告を棄却する。

理　由

本件特別抗告の理由は、末尾添附の書面記載のとおりである。

特別抗告の理由第一点について。

所論は原決定の理由(一)において示された判断が憲法第一三条に違反するというのであるが、その実質は、結局において第一審裁判官が専門医の診断書に示された意見を採用しないでなした措置を批難する単なる訴訟法違反の主張に帰し、特別抗告適法の理由とならない。のみならず、被告人原賀恒雄に対する収賄被告事件の記録について見ると、被告人は右事件の第一回公判以来第五回公判まで毎公判に出頭し、多くの証人尋問の際には、弁護人と共に、かつ自らも、屢々適切な反対尋問をなし、殊に第二回公判においては、自筆の詳細な弁明書を裁判所に提出しており、同被告人は昭和三〇年五月三〇日の第

昭和三一年六月二二日決定　　昭和三一年(し)第七号

六回公判において初めて欠席し、その公判に出頭した弁護人は医師石井義忠作成の診断書を裁判所に提出して、被告人不出頭の理由を述べて公判期日の変更を求め、裁判官は之を許容して公判期日を変更し、次回期日を同年六月六日と指定告知したうえ、同裁判官において特に慎重を期し、右医師に対し被告人の病状等につき、照会をなして回答を求めたところ、「現在病状よりすれば出頭に差したる支障はないものと思はれます」等の回答に接し、同年六月六日第七回公判を開廷し、同公判においては、被告人も出頭し、裁判官及び弁護人の質問に対しては、多くの事実関係を陳述し、最終陳述の機会には、趣旨明瞭な陳述をしているばかりでなく、再び詳細な弁明書さえも提出しているのであつて、之等公判廷における諸般の事情その他事案の内容、本件審理の経過等に徴すれば、被告人には所論のように当時、公判廷において防禦能力を有しなかつたものと認めることもできないのである。

従つて、第一審裁判官において、前示の如き措置に出でたことを目して、不公平な裁判をするおそれのあるものとは認められないから、右と同趣旨に出でた原決定の判断は相当である。

同第二点について。

所論は、原決定の理由(二)において示された判断が憲法一三条に違反するというのであるが、その実質は、第一審裁判所がその第七回公判において弁護人に弁論準備の機会を与えないで結審したとして、その措置を非難するに帰着し、特別抗告適法の理由とならない。のみならず、第一審における審理の経過に徴すれば、第七回公判までには、弁護人において弁論の準備をなし得たはずであり、もし、その準備が弁護人において、できなかつたものとするならば、それは弁護人の責に帰すべきものといわなければならない。

同第三点について。

所論は原決定の理由(三)において示された判断が憲法一四条一項及び同三一条に違反するというのであるが、所論は独自の見地に立ち、原決定の認定した事実とは全く異なる、之と相容れない事実を前提として違憲を主張するものであるから、右違憲の主張はその前提を欠き、特別抗告適法の理由とならない。なお、所論の点について原決定の示した判断は相当である。

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

昭和三一年六月二二日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　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

申立人　主任弁護人　木下重範
申立人　弁護人　屋成正二
申立人　弁護人　青山政雄
申立人　弁護人　緒方英三郎

福岡高等裁判所昭和三十年(く)第二一号即時抗告棄却の決定に対する特別抗告

前記申立人四名はいずれも福岡地方裁判所小倉支部繋属被告人原賀恒雄に対する収賄被告事件の弁護人であつて、先に同事件の同庁係裁判官宮脇辰雄に対する忌避を申立中の処、昭和三十年八月一日同庁合議体により忌避申立却下の決定があつた。仍て申立人四名は福岡高等裁判所に対し、右忌避申立却下の決定に対する即時抗告を申立中の処昭和三十年十二月二十七日附同庁の抗告棄却の決定を同月二十九日送達を受けた。然し乍ら右抗告棄却の決定は日本国憲法の違反を含んでいるので左の通り御庁に対し特別抗告をする。

抗告申立の趣旨

原決定を取消す。前記被告事件に就て、福岡地方裁判所小倉支部裁判官宮脇辰雄をその職務の執行より忌避する。旨の御決定を求める。

抗告申立の原因

福岡高等裁判所の決定は左の通り憲法の違反あるものにして当然取消を免れざるものなりと信ずる。

第一点　抗告審決定判断の第一は日本国憲法第十三条に違反するものである。即ち同判断第一の要旨は、昭和三十年六月六日の同事件の福岡地方裁判所小倉支部第七回公判期日に於ける被告人原賀恒雄の防禦能力に就て医師石井義忠の昭和三十

年五月二十七日附診断書及同年六月三日附回答書、並申立人提出の医師掛札東雄の診断書中に同被告人に防禦能力ありと断じ難い旨若しくは、その能力なしと認められる旨の記載は存するが公判に於ける被告人の防禦能力の有無は被告人の健康状態と、事案の内容、審理の経過等諸般の事情との相対的な関係に於て刑事訴訟法第一条に規定する根本精神に照して決せらるべきであつて、専門医の意見にのみ拘束されるものとは解せられない旨判旨している。

然し乍ら右被告人の病気は神経衰弱症であつて外部的表面的観察によつては、到底正確にその病態を判断し得ないのである。現に医師石井義忠は「心悸亢進、不整脈並に偏頭痛症」と病名欄に記載しているが、右は病名と云うよりは寧ろ病状であつて、医師掛札東雄により始めて神経衰弱症と診断されたのである。

右の如く診断比較的困難な病気に於て専門医二名より防禦能力に不安あり若しくは之を欠如する旨の診断あるに拘らず申立人等の即時抗告に於ける主張を排斥して前述の如く判断したのは「すべて国民は個人として尊重される。生命、自由及幸福追求に対する国民の権利については公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」との日本国憲法第十三条に違反するものである。

第二点　抗告審決定判断の第二は日本国憲法第十三条に違反するものである。即ち同判断第二の要旨は、前記第七回公判期日に於て弁護人四名より宮脇裁判官に対し、十分なる補充尋問並に弁論打合せのため期日の続行を求めたのに対し、同裁判官が之を許さず即日結審した事に就て、本件は事案の内容やや複雑であるが、昭和三十年三月二十八日第一回公判より回を重ねる事七回同年五月十六日の第五回公判に於てすでに検察官の立証も之に対する弁護人の反証も大体終了したものと推認する事の出来る経過であり、被告人は同年五月二十日保釈出所して居り、病気中とは云え第七回公判に出頭して供述しているから、之等より考えて同公判に於ける弁論の準備が不可能であつたとは認められないと判断しているのである。

併し乍ら原審は重大な誤認がある。弁護人が弁論を為すに当つては予め被告人と打合せを為し被告人の自由意志に基く弁解も充分聴取り被告人にも納得させた上弁護に臨むべきで第六回公判は被告人病気のため出頭不可能で第七回公判に被告人が出頭しているが、同日も誰が見ても病態であつた事は外見上明かで、弁護人は七回公判迄に再三被告人に連絡を行つたが病気の為弁論準備の打合せも出来なかつたのである。原審は終始本件の審理に立会つた主任弁護人において意見を述べられないとは認められないと断じているが、之は原審が弁論は単に公判審理に立会つていれば弁論が出来ると判断したところに前示の如き誤認があるもので凡そ一身上の重大問題である刑罰を課せられんとする被告人に対する弁論はさきにも述べた様に予め被告人と弁護人とが膝と膝を交えて打合せを為し充分被告人の弁解を尽させ、被告人に弁論の趣旨を納得させて、弁論を為すべきで、病気の為終に第七回公判迄に其の機会を得られなかつた事は前述の通りである。従つて第七回公判で意外にも弁護人が全然被告人より聞いていない、竹田善隆から供与を受けた現金二万円は供与を受けた翌日被告人の上司たる因間、郷、両係長に各一万円ずつ渡した旨の新な供述をなした有様で、被告人としては弁護人の弁論を望む迄には未だ弁護人に告げ度い事が相当あつた事を推認するに難くない。従つて其の事は公判審理に立会つたのみでは判らない事で、弁護権は被告人の弁解を充分体得して之を公判審理を通じて行わるべきであつて原審は弁護権の本質を解しない判断を為しているので到底承服し難いところである。

然し乍ら弁論準備が絶対的不能であつたか否かは別問題としても福岡地方裁判所小倉支部の忌避却下決定に於ける理由欄に於ても認めている如く、弁論準備は事実上困難であつた事は争なき処である。然らば本件に於て、前記第七回公判に於て即日結審せねばならない理由があり、若し期日を続行するに於ては公共の福祉に反するとの格段の事情が存しない限りに於ては被告人の基本的人権は「最大の尊重を必要とする」のである。然して本件に於ては凡ゆる点から考察するも即日結審を必要とする理由は遂に発見し得ないのであつて、前記の判断は憲法第十三条に違反するものである。

第三点　抗告審決定判断の第三は日本国憲法第十四条第一項及第三十一条に違反するものである。即ち同判断第三の要旨は、前記第七回公判に於て同被告人が法廷休憩中法廷外に出ていた同裁判官は「被告人が無断で法廷外に出たから」との理由で廷吏に命じて被告人を不法に法廷内に引入れさせ、被告人の身体を不当に拘束したとの点に就ては宮脇裁判官の意見書中に之と異なる事情の説明があり、申立人提出の大島春治及武吉国彦の証明書及供述書中には申立人等主張の事実に副う趣旨の記載があるが、凡そいかに不公平な裁判をするおそれのある裁判官と云えどもかくの如き言動は裁判実務の経験上想像も出来ない事実に属する事をも考え合わせる時、前記証明書、供述書の記載は措信出来ない旨判示している。

然し乍ら大島春治は福岡地方裁判所小倉支部所属の廷吏であつていわば宮脇裁判官の下級者に当る者である。かかる立場にある者が虚偽の事実を同裁判官の不利益のために作成すると云う事こそ正に想像も出来ない事柄なのである、前記の判断は宮脇裁判官の意見書を尊重し、申立人提出の疎明方法を疎明能力なしとして排斥しているのであるが、右は裁判官の述べる事実であり、他の二名の供述は真実でないとする判断であり又同時に意見書が疎明方法（反対事実の）であるか否かも疑わしく右は結局日本国憲法第十四条第一項に「すべて国民は法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により政治的又は社会的関係に於て差別されない」との法の下の万人の平等に違反するものである。

然してそれは又日本国憲法第三十一条に「何人も法律の定める手続によらなければその生命若しくは自由を奪われ又はその他の刑罰を科せられない」との根本原則にも違反する処なのである。

右の如く抗告審の決定は日本国憲法の違反を含み承服出来ないので、前記の如き御決定を求めるため刑事訴訟法第四百三十三条第四百三十四条により本抗告に及ぶ。

昭和　年　月　日

申立人　木下重範

最高裁判所御中

申立人　屋成正二
申立人　青山政雄
申立人　緒方英三郎

昭和二九年(あ)第一四四七号

判決

本籍　広島県府中市父石町二二四番地
住居　同県同市出口町五六〇番地
職工
森川源太郎
明治四三年二月二三日生

本籍並びに住居　同県同市父石町一一四二番地
農業
松岡庄一
明治二八年四月四日生

右森川源太郎に対する横領・松岡庄一に対する横領並びにたばこ専売法違反各被告事件について昭和二六年一一月一六日広島高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

原判決を破棄する。

本件を広島高等裁判所に差戻す。

理由

職権をもつて調査するに、原判決は、控訴趣意第二点の判断において、被告人松岡庄一は、「前記の事実を良く知りながら

ら本件不動産の占有者である被告人森川と共謀して擅に本件不動産につき自己に所有権移転登記をしたことを認め得るのであるから被告人松岡にも共謀による横領罪が成立するものといわねばならない」と判示している。しかしながら同第四点について判示するところと第一審判決の判示によれば、被告人松岡は、被告人森川に対する元金二万八千円の債権に基きその代物弁済として昭和二四年二月五日本件不動産の所有権移転登記を受けその所有権を取得したというのであるから代物弁済という民法上の原因によつて本件不動産所有権を適法に取得したのであつて、被告人森川の横領行為とは法律上別個独立の関係である。されば本件においてたとい被告人松岡が「前記の事実を良く知りながら」右所有権の移転登記を受けたとしても、これをもつて直ちに横領の共犯と認めることはできないのである。原判決はこの点において刑法の解釈適用を誤つた違法あるに帰する。

さらに原判決は、控訴趣意第四点の判断において、「被告人森川が……昭和二十三年九月六日右元金合計二万八千円の担保として本件不動産に二番抵当権の設定登記をしたことは明らかであるが、右二番抵当権設定登記は昭和二十四年二月四日抹消され被告人森川は本件不動産につき高橋潔のためにまたその占有を始めたのであるから被告人両名が本件不動産につき更に判示の如く所有権移転登記をした以上その所為はまた横領罪に該当するものというべく……」と判示している。しかしながら仮りに判示のように横領罪の成立を認むべきものとすれば、被告人森川において不動産所有権が高橋潔にあることを知りながら、被告人松岡のために二番抵当権を設定することは、それだけで横領罪が成立するものと認めなければならない。判示によれば、昭和二四年二月四日右二番抵当権登記は抹消されたというが、第一審判決の認定によれば、その翌日二月五日代物弁済により被告人松岡に所有権移転登記をしたというのであつて、記録によれば、右二番抵当権登記の抹消は所有権移転登記の準備たるに過ぎなかつたことを認めるに十分である。されば原判決がことさらに被告人森川が右二月四日一日だけ高橋潔のため本件不動産の占有を始めたという説明によつて右所有権移転登記の時に横領罪が成立すると判断したことは、刑法の解釈を誤つた違法があるに帰する。

以上の理由により、所論について一々判断することを省略し、刑訴四一一条一号により原判決を破棄し原審に差し戻すを相当とし同四一三条に則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　橋本乾三出席

昭和三一年六月二六日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　小林俊三
裁判官　島保
裁判官　河又介
裁判官　村善太郎
裁判官　本村克己
裁判官　垂水

昭和二九年(あ)第一四四七号

弁護人穐山定登の上告趣意

右の者に対する各横領等被告事件について、上告の趣意を述べます。

原判決が被告人の控訴を却け維持した第一審判決は、その理由として「被告人森川源太郎、同松岡庄一は共謀の上昭和二十四年二月五日広島司法事務局府中出張所に於てすでに高橋潔が右森川より譲渡を受け宅地計六十一坪及び其の地上にある二階建居宅一棟並に附属倉庫一棟の所有権を取得して居た事実を知りながらその頃右各不動産が登記簿上右森川の所有名義にして第三者に対し有効に処分し得べき状態にあつたのを奇貨としほしいまゝに右森川の右松岡に対する金二万八千円の債務につき該不動産を以つて代物弁済することゝしこれが所有権を右松岡名義に移転登記を完了し以つてこれを横領し」と事実認定し、この証拠として「証人高橋潔（第一回及び第二回）、同川崎昇吉、同金行島太郎、同中居仲三郎、同中居正一、同桑田貞夫、同松岡正信の公判廷に於ける供述」を挙げ、これに対し刑法第二百五十二条第一項、第六十条、第六十五条を適用した。本件の公訴事実は第一審判決の事実認定と同旨のものであるが、これに対し被告人森川源太郎は、松岡庄一に当該不動産の所有権移転登記をしたのは当該不動産の上に松岡に対する金二万八千円の債務の担保として抵当権が設定してあつた（昭和二十二年八月一日抵当権設定契約をし昭和二十三年九月六日登記）のを代物弁済として松岡に譲渡したのであつて、該不動産は森川自身のもので決して高橋のものではない。森川と高橋との間には昭和十九年八月頃から仲介するものがあつて本件不動産の売買についての交渉があり代金一万三千五百円に取決めて売買登記をしようとした所が所謂九、一八価格停止令に触れる事を代書人より聞かされて実行するに至らなかつた。しかし当時高橋は疎開者で該不動産である森川の家

被告人　森川源太郎
同　松岡庄一

に住む事を切望していたので売買はできなくとも是非その家に住みたいという実情であり、また森川も高橋も当時何時軍の召集令状が来るかも知れない身の上の状況であつたので売買する事は取止めて該不動産上に高橋を債権者とする抵当権を設定し、その家屋敷を高橋が使用すること、その利息の支払、その賃料の支払、税金の負担、森川が召集を受けて出征した場合また高橋が同様出征した場合、その他の条項を詳しく取決めた文書を取交し（昭和十九年十二月八日文書がこれに該る）、而してこれに基いて抵当権登記をした。

ところが両人とも出征しないで経過し終戦となり社会状勢、経済状態の大変革が来た。そこで森川は取止めになつたもとの売買の話合を想起して高橋に対して買わないかと申入れた所高橋は多額の税金を要する事を理由に応じなかつた。このような次第で本件不動産は高橋の所有ではなく、従つて松岡に対して担保に差入れあるいは所有権を移転した事は不法ではないというのである。被告人松岡庄一は、自己が森川に対して債権を有しその担保として抵当に取り後に代物弁済として所有権を取得した本件不動産が高橋の所有であるという事は固より知らないし、森川所有の登記になつていて高橋は抵当権者に過ぎないのであるからこれに対し二番抵当権を取得しまた所有権を取得する事は少しも不法でなく、それも森川に対するかねてからの債務について屢々督促しても支払つて呉れないので抵当を取つたのであつて更に督促した上福山裁判所に調停の申立までした結果調停調書により代物弁済を受けたのであつて、森川の横領に共謀する所は毫もないというのである。

これが本件事実の要約で、第一審判決は被告人のいう事実を斥けて判示の如く事実認定したのであるが、その採用した証拠によつてもまた第一審において取調べた他の証拠によつても判示の事実認定は誤りであり、また証拠の採用、法律の適用についても誤りがあり、この第一審判決を認容した原審判決は、右の不当を除かないばかりでなく、その説くところは更に首肯し難いもので、判例に相反し、又判決に影響を及ぼすべき重大なる事実の誤認があり著しく正義に反する。

第一

原判決は横領罪の要件事実についてその認定に重大な誤りがある。横領罪における客体たるものの他属性については、刑罰法令以外の法規範によつて判断されるのであつて、これは犯罪構成要素における所謂規範的要素に属する。原判決は、「昭和十九年十月二十日被告人森川と高橋との間に同被告人所有の本件不動産を代金一万三千五百円にて売買する旨の契約が成立したことを認めることができその所有権移転の時期については何等当事者間に特約のあつた事実を認め得ないから本権不動産の所有権は右契約成立のとき、即ち昭和十九年十月二十日高橋に移転したものといわねばならない」と説くのであるが、以下述べるように、(イ)売買は成立しておらず、(ロ)十二月八日文書という有効な契約が存し、(ハ)この文書の作成者川崎昇吉の証言は被告人の主張を裏づけるものであつて、これは犯罪構成要素における所謂規範的要素に属する。原判決は該不動産が高橋の所有であるとは到底認めることができない。

しかも、原審の控訴の趣意第一点に対する判断は「前示昭和十九年十月二十日の売買契約は何等解除されていない事実を認めることができるから本件不動産は高橋の所有に属するものといわねばならない」と説きながら第四点に対する判断においては「被告人森川が被告人松岡より昭和二十二年三月五日金八千円を借受け同年八月一日更に本件不動産に抵当権を設定することを約して金二万円を借受け昭和二十三年九月六日右元金合計二万八千円の担保として本件不動産に二番抵当権設定登記をしたことは明らかであるが」と、この部分の控訴の趣意を認めているのであつて、もし本件不動産が昭和十九年十月二十日に高橋の所有となつているのであれば被告人森川は既に昭和二十二年八月一日に当該不動産について自己の所有であるかの如くに抵当権設定を約したことにより横領所為を犯していることになる筋合である。原判決は、本件の全貌を詳に審理することなく、たゞ刑罰法令の個々の要件についての形式的な考慮を払つているに過ぎないため、かような重大な誤りを招いているものといわなくてはならない。

(イ) 本件において森川、高橋間に代金一万三千五百円で売りましょう買いましようという話があつたことは認められる。

その時期は森川にいわせれば昭和十九年八、九月頃であり高橋にいわせれば昭和十九年十月二十日である。そして高橋は同日契約が成立したといい検事は同日所有権も移転したといい原判決も同日売買契約が成立し特約はないから所有権も移転したというのである。（第一審判決では高橋の所有権を認めながら何時如何にして所有権を得たのかは全く触れるところがない）

しかし、この十月二十日には単に話の上で代金額の折合がついたというだけのことで履行期日もその方法も定まらず、内入金、手附金一銭も置かれていないのはいうまでもなく、これまで当事者間に売買契約が成立して当該不動産の所有権が移転したと理論づけてもそれは全く事実に反することで、当事者間には所有権を移転する物権変動の効果意思のありようがなく、またその意思表示もあり得ない。単に話が一致しただけでは誰も売買ができたと信じないし、また信じても役に立たない。話合はできたがさてほんとうに実行されるかどうかは当にならぬからこうした話の一致だけで契約が成立したとは当事者は意思しない。

この事は口頭の約束の証拠問題ではなくて契約成立の実体がそうなのであつて、本件において現にその通りの事柄が証拠の上に現われている。高橋の告訴状（厚い方）によれば、それ以前（数ヶ月前）に大の男が仲に入つて決めたのに二度迄も話しを変えたという趣旨が述べられ今度話しても真面目に話しに乗れない、森川がほんとうに売る意思なら買うというので話しを進めたい、という記載がある。

高橋潔の証言第一回第七問答には

答　すぐには纏りませんでした。最初は九千五百円で売買の話がありましたが私が承諾すると後日親戚の者が邪魔をするといつてそれを破約しそして一万千五百円で売るからといつて来ました。私もその頃家屋敷が是非必要でありましたのですぐそれに対しても承諾しました。そうして破談されては困ると思い千五百円の小切手をもつて使の者

に森川の家に行かせました所またその売買の話を森川は破約したのであります。

それからしばらくして今度は金藤九助という人が中に入りそうして九助さんが一万五千円で森川が売るといつているがどうするかといつて私の家に来られたので、私は二度も森川にその様な事をいわれその結果は破約されているから買わないというと絶体にその様な事はさせぬというのでそれでは一万三千五百円なら買うという話が纏りました。

とあり、話だけで売買が成立するというのであれば九千五百円の時契約が成立し所有権は移転した筈である。成立した売買ならば森川の一方的破談で解消することはない筈でもある。話だけで契約が成立しないのは九千五百円の時も一万千五百円の時も一万三千五百円の時も少しも異つていない。高橋潔の第一回証言第一問答で「その結果川崎代書に森川と一緒に行きそうして売買登記の書類作成を依頼して一応売買ができていました所が云々」といつてあり、当該不動産売買の契約が代書の処迄持つて行つて初めてでき上る事は高橋自身もよく承知しているのである。電話一本あるいは指一本の寝起で事が足りる商人間の取引や株式の売買と地方、殊に農村が行われる不動産の売買とは実体が違うことを究めなくてはならない。代金何程で売り買いの話が一致したことは通常の場合は下話のできた事で後に結ばれる売買契約の準備行為である。ここで直ちに代金が差入れられあるいは契約書でも作られれば契約は成立するが、多くは下話ができると登記の日取りが決められその日に代書の所へ行つてこれこれの書類の作成を頼むということになつてここに始めて契約の成立と認めるのがこの地方農村の普通のしきたりの常識に適つた解釈である。あるいは都会においても、不動産会社や信託会社、勧業銀行の不動産部等の不動産専門業者と売買の交渉をする実際は、先づ目的物の代金何程という事に話が折合つた場合、それでは契約をするから何日にタイプして持参して捺印を願うとか印を持参願うとかいう、つまり下話ができて契約の準備が整つたからこれから契約を成立させるということになる。これが不動産売買の常態で

ある。この下話ができてから後の契約成立を農村地方では多く代書でやつて貰うのが普通で本件もこの普通のことが行われているのである。

なお原判決は、「思うに売買の目的物の所有権は民法第百七十六条により売買契約の成立と同時に相手方に移転するのであつてたゞ特に代金支払のときあるいは所有権移転手続完了のときにその所有権を移転するとの当事者の意思が明示又は黙示に認められるときは当該時期に目的物の所有権が相手方に移転するのである」と説示している。本件は広島県芦品郡のことであるが地方農村における不動産売買の実体は話合の一致と同時に代金の授受があつたとか入金、手附金が置かれたとか、また特に契約書ができ上つたとかならば格別であるが単に代金額が一致したというのは叙上のように売買の下話ができたと見るべきで、後で売主は実印と印鑑証明をもつて買主は代金を持参して登記所で落合い手続をすます事によつて始めて売主はいよいよあの建物は自分のものではなくなつた、買主はこれで自分のものになつたと考えるのが通常のしきたりである。いかに話だけが一致したからといつても書類もできない代金の支払が一銭もないのに相手方に所有権を渡すという意思がありようがない。判例は一貫して、当事者が究局において物権の変動を生じさせる法律行為をしたときは原則としてその時に物権変動の効果を生じもしその時に物権変動の効果を生ずるのに支障があるときはその要件の充たされた時に物権の変動を生ずるものとし、これに対しいわゆる物権行為の独自性を主張する学説は、物権行為としての別個の意思表示の必要を説く。しかしながら、この争点は、物権と債権と二つの効果を生ずる場合には意思表示も二つなければならぬかどうかということであつて、要は意思表示の効果意思の内容に従つて当事者の欲した効果を認めることでなければならぬ。従つて、判例は当事者が物権の変動を生じさせようとする意思表示をしたことを判断する原則を確立したものであつて蓋し意思主義に適するものといわれ、また物権行為の独自性を主張する学説の理由とするところのうち登記引渡し、代金支払のいづれかゞなされたときに物権の変動を生ずるのがわが国の慣行

であり現在の取引界の通念であるという点は傾聴すべきものを含む。原判決は「売買契約が成立した」といい「同時に所有権が移転した」というが、それは法律学の要件の講釈に過ぎなくて、実生活における当事者の効果意思を法価値評価の根底とすることなく、民法第百七十六条の解釈について判例の真意も解しないものといわねばならない。思うにフランス民法の意思主義は、従来物権変動を生ずるために不動産については煩瑣な封建的形式を必要としていたのを改め当事者の意思に効力を与えようとしたものである。法律行為の判断は、当事者が実現しようとした経済的ないし社会的目的を明かにし法律行為の全内容をこれと調和するように努め、その行為のなされた場所の慣習を顧慮し、条理に訴えて検討しなくてはならない。

ところで、叙上のような話合の日から二ケ月後に「十二月八日文書」契約が成立するのであるが、この間司法代書人崎昇吉が高橋に対してこの売買は九、一八法令違反になるがどうするかと電話で照会が行われている。十二月八日文書には所有権は森川源太郎に属する旨明記してあり更に十二月二十六日には十二月八日文書に基いて抵当権が設定され、もしこの当時既に所有権が移転しているならばこの契約自体森川にとつて権限を超えた行為であるが、この時の事情は高橋の第一回証言によると、「その後川崎代書より電話にて森川が私に売つて呉れた所の家屋敷は九、一八法令の違反に該当し、もしも警察の方へ知れると森川が処罰される事になるから先日の登記の件はどうするかとの様子がありましたので私は警察の方に対して云いわけのつく様な方法はないかと相談をし抵当権を設定して別に契約書を作つて置けばよいという事になりました」（一問答）とある。原判決はこの抵当権設定登記は「九、一八禁止令違反の嫌疑をうけることをおそれこれを糊塗するため被告人森川と高橋との間に形式的、仮装的になされたもの」というが、これは偽造文書を作成し警察を欺かんとしあるいは虚言で取調べを免れようとするのでなく合法手段によつて警察の追究の余地をなからしめるのが目的なのである。何となれば、所有権が既に高橋に移転しているならば十二月八日文書のような契約は

高橋の一方的権限に属しようが実際にはこの契約が森川、高橋両人の真摯な相談の結果でき上つていることが明らかである。すなわち証人川崎昇吉第二回証言三問答

答　売買契約をしたといつて高橋さん、森川さんが来られましたがその売買は九、一八の法令に違反するのでそれがもし警察の方にでも知れると罰せられるからというので両人は弁護士の所に相談に行き研究された結果多分文案をもつて来られたと思いますが後日来てこれを頼むといわれたのでその文案に基いて私が書いたのでありまして私の創意で書いたものではありません。

とある。これは昭和二十五年二月七日公判廷における供述であるが、それより前の日附の昭和二十五年一月十四日森川の供述録取書では、「川崎が書類を見てこの売買は九、一八物価停止令に違反するから登記をすると売渡人の私が罰せられるといつたので驚いて私は福山の弁護士へ、高橋は尾道の弁護士へ夫々相談に参りました処何れも川崎のいう通りであつたのでもしこれを強いて売買すれば既に村民の噂にものつている事であり、しかも私だけが罰金を科せられる事になるので私は断然売ることを止めたのであります。もつともその当時私はすでに高橋から金七千円位を預つていた金がありましたが高橋は当時是非本件家屋敷が必要なものですから何とかして呉れと懇願しますので私は高橋と相談の上昭和十九年十二月八日川崎代書に行き（提出の）契約書を作成して貰つたのであります」といい、高橋は第二回証言二十問答で「この儘にして置いてはいけないと思つて相談をし架空な抵当権を設定した事にしたのであります」と述べているが、これは所有権が移転しているのを移転していないと虚言をついて警察をごまかすと言つているのでなく単純な抵当権でもその裏には売買と同じような実質のある契約があるというので「架空な抵当権」と述べているのである。

高橋は「困つておられる森川さんに対して済まないと思い尚近所の方々に不人情な人であるといわれては来て間もない私としてもつらいし又これから地元民と協力しなければならないと思つていましたので警察をごまかす事は悪いと

思いましたけれども森川さんの為に人を助ける為に地元民の願望を得たい為この儘にして置いてはいけないと思つて相談をし架空な抵当権を設定した事にした」（第二回証言二十問答）というが、こうした処置が高橋の側の一方的な権限行為であるなら、森川とは相談したが川崎の電話を聞いただけで誰とも相談していないといつたり（第二回一問答）、高橋の事務員であつた金行高一が文案を作つたと証言したり（同十五問答）、「この度の事件で契約書を見て初めて私が家屋税を払う様記載されている事を知りました」「私が契約書を見たのはこの事件になつてからでその以前は見ておりません」などという（同十一問答、十四問答）のは、自分の権限行為の責任感が口先きばかりで行動には窺えないといわねばならぬ。合法的な契約ができ、その工夫によつて森川、高橋両人とも夫々の目的が達せられたからこそ警察の追究も受けず安心しておられたのである。証人川崎昇吉第一回証言四十問答

問　森川源太郎と高橋潔との相談の結果証人が預つた書類に依つて後日片方が請求すれば登記をする様になつていたのか

答　そんな事はきめてありませんでした。両名が請求してはじめて登記をするのであります

要するに、本件においては所有権は始めから移転しておらず昭和十九年十二月八日文書の契約に至つているのである。

(ロ)　昭和十九年十二月八日文書及び同年十二月二十六日の抵当権設定は高橋は九、一八法令違反をごまかす為の仮装的なものであるといい、第一審判決、原判決もこれを認めて本件不動産の所有権は森川に属しないとして横領事実を認定しているのであるが、この事実認定及びこれに対する横領罪の擬律は誤りである。十二月八日文書は有効にして実質的なものである。この十二月八日文書こそは、先きの売買の話をやめて売買契約に代えたものか、それとも売買契約は結んでおきながらこれを隠すために故に仮装された虚偽文書であるかと云うことが本件における不動産が他人のものか否か

の判断の中核をなすものである。十二月八日文書の内容を検討するとまさに所有権は森川にあることが明かにされる。その第一項は森川の所有に属する不動産を担保とする金六千円の借入文書で抵当権設定登記をすること、第二項は当該不動産の使用権及び賃料利子相殺並びに高橋の家屋税その他附加税負担義務、第三項は使用中抵当権を解除しないこと及び森川が出征その他借入金の支払ができぬ場合の代物弁済契約並びに売渡書を第三者に托して置くこと、第四項は高橋の方で出征その他の事で該不動産が不用になつたとき森川が借用金を払えぬときは森川は高橋の指図で不動産を売却して借用金を支払うこと、第五項は第二番抵当権の禁止その他権利設定の禁止、第六項は違約罰条項で森川がこの契約を守らないときは抵当物件は競売に附せられ不足金は勿論、別に金六千円の違約罰金を償い更に森川の有体動産は固より該物件以外の不動産をも差押競売に附しても苦情を申立てることができない、という到れり尽せりの内容を備えているのである。これだけの内容を備えた文書が嘘やごまかしでできる筈もないのであるが作成者である証人川崎昇吉証言を検すると同人第一回証言二十三、二十四問答に

問　森川と高橋との間において売買して登記をすると九、一八法令により処罰されるから売買をせず、抵当権を設定してその裏になる契約書を作つておけば結局売買をしたものと同じ結果になるというので抵当権設定という道を選んだのではないか

答　左様であります

問　すると抵当権設定書、契約書は孰れも実質的なものではなかつたのか

答　孰れも実質的なものでありました

とあつて十二月八日文書及び抵当権設定が実質的なものであると証言し更に同人第一回証言十八、十九、二十問答では

問　形式的に作つたというそれ等の書類にはもしも森川が六千円の金を高橋に返還しない時には彼所有の家屋敷を高

橋に売渡すという様な事が書いてあつたではないか

答　左様であります。高橋と森川とが相談してその様に書いて呉れといつたのであります

問　森川においてもしその様に記載されている事柄を履行しない時には制裁を受けねばならぬという様にはなつていなかつたのか

答　その様になつておりました

問　するとそれ等の書類に書いてあることは偽の事実ではなかつたのではないか

答　左様であります

とあり十二月八日文書が虚偽でなく有効なものであると供述している。また同人第一回証言九、十問答では

問　証人は売渡証書も作つたか

答　一応作つた様に思いますがその日時は記憶していません。しかし兎に角それには森川の所有の家屋敷を買つた様に記載しており又売渡人の名前も買受人の名前も書いてなかつた様に思います

問　その売渡書はどうしたか

答　第三者の方に渡した方がよいだろうと森川、高橋の両名が相談され私に預る様に云われ私かそれやその外の書類を預りました

と述べ十二月八日文書の第三項通りの事実の進行を証言し同第二回二問答では

問　その日証人があずかつた売渡証書森川委任状は結局昭和十九年十二月八日附契約書記載の第三項に基いて預つたのか

答　左様であります

と確認している。同第一回証言十五問答の

検事問　もしも森川、高橋の両名の中片方が出征をすれば九、一八の法令にも拘らず登記をする様にきめていたのか

答　左様であります

という証言は、十二月八日文書の第三、第四項に書いてあることを「左様であります」といつてその有効なことを証言したものなので森川が出征した場合は十二月八日文書の第三項により、高橋が出征した場合は同第四項によつて当該不動産を売渡しその登記をするのでありその為め前記の如く売渡証や委任状の準備もできているのであつて十二月八日文書以前の検事のいう十月二十日のもともとの売買による登記ではないのである。十二月八日文書の有効な事を前提にして始めて右の問も発せられ答も出て来る。なお同人第一回証言十六問答に

問　証人は高橋に対して九、一八法令上現在売買登記はできないから抵当権を設定しておいて一年後抵当流れになつた時その家屋敷を高橋のものにすればよいという様な事をいつていないか

答　その様な事はいつていないと思います。私は一年后その家屋敷が競売になるのではあるまいかといつたのではないかと思いますが何分古い事故その点ははつきりした記憶がありません

同人第二回証言八問答には

問　（前略）抵当権設定が虚偽であれば競売にはならぬ筈であるがその点はどうか

答　虚偽であるかどうか解らない時は競売になるといつてよいのではありませんでしようか。私は競売になるといつてよいと思います

とあるが、競売の事は十二月八日文書の末頃に書いてあり事実所有権が高橋に移転しているならば競売自体固よりあり得ないので証人川崎昇吉は十二月八日文書が有効であるからこそ競売できるというのである。またもし高橋の主張ある

いは原判決の立場では十二月八日文書は形式的であり抵当権設定も虚偽であることになりかような相談をなし登記した川崎昇吉は公正証書原本不実記載及びその行使の罪を高橋、森川両名との共謀の上犯したことになるが、彼は前警察官で司法代書二十年の経歴のある人が虚構文書をたくらんで登記原本を欺瞞するようなことは考えられない。さればこそ同人第二回証言十二問答に

問　契約書が虚偽であるという事は知つていたか

答　私がそこ迄詮策する必要もなく森川さん、高橋さん両名が契約書を作つて呉れといつたのでありましてそれを書くことによつて私が虚偽の登記をしたという事になり刑法上の罪に問われるという事は考えませんでしたといつているのである。次に高橋が第二回証言十五問答で文案を作つたという金行高一の証言六問答には

問　高橋より川崎代書で作つたという契約書を見せて貰つたのだね

答　左様であります。そしてその時高橋さんは君が作つて呉れた契約書は警察に九、一八法令に違反していないという事を見せる為に作つたものでなく（表面は担保の設定で裏面に実は）相互の売買契約をしているという確認に作つたものであるからもしも九、一八の法令違反ではないかと極度に追究された場合困るしまた（川崎代書で作つた文書の趣旨ならば）森川さんとても悪い人の様に思われず売買契約書を書いて登記ができる様に完備しているのだからもう心配する事はないといつておられましたとある。「君が作つて呉れた契約書」というのは川崎代書で作つた十二月八日文書の以前に金行高一が作つた書面のことでこの書面は警察に見せることのできない全くの脱法的文書なので趣旨を変えて十二月八日文書のような合法的なものにしたのである。また売買契約書とは証人川崎昇吉の第一回証言九問答にある売主の名前も買主の名前もなく第三者に預けて置くところの十二月八日文書第三項に基く売渡証書であつて高橋自らも十二月八日文書が有効なことを認めて

いるのである。しかるに高橋はあくまで自分に所有権が移転していると主張しているのであるが、第一回証言四十一問答では

問　所得税（財産税の誤りであろう）をどうして被告人森川にかわつて払わなかつたのか

答　まだ登記ができておらず、従つて名義が森川になつているので払いませんでした

同第二回証言十問答では

問　本件不動産の財産申告はしているか

答　していません

といいながら第二回証言十一問答では、家屋税について

問　証人は家屋税を払つている様だがどういう理由で家屋税を払つたか

答　私が払う様に契約書に記載されていますが、私が払つたのは私の家であるから当然払うべきだと思つて払つたものであり契約書に基いて払つたのではありません。この度の事件で契約書を見、初めて私が家屋税を払う様記載されている事を知りました

と述べ家屋税を自分の家だから当然払つたという後の証言が本当なら前の財産税を森川名義の不動産だから払わないという理屈は成立たない。家屋税を高橋が負担することは十二月八日文書の内容として記されてあり、高橋は契約書を見ていないというが、それでは

問　然しこの契約書で警察の調べに対して防禦をするのだろう。であれば契約書は常に覚えておかなければいけないのではないか

答　私が契約書を見たのはこの事件になつてからでその以前は見ておりません

という奇妙な問答がなされている（高橋潔第二回証言十四問答）。十二月八日文書は見るも見ないも高橋、森川立会の上作り各自署名捺印してあつて成立に争いのないものであつて、十二月八日文書の契約が有効であるからこそ、その第一項に基き抵当権設定書があり、第二項に基き使用権賃料利子相殺公課負担があり、第三項、第四項に基き当事者が応召出征した場合の代物弁済の予約や当事者更替が定めてあり其際の用のため殊更に売主、買主の名前の記載されていない第三者に預け置くところの売渡証書委任状が作成され、第五項、第六項に基き違約罰の制裁があり（森川源太郎供述書及び松岡庄一供述書に松岡が違約罰金たる六千円を負担した旨あり）、十二月八日文書にある儘が現実に行われているのであるからこれを嘘だと口ではいう事はできても行為が許さない。またかような仮装文書としてはありようがない。実体的な内容を有する十二月八日文書によつて、実際上売買と同一な経済目的が達せられ法律上の所有権の有無はこの場合対物行動上何も異る所はないのであるから、九、一八法令違反の問題のため最初の単純な売買の話をやめてこの十二月八日文書の契約ができ上つたということに少しも不思議はないのである。なお証人川崎昇吉の証言により見ると売買という典型的契約のみが九、一八法令に違反すると解していたようにも思われるが、交換であろうと代物弁済であろうと負担付贈与であろうと、いやしくも対価が擬せられる以上名義如何に拘らず価格が超越する限り九、一八価格停止令の違反になることは固よりである。十二月八日文書は売買予約というより条件付売買契約であり代物弁済の予約ともいえるし流質契約にも見えるがこれが実質的であり有効であるからこそこれに基く抵当権設定の真実性によつて九、一八法令の違反に問われず、しかも森川、高橋両人の希望通りの経済的目的も達せられたのであつて、もし形式的仮装行為であるなら右のような内容から直ちに九、一八法令違反として追究されるであろうといわねばならない。

次にこの十二月八日文書を廻る当時の状勢などを別の角度からも究めて置く。第一に、告訴状（厚い方）によれば森川、高橋間の売買の話は四ヶ月も五ヶ月も前の夏の頃から二人も三人もの男が仲に入つて幾度も話を進めてなお纏まら

なかつた揚句でき上つたもので値段のことなどは村内の大評判になつて部落で誰も知らない者はなかつた旨の記載があり、また当時警察署の経済係りの巡査が六回も七回もしつこく調べに来たと書いてあり、到底仮想行為などで九、一八法令違反をごまかせると甘く考えられる実状ではなかつた。単純な売買は九、一八法令に触れる反法行為であるからこれに代る十二月八日文書の如き方法で経済生活の目的を達しようとすることはそれ自体実質的なものであり有効行為であるから、これでこそ警察に立派な申訳が立つのである。第二に、昭和十九年十一月二十八、九日の状勢は告訴状（厚い方）によつて見ると空襲の危険が迫つて神戸市にある高橋の家内からはやかましく家の借入れを促し疎開をせき立てて家財を送り付けて来たが置場所がないので他人の家に保管を託し家族は待ちきれず神戸を立つて来たが家がないので旅館で寝泊りをしていた。かような状態で折角話がついていた家の売買が価格統制違反になつて買取ることが不可能とすれば何んとかその家を使用する方法を考え貸金をしてその家を抵当に取りその存続中その家を使用する権利を得ようというのは売買をせずにこれに代えて目的を達する考案なのである。また高橋の同告訴状には「何の縁故もない森川に当時としては大金六千円を貸す訳もありません」とあるが、事はかように単純な金借関係ではなく立派に高橋が該家屋の使用権を得たのであつて、況んや高橋と森川との間は木材取引をした事がある知合の間柄である（証人高橋潔第二回証言七問答以下）。第三に、十二月八日文書には抵当権を設定して金を借りても、もし森川が出征した後で借金が残つていれば家族が困るであろうから森川のためには借用金額で家を引取つて貰う条項があり、高橋のためには彼が出征すれば家は残された家族その他高橋の指図に従つて第三者に対して登記される条項がある。そのためわざわざ売渡証書を作り宛名の所を書入れないで殊更に空白にし第三者に託して置く条項もあつて、現にその通り実行されているのである。売渡証書があるから所有権は移転しているのだというのは今になつて高橋の云う所であり検事側の見方であり判決も結局同旨に判示しているがこれは単なる売買のための売渡証書ではなく十二月八日文書の第三項、第四項に基くものであ

る。このことは当時の終戦間際の騒然たる社会状勢から見ても、又高橋、森川のような境遇、心情にあつた何人もがまさになしたであろうところの常識通りの所為なのであつてこれを殊更の仮想行為であるとか形式上のものであるとか後になつていうのは当らない。第四に、同告訴状に「代書人は警察に対する対策上表面便宜上金を私が森川へ貸したことにして目的の土地家屋へ第一番抵当権を設定し支払期日満了と同時に私の方へ流れ込む様にしたらよかろう、そうして前に両名間に於て契約書を取替して置いたらどうかという助言だつたので私と森川とがそれではそういう事にしようと話し合いました」とあり、これは十二月八日文書の第三項「乙ガ将来出征其他ノ故障アリ借受金ヲ支払出来難キ場合ハ抵当物件全部ヲ右借入金額ニテ乙ハ甲ニ売渡ス特約ニシテ予メ売渡証書ヲ作成シ第三者ニ托シ置クモノトス」と云う条項がまさに実質的であり有効な事の証拠である。第五に、同告訴状には財産申告の法令が出て財産税を払うことになつたとき森川が売買登記をして呉れといつて来たといつて実際に売買をしていたからこそ森川がかような請求をして来たのだと書いてあるが、これこそ森川が自分の所有であるから自分で財産税を払わねばならぬと考えてゐたことの証拠でありこれに反して高橋は他人の財産だから財産税は払わなくてもよいと考えていた事の証拠である。もし高橋に所有権が移転しているなら森川は登記をして呉れ等とはいうわけがなく登記簿上所有者になつていて財産税を払うことになつては困るから財産税は高橋が払つて呉れといつて来る筈である。更に十二月八日文書第二項は「乙ニ対スル地租、家屋税其ノ附加税ハ甲ニ於テ使用期間中甲ガ当然支払フモノトス」とあつてこの契約当時財産税の事などは固より予期しなかつたのであるからそれを懸念して財産税も高橋が負担することを念を押して頼んだのである。

森川の供述書によれば「昭和二十一年三月頃財産税申告の時も私は高橋を訪れて本件家屋敷を買つて呉れないかといいますと高橋は財産税が高くなるから今買われないといいました」と述べられている。以上の如く十二月八日文書が有効であるにも拘らず高橋が形式的な契約で警察に見せる目的で作つたのであるとか架空な抵当権とかいうのであるが

抵当権設定書及びこれが登記されたところの表示がその文字通りの単純なものではなくてその前提として十二月八日文書という内容の充実した根拠があるという点から登記簿上の抵当は事実と異るというのであれば架空な虚偽の抵当権という意味も理解できないでもないが、これとて実質的には十二月八日文書の各条項の目的の隠れた法律行為で登記された抵当権は表面は単純な抵当権であるが目的は十二月八日文書の内容である条件付売買、代物弁済の予約、使用権、担保解除の条件、当事者更替、違約罰の諸条項が隠れている。単純な抵当権設定という点ばかり見ているから形式だとか虚偽だとかいわねばならぬことになつて来るのであつて、十二月八日文書の実体から観察すれば、たゞ登記簿上に現われた文字通りの抵当権設定でなく十二月八日文書という多くの実質内容を含んだ正当な法律行為を認めることができるのである。斯くして

証人川崎昇吉第一回証言三十問答

「只形式的に売買が出来ないため抵当権を設定しそうしてその裏づけとして契約書を作つたのであります」と云う意味も理解が出来るのである。

(ハ) 十二月八日文書はかように実質的有効なのであつて、これは森川、高橋両人が相談した結果双方捺印の上成立したものであることは争いの余地がないのである。そして十二月八日文書が以上検討した如く有効であるのかそれとも高橋がいうように形式的な仮装のものに過ぎないのかを論定する事が本件における不動産が他人の物であるか否かの判断の中核となるのであるが、これについて証人高橋潔の証言は本件の被害者として森川に係る本件の罪体、すなわち外部的所為につきては重要な証拠価値を有するが民法法規の判断に基く刑法第二百五十二条第一項にいわゆる「他人の物」に該当するや否やの論定に際しての証拠価値は、民事訴訟における当事者本人訊問以上には出ずこれと対立する森川源太郎の公判廷における供述及び証拠として提出された供述書と価値において対等同列である。而してこの場合実に証拠と

して第一列に位するものは森川、高橋の間に介在し十二月八日文書の作成者である第三者の川崎昇吉の証言である。ところがこの川崎昇吉の第一回証言には部分的に相容れない矛盾が甚だ多く全体的内容の補促が困難である。例えばその十七問答では「抵当権を設定しておけば九、一八法令の違反にならぬからというので形式的にそれを作つたのであります」といい、二十一問答では

判事問　もともと森川と高橋との間には売買契約ができているが所有権移転登記というものが九、一八の法令によりできない、もしそれをすれば売つた処の森川が処罰されるという事になるから抵当権設定という架空なものをこしらえそれからそれでは後日売渡したのではなかつたのではないかという事をいうかも知れないというので高橋の不安を除くために契約書等を作つたのではないか

答　左様であります。事実は売買であつたのですがそれでは違法になるというので形式的に抵当権設定という道を架空にこしらえたものであります

と証言しながら二十四問答では

問　すると抵当権設定書、契約書は孰れも実質的なものではなかつたのか

答　孰れも実質的なものでありました

と先に形式的で架空なものといいながら今度は実質的であるという。また三十二問答に

問　契約書というのは売買をとりやめたがその売買と同じ効果を与える様にするために作つたもので証人の云う所の形式的な抵当権設定に対するもの（の根拠となるものの意味）ではなかつたのではないか

答　私はその様な意味において書いておりません

といいながら、二十三問答では

問　森川と高橋との間において売買をして登記をすると九、一八の法令により処罰されるから売買をせず抵当権を設定してその裏になる契約書を作つておけば結局売買をしたものと同じ結果になるというので抵当権設定という道を選んだのではないか

答　左様であります

と全く反対の証言をしている。なお十七問答で「抵当権を設定しておけば九、一八の違反にならぬからというので形式的にそれを作つたものでありまして真実は売買ができていたのであります」といい、四十二問答では

判事問　売買は自由にできその登記もできるが九、一八の法令に定めてある価格を超える部分で売買をする事ができないから売買はしても登記をしないで架空な抵当権設定という様な道を選んだのか

答　左様であります

といつているが、同人第二回証言九、十問答では

問　（前略）売買ができた事にも契約書ができた事にも証人はタッチしていないのだね（後段は契約書は川崎昇吉の創意ではないの意味）

答　左様であります

問　すると一万三千五百円の売買があつたという事はわからないのだね

答　左様であります。唯最初来られた時売買ができたといつて来られたゞけであります

と証言している。かように川崎昇吉の証言には齟齬が多いのであるがそれには相当の理由もあるのであつて、それは最初に森川、高橋両人が売買登記を頼みに来た時から十二月八日までは余程の時が経つていること、九、一八法令の違反になるというので特別の措置を考えねばならぬ事情があつたこと、そしてでき上つた契約書（十二月八日文書）は抵当

権の裏付書類とかいう法律上は売買ではないが売買と同じような実質を盛つたものであることなどが考えられる。更に、高橋が特に形式的なものといつているところの登記簿上では単純な抵当権設定が、契約書（十二月八日文書）作成の日から更に時が経つた十二月二十六日に登記され、これが法廷の証言の時は五年前の記憶として述べられているのである。原審も川崎昇吉の証言が内容において矛盾があることは認めているが、川崎昇吉の証言中十二月八日文書が有効であり実質的であるという証言は量的に多いばかりでなく前項に述べたようにその真実性を肯かしめる実質的事由を持つているのであつて、高橋潔の証言を超えた先位の決定的証拠である。なお注意を要することは、川崎昇吉の証言中には十二月八日文書を「かげの契約書」（第一回五問答）、「裏づけとして契約書を作つた」（同三十問答）、「形式的に作つた抵当権設定の裏づけとして書いたのであります」（同三十三問答）といつているのであるが、十二月八日文書を形式的といつた証言は一つも存しない。形式的といつているのは総て抵当権設定の事であつて（第一回証言五、十七、二十一、三十、三十一、三十三、三十六問答に形式的という言葉を使つているが何れも抵当権設定を指している）、この点は川崎昇吉の証言に矛盾はなく、この抵当権は登記簿上は単純な抵当権でもそれは十二月八日文書が根本に存在するのであるからその限りでは「形式的」という言葉も誤りではないわけである。即ち川崎昇吉の証言は所有権が森川にあるごとを明らかに記している十二月八日文書が形式的で無効であるといつた事は一度もないのであつて、彼のいう形式的なものとは登記簿上の抵当権（十二月二十六日登記）を指すのである。十二月八日文書は抵当権の裏づけとして有効であるこの点については同証言は一貫しており矛盾するところはない。本件において川崎の供述内容は所有権の所属を決するについて重要な証拠上の位置を占めるもので、単に部分的に判断して貼付けたのでは措信証拠にならない。第一審判決の採用した川崎昇吉の証言はこれを以つて判示のような事実認定の資料とはならぬもので、これを認容した原判決も亦誤りである。

原判決は控訴の趣意第一に対する説示において「原判決挙示の証拠によれば昭和十九年十二月八日の抵当権設定契約及びこれに基く抵当権設定登記は形式的、仮装的になされたものの」と認められるというが、十二月八日の契約は単なる抵当権設定契約でないこと叙上の通りであつて、また形式的という事ができるのは登記簿上の単なる抵当権設定登記を指すものであることも上来第一審判決挙示の証拠によつて優に認められる。原判決は控訴の趣意として有効な実質的内容を持つところの成立に争いない十二月八日文書の重要性が指摘されているにもかゝわらず、何ら十二月八日文書の実体を検討することなく、これを単なる「抵当権設定契約」と称している。原判決は判決に影響を及ぼす法令の違反があり、また重大な事実の誤認があり原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものといわねばならない。

第二

第一審判決は被告人松岡庄一に対し刑法第二百五十二条第一項、第六十条、第六十五条第一項を適用し、原判決もこれを認めたのであるが、松岡の所為は何ら犯罪を構成するものではなく原判決は不当な法律の適用を認めたものである。昭和二十二年三月五日に森川は松岡より金八千円を借入れ次いで同年八月一日に更に森川は松岡より金二万円を借入れこの時は本件不動産の二番抵当権設定書を作成した（第一審証拠）。この二番抵当権の登記はこれより一年後昭和二十三年九月六日に為されている（第一審証拠）。民法第百七十七条は不動産に関する物権の得喪変更は登記を以つて第三者に対する対抗要件としている原則規定であり、登記という物権の存在を推定せしめるような外形を信頼したものはその外形に伴う権利の存在しない場合であつてもなお保護すべきであるとするいわゆる公信の原則は、物権者の静的安全を犠牲にしても取引の安全を保護しようとする制度であつて近代法の一理想の表現である。そして登記がない限り変動を否認し得る第三者の中に、譲受人が登記をしない間に譲渡人が擅に抵当権を設定した場合の抵当権者、また二重に譲渡した場合の第二次の買主も含まれることは裁判例、学説の見解の一致しているところである。前者の例は大審院民事部判決・大正四年十

二月三日（民事判決録一九七七頁所載）及び同昭和七年五月二十七日判決（民事判例集一二七九頁所載）があり、後者の例は同昭和十年十月一日判決（民事判例集一六七一頁所載）等がある。甲所有の不動産について、乙が所有権を取得しても登記がないときは同一不動産について抵当権、所有権その他の物権を取得した丙に対しては、乙は所有権の取得を主張し得ない。丙がその取得した物権について登記をしなくとも同様である（この点の判例は大審院民事部判決・大正八年五月二日民事判決録八九二頁所載、同昭和九年五月一日民事判例集七三四頁所載、同昭和十九年十月六日民事判例集五九一頁所載等）。丙が登記をすれば、丙の取得した物権が所有権であるときは乙の所有権取得は全然主張できず、丙の取得した物権が抵当権であるときは乙はその権利によつて制限された所有権を取得し得るに過ぎない。本件において松岡は既に昭和二十三年八月一日に本件不動産の抵当権設定契約を結んでいるのであつて、仮に高橋が本件不動産を買受けていたものとすれば、松岡に対してはこのとき既に制限せられた所有権しか主張できず、次いで松岡のこの抵当権は一年後の昭和二十三年九月六日に登記を完了しているから、松岡はこのときに高橋に対して抵当権取得の主張ができる。一方森川は、もし高橋に当該不動産を既に売渡していたのであれば、この昭和二十三年八月一日に当該不動産を自己の所有のものと暴認したことにより横領所為を犯していることになる。第一審判決及び原審判決は、昭和二十四年二月五日に被告人森川と松岡とが共謀して所有権移転登記をなし本件不動産を横領したというのであるが、本件につき松岡と森川が共謀して横領所為に及んだという事実は第三(イ)に後述するようにいかなる時にも存しないのであつて、松岡は右の二番抵当権登記の後森川がその債務の弁済をしないので昭和二十四年一月福山裁判所に金銭債務調停申立をなし債務の履行を求めた所、森川が本件不動産であるところの担保物件を以て代物弁済をなすことに調停が進み、松岡は貸金の返済を受けるのが目的であつたのであるがそれが期待できないのでやむを得ず代物弁済を承諾し該不動産の所有権移転登記を昭和二十四年二月五日になつて完了したのである。かように松岡は自己が有するところの森川に対する債権、当該不動産上に有する抵当権

の実現の為めの目的を以つて行使した権利行為が本件行為なのであつて、原判決が昭和二十四年二月五日に松岡が森川と共謀の上横領行為を為したものと認め刑法第二百五十二条第一項、第六十条、第六十五条第一項を適用した第一審判決を改めなかつたのは、何ら罪とならない所為に対する不当な法律の適用を支持した不法がある。原判決は「松岡は本件不動産の占有者である森川と共謀して擅に本件不動産につき自己に所有権移転登記をしたことを認め得る」というが、これは甚だしく正義に反する事実の誤認であるばかりでなく、前掲の諸裁判例を無視した法律行為の解釈である。

第三

第一審判決はその理由第一において「被告人森川源太郎、同松岡庄一は共謀の上」と事実認定し「被告人松岡庄一の判示所為中横領の点は刑法第二百五十二条第一項、第六十条、第六十五条第一項」に変当するといい、原判決は「松岡は本件不動産の占有者である被告人森川と共謀して擅に本件不動産につき自己に所有権移転登記をし……共謀による横領罪が成立する」と判示したのであるが、松岡と森川とが共謀したという事実は第一審判決の採用する証拠によつてもまた第一審において取調べられた他のいかなる証拠によつても認める事ができず、共謀による共同正犯と認めることはできない。

(イ) 本件につき第一審判決の基礎となつた各証言において松岡、森川両人が共謀したという点に何らかの関係があるように見える証言すら見出し得ないのであるが、敢て列挙するとこれを二つに分つ事ができる。

第一のものは松岡が当該家屋敷が高橋の所有に属するものであることを知つていたという証言である。証人高橋潔第一回証言十五問答は、

検事問　証人が被告人森川、同松岡とが共謀して証人が森川より買つている家屋敷を売買しているのではないかと思つたのはどうしてか

答　昭和二十一年の総選挙の時その運動員として勤めてくれた四、五人の者が私の家で宴会をした事がありますが彼は修繕していた事を知つていたのであります

とある。(一)これは高橋が「一応不審を抱く」というだけの事である。たとい高橋が家を買つたという噂を聞き松岡が一度はこの噂を信じた事があつたとしても高橋に対して所有権移転の登記が為されておらず却つて抵当権設定の登記がなされているのであるから松岡は高橋所有の家と見るわけもないが、そもそもこの抵当権登記は高橋にいわせると九、一八法令違反を脱れる目的のごまかしで世間を欺くためのものであるから、第三者たる松岡が外部より真相を知ることができぬ筈のものであり、高橋が買取つたとの噂が一般人に直ちに信用される程の真実性があつたならこれをもつて世間や警察をごまかすことなどできない筈のものである。(二)宴会に集つた四、五人の者というのは中居仲三郎、中居正一、土井律雄、松岡庄一、宮本岩太郎の五人であるが中居仲三郎証言四問答、中居正一証言七問答、二十三問答、土井律雄証言八問答でそれぞれ「よい買物をした」という内容が違つているし、松岡庄一は全然そのような事はいつたことも聞いた事もないといい、宮本岩太郎は覚えないといつたので証人に申請されなかつた。またこの宴会の時期について高橋は「昭和二十一年の総選挙の時」であるといい中居仲三郎は「昭和二十年か二十一年の四月頃」といい（同人証言五問答）土井律雄は「高橋さんが来て間もない頃」といつて（同人証言十二問答、高橋の移転して来たのは昭和二十年四月二十七日）一致していない。なおまたこの宴会に集つた者は被告人松岡を除いて皆同じ政党（社会党）に入党している

す。その時私が森川より買受けた家の話が出て四、五人の者が皆なよい買物をしたといつて呉れました。それを此度の様に二番抵当に入れたという事には一応の不審を抱きます。その上私は二十万もの大金を使つて森川さんより買つた家の修理をしていたに拘らずそれを三万円にも満たない不当な価額で売買をしたという事を考えるとどうも両名が共謀した様にしか思われません。

もつとも私が二十万という大金をかけてその家の修繕をしているという事を松岡が知らないのならばよいのであります

とある。(一)これは高橋が家を買つたという噂を聞き松岡が一度はこの噂を信じた事があつたとしても高橋に対して所有権移転の登記が為されておらず却つて抵当権設定の登記がなされているのであるから松岡は高橋所有の家と見るわけもないが、そもそもこの抵当権登記は高橋にいわせると九、一八法令違反を脱れる目的のごまかしで世間を欺くためのものであるから、第三者たる松岡が外部より真相を知ることができぬ筈のものであり、高橋が買取つたとの噂が一般人に直ちに信用される程の真実性があつたならこれをもつて世間や警察をごまかすことなどできない筈のものである。(二)宴会に集つた四、五人の者というのは中居仲三郎、中居正一、土井律雄、松岡庄一、宮本岩太郎の五人であるが中居仲三郎証言四問答、中居正一証言七問答、二十三問答、土井律雄証言八問答でそれぞれ「よい買物をした」という内容が違つているし、松岡庄一は全然そのような事はいつたことも聞いた事もないといい、宮本岩太郎は覚えないといつたので証人に申請されなかつた。またこの宴会の時期について高橋は「昭和二十一年の総選挙の時」であるといい中居仲三郎は「昭和二十年か二十一年の四月頃」といい（同人証言五問答）土井律雄は「高橋さんが来て間もない頃」といつて（同人証言十二問答、高橋の移転して来たのは昭和二十年四月二十七日）一致していない。なおまたこの宴会に集つた者は被告人松岡を除いて皆同じ政党（社会党）に入党している

ものである(昭和二十四年十一月十二日公判調書参照)。㈢家の修繕のことについては高橋の第一回証言十七問答に「私が先程述べた様に修繕していた時松岡はそれを見ていました。又先般彼は私が修繕した所を壊して呉れともいつてゐる位で修繕しているという事は知つていたのであります」と答え、前後の修繕している所を松岡が見たというのは同第二回証言五問答で昭和二十二年七月頃で「丁度修繕し改造ができていた頃」というが、同人第一回証言十八問答によると修繕したのは「昭和二十二年三月頃より同年八月頃まで」といい、昭和二十二年八月一日には森川、松岡の間には既に二万円の金融で当該不動産を松岡に対して二番抵当権を設定する旨の約束が成立しその旨証書が作られている(抵当権設定金員借用証書参照)。そして二番抵当権の登記は一年後の昭和二十三年九月六日であるからこの時期に共謀と認められるべき事実は存しない。後段の修繕した処を壊して呉れといつたというのは松岡は修繕した箇所を指示して呉れといつたと供述しており「先般」というのは昭和二十四年六月頃で(松岡庄一供述書六、高橋潔第一回証言三十七問答参照)、既に松岡に対する所有権移転登記が済んでいる後の事で森川の供述書に高橋が修繕するのを承諾したと述べているから所有権の移転をする頃には松岡が自分の物になる家の修繕位は知つているのがむしろ当り前である。㈣「不当な価格」というのは八千円と二万円の貸金なのであるが、最初の八千円は該不動産とは関係がなく、横領するについて共謀があつて松岡がこれによつて利益でも得ようとすれば進んで抵当権を取得したでもあろうがこの二番抵当権登記債務者森川に対し貸金の支払方を屢々督促した結果一年を経つてから辛うじて担保設定の登記が履行されているのであるから松岡としては好んで取つた担保ではない。更に起訴状も第一審判決も二万八千円の対価で横領したといつているが松岡庄一は当該不動産の所有権取得には七万円余を支払つている(昭和二十四年十一月十二日公判廷における松岡庄一供述参照)。高橋が相当の造作費を投じ該家屋敷の価値が上つたとしても高橋が現に住居している家であるから債権者松岡にとつて決して好ましい家ではなく森川に対する債権の取立が困難なところから已むを得ずこれを取得したのが実状

である。以上の如く宴会の席上の話のこと、修繕のことはいずれも共謀関係の証拠にはならない。証人高橋潔の第一回証言三十三問答に「森川は昭和二十二年九月十六日実印を紛失し改印をしたといつているのに翌月私にくれた商売関係の領収書に紛失した実印を押している等彼は軽卒だから綿密に計画はしない、よつて本件は松岡庄一の誘われに流れてやつた様に考えております」といつているが、同十二問答では

問　被告人森川源太郎の性格はどうであるか証人は知つているか

答　私にはわかりません

とある。固より右の松岡が森川を教唆したような高橋の想像はあくまで個人的意見に過ぎない。次に証人桑田貞美証言中

答　(松岡)と話合をした事があります。松岡さんとは昨年(昭和二十三年)の春頃話し合いを致しました。そうしてその時松岡さんは森川さんは高橋さんの家を方法によつたらもうけになるといわれました

証人松岡正信証言三問答

答　(松岡と話し合つたことが)あります。それは松岡庄一さんの家に私がある用事で行つた時(同六問答によると食糧調整委員選挙の頃)高橋さんの家はうまい事をすればもうかるといわれましたのでそれでも高橋さんは買つておられるのですからよい方法はないでしようときかえした事があります

という証言があるが、これとて松岡、森川の共謀の証明とはならない。

検事の論告中共謀に関する部分は「証人高橋潔、同川崎昇吉、同土井律雄、同藤井定市、同桑田貞夫が述べた証言、裁判所に提出した証拠書類を総合しつぶさに考えてみるならば被告人等両名が如何に細工をし又如何に頑固に否認して見ても共謀で本件不動産を横領した事は間違なく充分それらに従つて証明されるのであります」として証人松岡正信の

証言を挙げていないのを見ると右のうまいことをすればもうかるという証言は重要視しなかつたのかも知れないが、かように抽象的な内容の証言は共謀の事実を証するに足らず、第一審に現われた証拠上共謀と認められる事実は斯くして全く見出すことができない。いわんや昭和二十二年八月一日には森川が本件不動産を松岡に対して二番抵当権を設定する契約書があり森川は松岡より二万円の借用金を受取つていて、もし高橋の所有権が事実であるとしても、以後横領所為の共謀ということは考えられぬ。

第二に、共謀関係の証拠と見られるものは証人高橋潔の第一回証言問答で

答　本年一月の終り頃芦品郡岩谷村土井律雄の方の工場に森川の甥になる益吉という人が来て私が森川より買つている所の家屋数の件で何か森川と松岡が画策しているらしいと其処に勤めている松岡芳治にいつたのです。それを松岡芳治さんが私に教えてくれ不安を感じていましたとあり、これが本件証拠中に見出される唯一の松岡と森川の共通関係の証拠で、ここでは伝聞のその又伝聞として高橋が松岡芳治から聞いた所によると松岡芳治が森川益吉より聞いたというのであるが、これについて証人森川益吉は松岡芳治に会つたこともないといつている（同人証言五問答以下）。右の高橋の証言は第一審が証拠として挙示している証言の中に見られる唯一の森川、松岡両名の画策という証言であるけれども、これは森川益吉の話しを松岡芳治から聞いたとかまたそれを土井律雄から聞いたとか伝聞に過ぎないのであつて到底これを証拠とできないものである。また検事の論告によると「又被告両名が共謀で不動産を横領しているという事は証人藤井定市の証言によると金銭債務の調停裁判をしたが余りにもその調停裁判は早く成立し同人が経験したうちでも不思議な位早くすんだという事がいわれ又証人桑田貞夫の証言によれば昨年の春頃松岡庄一と話合をしその時松岡庄一は森川は高橋の家を方法によつたらもうけになるといつております。しかし被告人松岡が多少の法律を知つているが為に松岡が二万八千円を森川源太郎

に借用した事にしその返済なき為調停裁判を申立て早急のうちに調停裁判を済ませ本件不動産の所有権を松岡に移転しまんまと横領したのでありましょう」というのであるが、これにつき、㈠証人藤井定市の証言は第一審判決が証拠として挙示していないばかりでなく六問答に「調停では相談している様に思いませんでしたが普通の調停とは早く済んだ様に思つております」といい、十四、五問答でも

検事問　申立人と相手方とが相談してやつた様に思わなかつたか

答　その様な事を考えていませんでした

問　現在証人はどう考えているか

答　只早くすんだと思います

といい、四問答、十三問答も共謀の事実はないと証言している。しかも同じ調停委員として調停事件に列席していた小林正衛の証言によると、その十五問答に

問　家は私（松岡庄一）も持つているからいりませんというと証人はそれでもとつておけば良い事があるといわれ、そうして又森川さんが所得税が多額になるから困るといわれたとき証人は私が直接税務所に行つて良い具合にしてやるから心配しなくてもよいといわれましたが証人は覚えているか

答　覚えております

とあつて、共謀の事実がないことは明らかである。その上この調停裁判における調停主任判事は本件第一審の裁判官である門田実判事であり該調停裁判に列席しながら全くの芝居に欺かれて調停が成立したとは考えられぬところである。原判決はかように証拠がないのに拘らず共謀の事実を認めているのであるが、それはこの調停事案が両人共謀の欺罔行為であつたというに帰し、ここにも原審が本件の全貌を検討しない不法がある。

(ニ)検事の論告では調停裁判が余りにも早くすんだということに疑を持つようであるが、森川が松岡に対して抵当権を設定し二万円の借金をしたのは昭和二十二年八月一日であり、そしてこの二番抵当権の登記は松岡が債務履行を幾度も督促した結果一年後の昭和二十三年九月六日に為されたのであつて、それから更に半年も後の調停が早く済んだか否かは調停申立が芝居であるため調停が早くすんだという疑と何処にも連関性がない。「松岡が二万八千円を森川に借用した事にしその返済なき為調停を申立て早急のうちに調停裁判を済ませ、本件不動産の所有権を松岡に移転してまんまと横領したのであります」という検事のいう共謀事実は、最初の八千円の貸借契約の成立した時である昭和二十二年三月五日から公訴事実及び第一審並びに原審判示の横領罪成立の時期である昭和二十四年二月五日迄に実に二ヶ年の時日が経過しており、この二年間が森川、松岡両名の共謀に基いて経過したという証拠は皆無であるが、むしろこうした二年間の経過について原判決は一顧も与えていないのである。原判決は、証拠に基かずして罪情事実を認定した第一審判決を支持した違法があるばかりでなく、控訴の趣意についての判断(第三点について)はその重要な論点に対する考慮吟味を忘り合理性を欠くものであつて、著しく正義に反する違法及び事実誤認を犯すものといわねばならない。

(ロ) 原判決は被告人松岡は森川と共謀による共同正犯であるという第一審判決を支持したが、本件において証拠上被告人松岡、森川両名の共謀事実が存しないことは前項第三の(イ)に詳論した通りで、ここに更に共謀共同正犯論の吟味を加える。共謀共同正犯論の第一は「二人以上の者一心同体の如く互に相寄り相援けて各自の犯意を共同的に実現し」云々という昭和十一年五月二十八日の大審院判例により広く認められるに至つた共同意思主体説であるが、この説では本件松岡はいかなる故意(犯意)を以つてその実現を森川と共同的に為したかが問題である。証人桑田貞美によると松岡は昭和二十三年春頃「森川さんは高橋さんの家を方法によつたらもうけになる」といつたというが(同人証言四問答)、その半年前の昭和二十二年八月一日に森川は松岡に対して本件不動産を二番抵当にさし入れ金二万円を借用して

いる(公訴事実及び原判決はこの森川の所為を不動産所有の冒認行為として問うていない)。ここにおいて、もし本件不動産が高橋の所有に属するならば、その他人の所有する不動産の横領ということについて、松岡の意思表現と森川の意思表現は、時期においても異り、松岡が意図をもらしたとするなら森川はそのはるか以前に冒認所為を犯していて、両者が一心同体の如く相寄相援けて横領の故意を実現するという状態とは全く様相が違つている。また横領の故意とは他人の物を自己が不法に領得しようとする意思であり、この場合第三者をして不法に領得せしめる意思を含むと云う裁判例があるが、第一審判示の如く森川と松岡とが共謀の上「ほしいまゝに森川の松岡に対する金二万八千円の債務につき該不動産を以つて代物弁済することとしてこれが所有権を右松岡名義に移転完了し以つて之を横領し」たという為には、松岡の故意は他人の物を不法に領得せんとする意思でなければならず森川は他人の物を松岡をして不法に領得せしめんとする意思があつてこの両名が一心同体の如く相寄り相援けて各々の故意を実現したのでなくては共謀、共同正犯にならない。しかるに松岡の所為は自己の森川に対する債権の実現を目的とする権利行為であり森川はこれに対して代物弁済を以つてしたに過ぎず決して不法領得の目的を以つてなされたのではない。また昭和二十三年九月六日には松岡は二番抵当権登記を取得しており本件不動産が高橋の所有であるとしても登記の欠缺に依り高橋に対抗することができる。また昭和二十四年一月十七日の本件代物弁済の調停裁判に際しては、その調停委員として列席していた証人小林正衛及び証人藤井定市の証言により(前項第三(イ)に詳しい)調停申立てが相談して行われたとは思われないのであつて、いわんや一心同体の如くという様子は想像すべくもない。第二は刑法第六十条に所謂「実行」を犯罪的計画の実行と解するもの、第三はこれを狭義の実行行為でなく単なる行為の共同と解するものであるが、しからば不動産横領の「実行」とは何かということが問題になる。不動産横領行為は不法領得の意思の発現の行為あれば足り処分行為を必要としないというのが判例、学説の見解である(この点後述第四参照)。従つてもし本件不動産が高橋の所有であれば、横領

行為は森川が二番抵当を設定した昭和二十二年八月一日に遡げられている筋合である。ここにおいても判示の如き横領の共謀、共同行為は考えられない。また犯罪計画の共同という事は固より本件のいかなる証拠にも見出すことができない。公訴事実も第一審判決の判示も原審の説示も松岡に対する所有権移転登記が完了したという事実を認めるのみであつて、判示はいうまでもなく本件のいかなる証拠を探しても、松岡、森川両名がいかなる行為を共同したか知ることができない。また共同正犯たるには共同行為が森川、松岡両名の相互的意思の連絡の下になされねばならないが、証人高橋潔の証言にあるところの松岡が本件不動産が高橋の所有なることを知つている筈だという主張は（前項第三(イ)参照）、たとえ真実であつても共同正犯の証明にならない。第四は自己の為めにする意思があれば足るという説で最近の判例はこの説を採るもののようであるが、前記の桑田貞美証言四問答の「松岡が森川さんは高橋さんの家を方法によつたらもうけになると云つた」というのは、松岡の「自己のためにする考えの現われということができないし、松岡は自己の権利実現が目的であつて森川の横領所為加功が目的でないことは前述した処である。

原判決はこの点において「共謀」の用語を用い本件松岡の行為を横領罪の共謀、共同正犯と断じているもので結局事実並に法律の適用を過りその結果は甚しく正義に反するものといわざるを得ない。

第　四

原判決は被告人森川、同松岡の所為を横領罪としその犯罪成立の時期は昭和二十四年二月五日であるとし、その行為は「被告人松岡は本件不動産の占有者である被告人森川と共謀して擅に本件不動産につき自己に所有権移転登記をした」というのである（控訴の趣意第二に対する理由）。そもそも横領罪は自己の占有する他人の物を不法に領得する意思を発現する行為によつて完成し物に対する処分行為の完了を必要としない。あるいは不法領得の意思を要しないとするものも

あるが、なお権限乱用の意思の発現ある行為があれば足り物に対する処分行為は完了されるを要しないと説いている。本件証拠により被告人森川、松岡両名の外部的所為を表記すると左の如くなる。

昭和二十二年三月五日　森川が松岡より金八千円借用（同日付金員借用証）
昭和二十二年八月一日　森川が松岡に対して本件不動産を二番抵当に差入れ金二万円借用（同日付抵当権設定金員借用証書）
昭和二十三年九月六日　松岡が二番抵当権登記取得
昭和二十四年一月十七日　松岡の森川に対する債務履行申立調停成立
調停証書によると「相手方（森川）は申立人（松岡）に対し目録記載の不動産の所有権を移転し昭和二十四年一月三十一日限り之が移転登記手続をする事」（一項(二)）とあり「調書は前同所に於て関係人に読み聞かせた処之を承諾した」とある
昭和二十四年二月四日　二番抵当権抹消の登記
昭和二十四年二月五日　松岡の所有権取得の登記

原判決はこの昭和二十四年二月五日に横領罪成立とする

これを見ると、森川、松岡間において本件不動産が森川所有のものであるとして取扱われているのは既に昭和二十二年八月一日である。この日には森川は松岡より金二万円を受取つているのであつて、もし本件不動産の所有権が高橋にありとすれば、該不動産を自己の所有と冒認したことになり不法領得の意思の発現ある行為といわなければならない。もちろんこの場合松岡が当該不動産上に自己のため抵当権の設定されることを承諾したと否とに拘らず森川の横領行為が認められる。

本件証拠を精査するにこの昭和二十二年八月一日に松岡と森川が共謀したという事実は全然認められない。そして原判決が横領罪成立の時期とする昭和二十四年二月五日までにはこの時から一年半の時が経過している。この間にも松岡、森川両名の共謀の事実はいかなる証拠にも現われていないことは既に述べた。原判決が横領罪成立の時期を昭和二十四年二月五日と判示したことの当否を問わぬとしても、所有権が高橋に属するならば、昭和二十二年八月一日に森川の横領行為が存することを認めねばならず、また昭和二十三年九月六日には松岡は二番抵当権の登記をなしているのであるから高橋に対してその登記の欠缺を主張して自己の抵当権を対抗できるのであり本件所為は少くとも昭和二十三年九月六日以後事後行為（事後従犯）の性質を帯びるものである。事後行為は犯罪の結果を確実にするものということはできても犯罪の成立そのものに対しては何等の関係がなく、従つて現行法上事後従犯の観念は認められていない。もし松岡が昭和二十四年二月五日に所有権移転登記をするに際して該不動産が高橋のものであることを知りながら行つたとすれば賍物罪が成立する筋合である。裁判例も自己の占有する他人のものを不法に売渡さんとする行為があるとき相手方がこれを買受ける意思表示をなすを俟たずして横領罪が完成し（なを最高裁昭和二十五年九月二十二日判決・集四巻九号一七五七頁所載は他人の建物を占有する者が建物を不法に自己の物とすることを決意し建物の所有者に対し所有権移転登記を求める民事訴訟を提起したときは横領罪が成立するものとする）、その領得物は賍物たるの性質を具備するものであるから情を知つてこれを買受けた相手方の行為は横領罪の共犯ではなく賍物故買に該当するものだとしている（古くは大審院大正二年六月十二日判決、最近には賍物収受につき東京控訴院昭和二十一年五月十七日判決）。原判決の控訴の趣意第四に対する説示においては、「本件記録によると被告人森川が被告人松岡より昭和二十二年三月五日金八千円を借受け同年八月一日更に本件不動産に抵当権を設定することを約して金二万円を借受け昭和二十三年九月六日右元金合計二万八千円の担保として本件不動産に二番抵当権の設定登記をしたことは明らかであるが右二番抵当権設定登記は昭和二十四年二月四日抹消され被告

人森川は本件不動産につき高橋のためまたその占有を始めたのであるから被告人両名が本件不動産につき更に判示の如く所有権移転登記を為した以上その所為はまた横領罪に該当する」とあるが、他人の物を第三者に担保に入れて置き、更に代物弁済してしまう調停まで成立していながら、担保の登記を所有権移転のためその所有権移転登記の前日抹消したことは、前の正当な所有主のためにする占有を始めたことになるという積りであろうか。原判決は本件の全貌を全く無視しており、右の判示などはコジツケも甚しいものといわねばならない。原判決は裁判例を排して不法な解釈をなし、著しく正義に反する違法、事実誤認を犯している。

第五

本件不動産上に森川が高橋に対して昭和十九年十二月八日抵当権設定契約をし、同年十二月二十六日その登記をしたことにつき証人高橋潔の証言を部分的に見ればその抵当権設定は九、一八価格停止令違反を避けるための形式的架空のものであるといわれていて、第一審及び原審は事実認定の資料にこの証言を採り、原判決は「昭和十九年十二月八日の抵当権設定契約及びこれに基く抵当権設定登記は本件不動産の売買が所謂九、一八禁止令違反の嫌疑をうけることをおそれこれを糊塗するため被告人森川と高橋との間に形式的、仮装的になされたものであつて昭和十九年十月二十日の売買契約は何等解除されていない」（控訴の趣意第一についての説示）という。しかしこの抵当権は公正証書原本不実記載の罪に擬せられるような虚偽の登記ではなくて、登記簿上は単純な抵当権であるけれども実はそれが十二月八日文書という内容の満たされた経済上売買と同じような目的を達することのできる契約に基づいているのであつて、その限りでは登記簿はいかにも形式的であるといえる。この点は前記第一に詳しく論述した通りである。

高橋も、原判決も登記簿上の抵当権にばかり注目しているからそのいう所が筋が通うずまた控訴の趣意として主張されていることが理解できないのである。原判決は「昭和十九年十二月八日の抵当権設定契約」と称しているが、これは抵当

権設定契約ではなくして条件付売買契約代物弁済の予約、流質契約というような十二月八日文書の契約である。もしこの十二月八日文書の契約が虚偽だというのであれば、抵当権設定はもとより使用権、賃料と利子相殺契約、公課負担、代物弁済の予約、当事者更替、売主、買主の名前の記載さえも意味しなければならぬ。ところがこの十二月八日文書の作成者である川崎昇吉の証言は、抵当権設定は形式的であるというが、十二月八日文書が形式的であるとは一度もいつておらず第一回証言二十四問答では明瞭に「実質的」だと証言している。高橋にしても同じであつて、形式的とか架空とかいうのは抵当権設定のみを指している。この点も前記第一に詳論したところである。原判決が形式的・仮装的というのは判文の文字の上からいえば抵当権設定についていつているのであるが、原判決の如き結論を導くためには、十二月八日文書契約を指すの筈で、こうした点は原判決が故更に十二月八日文書という成立に争いのない証拠書類の吟味を怠り明瞭な判断を下さず、ために判示を不合理ならしめているとしか考えられない。本件における森川、高橋間の契約は登記簿上は単純な抵当権であるがその実の所は十二月八日文書の内容である条件付売買、代物弁済の予約などの諸条項を包含する契約である。そこでかような抵当権設定として表面に現われている行為は、一種の信託行為とも見ることができる。典型的な信託行為である売渡抵当は実際には担保の作用を為し乍ら売渡登記をするのであるが、本件ではこの逆で実際には売買と同じ経済目的を達する十二月八日文書の契約を包含するが登記簿上単純な抵当権設定である。曾つて信託行為を無効とし刑法上公文書偽造罪の成立を認めたこともあつたが、信託行為が有効であることは勿論で今日争いの余地はない。信託行為には内部関係と外部関係ということが論じられるが（主要な判例は大審院民事部大正三年七月七日判決、同大正五年九月二十日判決、同大正十三年十二月二十四日判決）本件についてみると、登記簿上は勿論、内部関係たる十二月八日文書によるも所有権は森川に在る。なお原判決のいうところの「形式的、仮装的」の意が十二月八日文書の契約を指し実は売買であつたというのだとすると、それでもなお十二月八日文書

の契約は信託行為として有効である。無論この場合は、表面的には十二月八日文書の契約で実は売買契約ということになるわけで、原審判示の文面の如く表面は抵当権設定で実は売買という表現が不明確なことはいうまでもない。さてこうした事例であるとすると、大審院民事聯合部大正十三年十二月二十四日判決（民事判例集五五五頁所載）によると登記簿通りの権利が認められているのであつて、本件不動産は矢張り森川の所有に属する。

しかしながら、表面は十二月文書の内容で実は売買であるというのはそもそも十二月文書の内容はまさに売買と同じような経済目的を達しているのであるから、甚だ奇妙な理屈であり、ここは前記聯合部の判例を挙げて論ずる迄もないと考えられる。信託行為はいかにも有効であるが民法の正当に認めない間道の如きもので社会的要請には基くものの多くの危険が存在し、登記簿通りの権利を認める右聯合部の判例は必ずしも当事者の企図する目的に適わぬとの異説がないわけではない。本件の如きは見方によれば信託行為の危険性のよい例かも知れぬが、要は戦争末期の住む家がない、その上身は何時応召になるか判らぬという不安の中に行われた法律行為を当事者のその当時企図した目的に照して解釈するということにあり、右聯合部の判例について論ずる場合も、登記簿が抵当権設定であるから森川に所有権ありというのでなく、十二月八日文書に森川の所有権は明記してあるのだから森川に所有権があるといえるのである。原判決はかような法律行為を今に及んで警察を欺く行為であるとか形式的・仮装的行為であるとか称し、十二月八日文書の充実した内容を検討することなく単に登記簿上の抵当権設定のみを論じているのであつて、これは法律行為解釈の原則に反しているばかりでなく、その行為の法律的構成に対する不当な判断から現在当事者の一方を罪に問う等ということは甚だ正義をわきまえない所論であるといわねばならない。

第六

本件所為につき被告人森川、同松岡を横領罪に問うた事実の証拠として第一審判決は「証人高橋潔（第一、二回）、同

川崎昇吉、同金行島太郎、同中居仲三郎、同中居正一、同桑田貞美、同松岡正信の当公廷に於ける供述」と挙示している。これら証人の内川崎昇吉は十二月八日の契約書の作成者であつて同証言は十二月八日文書の真実性・有効性の論定から本件不動産の所有権が被告人森川にあるかそれとも高橋にあるかを判断するに欠くべからざるものであるが、同証言は内容において矛盾する部分が極めて多く全体としての意味の捕捉が困難であるのみならず、本件不動産が被告人森川の所有に属するという供述もあればその反対の供述もあり、売買であつたという証言もあれば売買かどうか解らぬという証言もあることは前にも随所に述べたがこれを一覧に表示すると左の如きである。（なお第一(ハ)参照）

一、(イ) 売買かどうか解らないという証言（第二回九、十問答）
(ロ) 売買であつたという証言（第一回七、二十一、三十、三十五問答）
(ハ) 売買のように聴いたという証言（第一回三十九問答）

二、(イ) 十二月八日文書が実質的で有効という証言（第一回十七、二十、二十一、二十三、二十四、第二回二、八問答、尚第一回十六問答参照）
(ロ) 十二月八日文書が形式的な抵当権に対するものでしかないという証言（第一回三十五問答、尚第一回二十六問答参照）
(ハ) 形式的というのが抵当権のことか十二月八日文書のことかはつきりしていない証言（第一回十七問答後段）
(ニ) 「影の契約書」という証言（第一回五問答）、「裏づけ」の契約書という証言（第一回三十三、三十八問答）

三、(イ) 売買と同じ効果をもつものとし十二月八日文書を作つたという結局売買はやめたという証言（第一回二十三問答、尚同三十八問答は明瞭でないが同旨）
(ロ) 右の様な意味ではないという反対の証言（第一回三十二、四十二問答）

(ハ) 自分は解らないという証言（第一回二十五、三十四問答）

四、(イ) 十二月八日文書は自分の創意でないという証言（第一回五、三十六問答）
(ロ) 自分で作つたといつているように見える証言（第二回十六問答、尚高橋潔証言第一回五問答参照）
(ハ) 判事の問の文案を見たことがないという証言（第二回三、七問答）

右の如く川崎昇吉の証言は極めて重要な事実について矛盾するところがあるのに、第一審判決は「証人川崎昇吉の当公廷に於ける供述」と挙示するのみで、それが第一回証言であるか第二回証言であるかも不明で、しかも前示二の如く十二月八日文書が形式的であるといつた証言は一つもない（却つて明瞭に実質的なものと証言しているのであるが）のに原判決は「所論の契約が形式的、仮装的のものであつて」本件不動産の所有権は高橋に属すと判示しており挙示された証拠の標目からでは如何なる証拠の内容から判事の事実が認定されたのか合理的に推認し得ない。第一審判決の証拠の標目の挙示は未だ証拠を特定していないで不法があり（大審院第二刑事部昭和二十二年四月九日判決参照）、また本件につき所有権の帰属を判断する核心に位する十二月八日文書の有効性に関する川崎昇吉の証言は判示とくいちがつており、もしこの部分の証言を採用しなかつた部分が証明事項に対し本質的なものとするなら証拠中採用しなかつた部分が証明事項に対し本質的なものでありかゝる証拠を挙示するのは証拠価値のないものを証拠としている不法がある。（東京高等裁判所第十二刑事部昭和二十四年八月三十日判決・高等裁判所刑事判決特報第五号二十一頁所載参照）

結局、第一審判決及び原判決において、証拠のいかなる部分がいかなる事実認定の資料に供せられたか記録上証拠の標目と判示事実とを対照することによつて知ることができず証拠の内容に矛盾があるから（名古屋高等裁判所刑事第三部昭和二十四年六月二十七日判決・高等裁判所刑事判決特報第五号七頁の記載による）、これを認めた原判決は裁判例にも反し違法は許されるべきでない。

第七

原判決は被告人森川、同松岡の所為を横領と認定したのであるが、横領罪における客体たる物の他属性に対する行為者の認識は犯罪成立の要件たること固よりであつて本件のそれは証拠を精査するも原判決の事実認定の如く森川及び松岡が該不動産が他人の物なることを知つていたと認むべきものがなく原判決の認定は維持し得ない。昭和二十一年の総選挙の時松岡が高橋宅の宴会に同席し席上で「高橋さんは良い買物をされた」という話が出たから松岡の耳にも入つていたという高橋潔の証言、昭和二十二年三月から八月頃高橋が家の修繕をしたのを松岡は知つているという同人の証言については、第三(イ)の項で他の証人の証言と併せて論じた通り、告訴人である高橋潔が一方的に人の心理状態について想像的な意見を述べているに過ぎず、高橋は所有権を取得していると称しても世間を欺く為殊更に抵当権登記をして仮装を施しているわけで、松岡も世間も果して売買が行われたのかどうかは信じようがない状態になつているのである。証人桑田貞美の証言で「森川さんは高橋さんの家を方法によればもうけになる」と松岡がいつたというのも（同人証言第四問答）、既に第三(イ)の項に吟味したがこれはむしろ高橋のいう虚偽の登記に惑わされて真相を捉え得ず却つて森川の所有と信じたという証拠である。桑田貞美の証言は第一審判決の挙示する証拠であるか、その六問答には

問　高橋に家屋敷を売つているということになつていたか

答　登記がしていないので所有権は移転していませんというようなことを聴いておりました

問　担保として抵当権を設定しその借金を戻せば抵当権は消滅するのではないか

答　その様なことは私には判りませんが森川さんは抵当権を設定しているといわれました

とあり、また矢張り第一審判決の挙示する証人松岡正信の証言中その五問答には森川が「あの家屋敷は高橋に担保に入れているのだから大丈夫だ」といつたとあるが、これは森川が該物件の他属性の認識を持たず自己の物と思つていたことを証明する。森川は昭和二十四年十月二十九日公判廷において「起訴状記載の如く松岡庄一に対し金二万八千円の借金の対償として私の所有に係る家屋敷を譲渡したことはありますがその当時高橋に対してはその家を売つておりません。抵当権を設定し金を借りていたにすぎませんから別に松岡庄一に私の所有に係る家屋敷を譲渡してもそれが横領になるとは思われません」と述べ、松岡は同日公判廷において「起訴状記載の日時森川源太郎より金二万八千円の借金の対価として彼の所有している家屋敷を譲受けた事は有りますがその当時その家屋敷を森川が高橋潔に売つていたという事を知らず譲受けたのであります」といつている。原判決は昭和十九年一月二十日に所有権が移転しているというが、第一の項に論じた如く高橋も話の一致のみでは所有権が移転したとは考えておらず、意思表示のみによつて所有権が移転するというような民法上の解釈がそのまゝ森川や松岡の意思するところであるというわけには行かない。以上の様に森川も松岡も本件不動産は森川所有のものと信じているのであつて証拠状況を検討すれば彼等に物の他属性の認識があることは推認され得ない。高橋が該不動産の所有権者であるというのが法律行為解釈の結果であるなら森川、松岡にとつては事実の錯誤であり故意が阻却される。原判決が証拠内容の検討を究めないで被告人のいう処を却けるに急でありその趣意を容れなかつたのは甚だ正義に反する違法ないし事実誤認を免れない。

第　八

共謀、共同正犯の判示には、判文上共謀の事実を明かにし、挙げた証拠の内容と照らし合せて被告人の各自の受け持ちとそれぞれの実行行為の内容を知り得なくてはならない。（最高裁判所昭和二十四年十一月十五日第三小法廷判決、判例タイムス一九五〇年一月号五〇頁所載）

しかるに原判決及び第一審判決の判示は「共謀して擅に本件不動産につき自己に所有権移転登記をした」というだけで、証拠を検討しても被告人両名がいかに意思連絡をはかつたものか全く判らない。本件においては昭和二十二年八月一日に森川が松岡に対して本件不動産を抵当に入れて金二万円を借用し、昭和二十三年九月六日右の登記を行い昭和二十四年一月十七日松岡の森川に対する債務履行申立の調停が成立し、昭和二十四年二月四日に抵当の登記が消されて翌日の二月五日所有権移転登記がなされた。共謀の上殺人行為に及んだというような判示であれば共謀の事実は判示されているといえようが、共謀の上所有権移転登記をしたというのでは、所有権移転登記それ自体は違法行為ではないから、それが共謀であるといつても犯罪事実の判示とはならず、まして本件では所有権移転登記の二年前に抵当権設定が為されているので少くとも証拠上いかなる行為が被告人両名によつて分担されているのか具体的に審理されていなくては共謀、共同正犯と認めることができない。原判決は裁判例を無視したものといわねばならない。

第　九

森川、高橋の間に本件不動産の売買の話があつた当時は、高橋は疎開者であつてどうしても何処かに住む家を持たねばならぬ必要に迫られており森川は事業のため資金を要し又身の上においては森川も高橋も何時召集令状が来るか判らない不安な時であつて、売買が九、一八法令違反になるならそれに代えて十二月八日文書の如き契約を結び、高橋は住宅を得、森川は金融の便を受け又両人出征の場合の事も始末ができるという事は当時の社会状勢の中に両名が夫々の経済的目

的を達成したもので一社会現象としてこれを観察することを要する。本件不動産は当時、即ち昭和十九年末頃一万円内外で取引されようとしていたのであるが現在それは三十万、四十万円にも評価され得るものとなつている。敗戦後のかような経済事情の大変動は当事者である森川、高橋は勿論、何人も予測しなかつたものである。高橋の告訴状にも「（昭和十九年当時）今後物価がどう変つて行くか知れないが高くなつたにしてもそう高くなるという事はあるまい」と考えたとある。しかるに現在になつて一万幾らの不動産が数十万円の価格になつて見ると、この不動産の所有権を有することは全く予期しない利益を得たものであるから、高橋が抵当権は偽りで実は売買であつたといつてその所有権者であることを主張することにもなるのである。若し逆に六千円の貸金で抵当権を取得した不動産が僅か百円足らずのものに値下りしたとすれば高橋は売買の方が偽で六千円の抵当権設定が本当であるとして債務履行を要求するであろう。社会事情、殊に経済状態の変化はまた人間の考え方を豹変せしめる。抵当権設定が形式的だというのはそれが十二月八日文書の一条項である、という意味では異議はない。固より森川の所為は高橋に対して十二月八日文書の違約罰の条項による責任を生じる。

しかるに高橋は告訴状を差出し自ら証人として実は売買であつたが相談の上虚偽の契約をしたのであると証言した。もし高橋の証言、公訴事実、第一審判決の認定、これを認容する原判決のいう所が真実であれば、当事者間には売買をしたにも拘らずこれを隠秘し九、一八価格停止令違反を脱れるため抵当権設定を装つて第三者が見れば売買が行われていないで抵当権設定が行われたと見させるような虚偽の物件の公示が平然として為されている事になる。この虚偽の行為により税務署が欺罔されて高橋は財産税を脱れていることは現に証拠の上に現われている。高橋の告訴状には「私が登記をしなかつたばかりに司直の手をわずらわすにいたりました事誠に汗顔の至りで申訳ありません」とあるが、登記をしなかつたのではなく虚偽の登記をしたことにより公正証書原本不実記載の罪を犯しているのである。一方を横領罪に問い他方を公文書偽造罪に問うというような結果は、取引の安全を保護する公示の原則が存するに由ないことになる。高橋の云うが、

如く虚偽の登記であつたのならそれこそ何等法の保護に価しない。天に唾すれば禍其身に降りかゝる。第三者たる松岡は高橋の虚偽と欺罔をそのまゝ真実として受け入れ松岡の権利行為が高橋に対する自然の逆手となつたのである。本件の発生した広島県芦品郡岩谷村字父石地方は個人的・部落的係争事件が多く何か事があればすぐ投書の山を為す所である（高橋の告訴状にも書いてある）。松岡は四度村会議員に当選した経歴をもち、特に終戦後隠退蔵物資の摘発には同村青年と協力して活動していたこともあり彼が自己的ばかりの人でないことが判るが、直情径行は憎まれ易い。彼の平素のむき出しの性行が積つて何か事あれかしと待ち構えていた時流に投ぜられたのが本件である。本件の捜査中又は公判審理中にも多くの投書があつたことは事実である。衆心城を築き衆口金を熔かすといわれる如く部落中寄つてたかれば犯罪人の一人や二人はたちまちでき上る。被告人は長期に亘る拘留中ほとんど全期間に及ぶ接見禁止となつていた。検察権、捜査権の向うところ森川、松岡に対して厳なりし夫れの如く告訴人高橋に対しても厳なりしならば、而して又社会の実態風聞についても均しく合理的態度を全うしていたならば捜査の段階において事の真相を得られたであらうと考えられるのである。原判決は結局かような点でも審理不尽に帰する一審判決を維持したもので著しく正義と公正に反する。

以　上

昭和二九年(あ)第三九五六号

判　決

本　籍　大阪市此花区高見町二丁目六番地
住　居　同市同区同町二丁目六番地　斎藤ミノ方
無　職
岩佐こと
斎　藤　勇
昭和六年一月一九日生

本　籍　茨木市大字耳原六七九四番地
住　居　西宮市南郷町四四番地
無　職
木村良二こと
小　林　俊　作
昭和四年一一月一四日生

右被告人等に対する爆発物取締罰則違反被告事件について、昭和二九年九月二一日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し、検察官から上告審としての事件受理の申立があり当裁判所はこれを受理したので、次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

昭和三一年六月二七日判決　昭和二九年(あ)第三九五六号

理　由

検察官の上告受理申立理由について。

爆発物取締罰則にいわゆる爆発物とは、理化学上の爆発現象を惹起するような不安定な平衡状態において、薬品その他の資材が結合せる物体であつて、その爆発作用そのものによつて公共の安全をみだし又は人の身体財産を害するに足る破壊力を有するものを指称すると解するのを相当とする。けだしこの罰則は爆発物に関する特別法として一般法たる刑法に対比し、互に相似する犯罪行為を規定する場合にも著しく重い刑罰を定めている外（罰則一条、三条、五条、九条、刑法一一七条、一一三条、二〇一条、一九九条、一〇三条、一〇四条等参照）、或は爆発物を発見した者及び爆発物に関する犯罪を認知した者に対し告知義務違反の罪を認め（罰則七条、八条参照）、或は罰則一条の罪を犯さんとして脅迫、教唆、煽動、共謀したに止まる場合、若しくはこれが幇助のため爆発物又はその使用に供すべき器具の製造輸入等をする行為をも独立の犯罪とする等（同四条、五条参照）著しく犯罪行為の範囲を拡大規定しているのであるが、それは一に爆発物がその爆発作用そのものによつて前段説示するような破壊力を有する顕著な危険物たることに着目したために外ならないからである。

そしてこゝに「理化学上の爆発現象」というのは通常、ある物体系の体積が物理的に急激迅速に増大する現象（物理的爆発）及び物質の分解又は化合が極めて急速に進行しかゝる化学変化に伴つて一時に多量の反応熱及び多数のガス分子を発生して体積の急速な増大を来たす現象（化学的爆発）を指すのである。従つて塩素酸カリウムを主剤として製作されるマッチ軸頭薬の如きも理化学上の爆発現象を起し得るものたること勿論であろうけれど、その薬量極めて僅少であり、その爆発に当つても多量の反応熱を生ずることもなく、また多数のガス分子を生成することもなく爆発作用そのものによる直接の破壊力の認められないようなものは、もとよりこの罰則にいわゆる爆発物ということはできない。

事実審において適法に確定されたところによれば、本件火焔瓶はガラス瓶に濃硫酸と揮発性油を入れ瓶の外側に塩素酸カ

リウムを紙片に塗つて貼付した構造のもので、これを路面床板などに投げて瓶を破壊すると、瓶外側に附着してある塩素酸カリウムに内部の濃硫酸が接触化合して化学反応を生じ爆発的分解による発火が起り、これが瓶の破壊によつて同時に撒布された揮発性油に引火し燃焼作用が起るものであつて、右塩素酸カリウムと濃硫酸が接触すれば化学的爆発が起るけれど、その爆発は塩素酸カリウムの量が僅少であるため爆発作用そのものによる直接の破壊力は認められず、また右発火により揮発性油に引火燃焼して人の身体財産を損傷することもあり得るが、この場合も硫酸の代りにマッチで点火した場合と燃焼の時間範囲と燃焼程度において同一であるというのである。そして原審はこのような程度の爆発と燃焼力を有するに止まり、その爆発作用そのものによつて公共の安全を攪乱しまたは人の身体財産を損傷するに足る破壊力を有しない本件火焔瓶は、たとえそれが専ら他人を殺傷し物を焼燬し公共の混乱を招来する目的のためのみに製造されたとしてもかゝる主観的意図によつて物の客観的性質を左右することはできないから、罰則にいわゆる爆発物に該当しない旨判示しているのであつて、この原判旨は首肯するに足る。論旨は本件火焔瓶は一種の焼夷弾であつて同時に多数の火焔瓶が群集の頭上又は密集家屋等に向つて投げつけられたような場合には社会的混乱の大なるものがあると主張する。しかし、それは点火された多量の揮発性油が同時に撒布された場合にも同様な結果を生ずるのであつていわゆる爆発作用そのものによる直接の結果でないこと前段説示により明白であるからかゝる事情があるからとて本件火焔瓶を罰則にいわゆる爆発物と即断することはできない。もしそれ、本件火焔瓶の如きものが公共の安全をみだす危険物であり、これが製造及び行使等を特段に取締る必要があるとすれば、須らく特別なる立法に俟つ外はないのであつてこの事たるや罪刑法定主義の原則に照らし多言を要しないところである。縷述の論旨は畢竟独自の見地に立つて正当な原判旨を非難するに帰し採るを得ない。

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。

昭和三一年六月二七日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　田中耕太郎
裁判官　栗山茂
裁判官　真野毅
裁判官　小谷勝重
裁判官　島保
裁判官　斎藤悠輔
裁判官　藤田八郎
裁判官　岩松三郎
裁判官　河村又介
裁判官　谷村唯一郎
裁判官　小林俊三
裁判官　本村善太郎
裁判官　入江俊郎
裁判官　池田克
裁判官　垂水克己

昭和二九年(あ)第三九五六号

大阪高等検察庁検事長藤原末作の上告受理申立理由

右両名に対する爆発物取締罰則違反被告事件につき、昭和二十九年九月二十一日大阪高等裁判所が言渡した判決に対し、同年九月二十七日刑事訴訟法第四〇六条、刑事訴訟法規則第二五七条、第二五八条により上告審としての事件受理の申立をしたので、同規則第二五八条の三により、左記の通りその理由書を提出する。

記

第一、第一審判決理由の要旨

本件公訴事実の要旨は

「被告人両名は共謀の上昭和二十七年六月二十四日高槻市上田部九五四番地上宮天満宮裏の通称天神山において他人の身体財産を害する目的で石油ベンジン、発煙硫酸、塩素酸加里、ガラス瓶等を使用して通称火炎瓶四本を製造したものである」と謂うのであるが、第一審の大阪地方裁判所は昭和二十七年十二月十六日本件火炎瓶は爆発物取締罰則にいわゆる爆発物には該当しないものと認め、被告人両名に対し無罪の言渡をした。

而して第一審判決が本件火炎瓶を右罰則にいわゆる爆発物でないと判断した理由の要旨は、

「爆発物取締罰則は爆発物の定義を掲げず又その範囲を限定していないので、罪刑法定主義の見地から拡張解釈乃至類推を避け、右罰則に所謂爆発物の解釈も、爆発物の通常の意味である理化学的概念を基礎として法律の評価を施さねばならないが、鑑定人山本祐徳の鑑定書によれば、理化学上狭義の爆発とは、物質の分解又は化合が極めて急速に進行し、斯る

被告人　藤斎勇
同　小林俊作

化学変化にともなつて一時に多量の反応熱及び多数のガス分子を発生して体積の急速な増大を来たす現象であり、右の爆発性を保有する物質を理化学上の爆発物と称するが、爆発性能は爆発物の種類により同一でなく、例えばダイナマイトの主成分であるニトログリセリンの如きは熱その他外部からのエネルギーを受けるときは爆発的に分解する性質を有し、その爆発分解の進行速度は毎秒八〇〇〇米を示す（爆轟又は第一級爆発）のであるが、硝酸カリウム硫黄木炭の混合物である黒色火薬の如きは、燃焼速度が増大する場合等に爆発現象を呈し、その爆発分解の進行程度は毎秒数百米を示す（第二級爆発）にとどまり、この場合の爆発は急激なる燃焼の延長と見做されるのであつて、理化学上爆発物の範囲は極めて、広汎であるが、マツチ類の如きは理化学上爆発物と評価されるにしても、これが右罰則に所謂爆発物として処罰の対象に値しないことは何人も否定しないであろうから、右罰則に所謂爆発物としての法的評価に堪え得るがためには広汎なる理化学上の爆発物の概念は更に厳格な限定を受けなければならないところ右罰則はその所定刑が極めて重いのみならず、犯罪行為の範囲を著しく拡大しているのであつて、このような右罰則の特質から帰納し、その取締の対象たる爆発物の範囲は化学反応による強烈な爆発力を保有し、かつこれがため公共の平和を攪乱し又は人の身体財産に被害を与える可能性が極めて大なるものに限定され、狭義の理化学上化学反応に因る爆発能を保有する物質のうち、強烈な爆発作用を惹起し、その爆発作用自体の破壊力が直接の原因となり公共の安全を攪乱し又は人の身体財産を傷害損壊するに足るものであることを必要とするのであつて、理化学上明らかに爆発物であるとしても、右物質が少量である場合の如く爆発作用が微弱であり、いわば小爆発にとどまる限り、右罰則に所謂爆発物とは認められない。」ところで「押収の本件火炎瓶三本は、鑑定書によれば、葡萄酒瓶並びにサイダー瓶内部の下層に濃硫酸、上層に揮発性油を入れ、その口に密栓を施し、かつ右各瓶の外側には塩素酸カリウムを新聞紙に塗抹したうえ貼附した構造のものであつて、揮発性油はガソリン並びに松根油の混合より成り、その数量は夫々二四四瓦、三〇八瓦、一八五瓦、濃硫酸は六七パーセント以上の硫酸分より成り、その数量は夫々

一七〇瓦、一六二瓦、一三一瓦、塩素酸カリウムは純分九八パーセント以上であり、その数量は夫々約二瓦、約三、九瓦、約四、九瓦であるが、右火炎瓶を路面床板等に投擲して容器のガラス瓶を破壊するとき瓶外側に附着する塩素酸カリウムに瓶内下層の濃硫酸が接触化合することによつて発熱を伴い塩素酸を生じ、これが更に分解して過塩素酸および酸化塩素を生ずるのであつて、この酸化塩素は加熱により爆発的に酸素と塩素とに分解する性質のものであり、この三段の化学反応は急速に進行して完全なる化学的爆発が起るものであることは明瞭であるが、その爆発は塩素酸カリウムの量が僅少なるためいわば小爆発にとどまり、その爆発自体による直接の破壊力は認めることができず、又この塩素酸カリウムの爆発的分解による発火のため揮発性油が引火燃焼するに至り、その焼燬力によつて人の身体財産を損傷する場合はあり得るが、この場合の燃焼は本件火炎瓶中の揮発性油と同量のものを同種の瓶に入れこれを投擲破壊して内容物をマッチで点火した場合と、その燃焼時間並びに燃焼範囲、破壊程度において同一で（すなわち燃焼速度は毎秒一〇米の桁を超える程度に過ぎず、燃焼時間は四〇秒乃至一二〇秒）、このような燃焼速度は理化学上急激なる燃焼と見做されるところの第二級爆発の程度にも達しないものであり、従つて本件火炎瓶は、その構造において塩素酸カリウムと濃硫酸との接触による爆発および揮発性油の燃焼による破壊力を包蔵するとはいえ、前者の爆発は破壊力のない小爆発として、また後者の破壊力は単なる燃焼に基因するものとして、いずれの観点からしても法律上爆発物たるがために要する前記条件の一部を欠缺し、右罰則に所謂爆発物には該当しないものと判断する。」というのである。

第二、原判決理由の要旨

よつて第一審検察官は右判決に対し、右は爆発物取締罰則にいわゆる「爆発物」の解釈を誤り本件に当然適用すべき同

罰則を適用しない誤があるとして控訴したのであるが、原裁判所も又「爆発物取締罰則にいわゆる爆発物とは理化学上のいわゆる爆発現象を惹起するような不安定な平衡状態において、薬品その他の資料が結合せる物件であつて、その爆発作用そのものによつて公共の安全を攪乱し、または人の身体財産を損壊するに足る破壊力を有するものをいうと解すべきである（最高裁判所昭和二八年一一月一三日第二小法廷判決参照）が、原判決が証拠によつて確定したところによれば、本件火焔瓶を路面床板などに投げて瓶を破壊すると、瓶外側に附着する塩素酸カリウムに内部の濃硫酸が接触化合して爆発的分解による発火が起り、これが瓶の破壊により同時に撒布された揮発性油に引火し燃焼作用が起るものであるが、その爆発は塩素酸カリウムの量が僅少であるため爆発自体による直接の破壊力は認められず、また右発火により揮発性油に引火燃焼して人の身体財産を損傷する場合はあるが、この場合も硫酸の代りにマッチで点火した場合と燃焼時間範囲と燃焼程度において同一である、というのであるから、このような程度の爆発と燃焼力を有するに過ぎないものは、爆発物取締罰則にいわゆる爆発物にあたらないこと冒頭に示した定義に照らして容易に知り得るところであつて、この火焔瓶が専ら他人を殺傷しまたは物を焼燬し公共の混乱を招来する目的のためのみに製造されたものであつても、そのような主観的意図によつて物の客観的性質を左右することはできない。」として、検察官の控訴を棄却したのである。

第三、上告受理申立の理由

爆発物取締罰則にいわゆる「爆発物」についての原判決の解釈は狭きに失し、不当である。

大正七年五月二十四日及び同年六月五日の各大審院判決は「爆発物取締罰則に所謂爆発物とは、化学的其の他の原因により急激なる燃焼爆発の作用を惹起し、以て公共の平和を攪乱し、又は人の身体財産を傷害、損壊し得べき薬品其の他の資料を調和配合して製出せる固形物若しくは液体を指称するものにして、自然に爆発作用を起すと、他の物との衝突、摩擦に因りて爆発するとを問わず、爆発物中に爆発を惹起すべき装置の存在することを要するものとす」と判示している。すなわち右大審院判決は、右罰則にいわゆる「爆発物」の法的概念として

(1) その構造において、薬品その他の資料を調和配合して製造した固形物又は液体であることを要するが、使用薬品その他の資料の数量、種類等は之を問わないこと

(2) その作用、性能において急激な燃焼又は爆発の作用を惹起し以て公共の平和を攪乱し又は人の身体、財産を傷害損壊する能力を有することが必要であるが、それが直接に爆発作用自体によるべきものであるとの限定はしていないことを明かにしたものであつて、爆発物取締罰則にいわゆる爆発物の定義として最も妥当なものというべく、本件火焔瓶が同罰則にいわゆる爆発物であるか否かの判定も右の基準に合するか否かによつて決定すべきものであると信ずる。

然るに原判決は之と異り、右罰則にいわゆる「爆発物」とは「その爆発作用そのものによつて公共の安全を攪乱し、または人の身体財産を損壊するに足る破壊力を有するものをいう」と極めて狭く限定して解釈し、本件火焔瓶を路面等に投げて瓶を破壊すると瓶外側に附着する塩素酸カリウムに内部の濃硫酸が接触化合して爆発的分解を起すこと及び右爆発的分解の際の発火により同時に撒布された揮発性油に引火燃焼して人の身体財産を損傷する場合のあることを認めながら、右爆発は塩素酸カリウムの量が僅少であるため爆発自体による直接の破壊力はなく、右発火による揮発性油の燃焼時間、範囲、程度もマッチで点火した場合と同一であるから本件火焔瓶は右罰則にいわゆる爆発物に当らないと判示するのであるが、右罰則にいわゆる「爆発物」の概念を原判決のように殊更狭く解釈すべき合理的根拠は存しないのである。

塩素酸加里の爆発作用それ自体は微弱であつても、その爆発作用を利用することによつて必然的に揮発性油の燃焼を惹起し、これにより公共の平和を攪乱し、人の身体財産を傷害損壊すべく考案装置されたものは、その危険性において爆発作用自体により損傷の結果を生ずる場合と差別をつけ難く、之を社会的法律的に観察して爆発物取締罰則にいわゆる爆発物と解するのが妥当である。

本件火焔瓶は之を目的物に投げつけ瓶を破壊することにより自動的に塩素酸加里が濃硫酸と接触化合して爆発発火し揮発性油に燃え移るように考案装置され、之によつて他人を殺傷し、又は他人の財産を焼燬損壊する性能を有するものであるから、塩素酸加里の爆発と揮発性油の燃焼とは現象的にも性能的にも密接不可分の関係を有するものであつて、本件第一審判決及び原審判決の理由中に示された裁判所の見解の如く、右の両者を分析し各々の性能を別々に考察することは、化学的には格別、法律的には無意味である。

しかも、マッチの役目を果す塩素酸加里の爆発作用こそ火焔瓶の生命であつて火焔瓶の危険性はむしろ塩素酸加里の爆発性、発火性に在る。この危険性を悪用して他人の生命、身体、財産に損傷を加える以外に何等合法的目的を有しない本件火焔瓶の爆発性能を、日常生活に常用され且つ危険性も爆発性も殆んど問題とならないマッチと同視する第一審並びに原審の判示は本件火焔瓶の危険性に対する認識不足も甚だしく、世人の常識と著しくかけ離れているといわねばならない。

本件火焔瓶は一種の焼夷弾であつて、同時に多数の火焔瓶が群集の頭上又は密集家屋等に向つて投げつけられたような場合には社会的混乱の大なるものがあるであろう。

凡そ法はその目的に従つて解釈せらるべきである。特に爆発物取締罰則の如き治安上重大な取締法規については、前記大審院判決の示すが如く、法の真意を探求し、社会の実情に即した合目的的な解釈がなさるべきである。第一審判決及び原審判決の如く本来その性能において不可分の関係にある本件火焔瓶の塩素酸加里の爆発作用と揮発性油の燃焼作用とを殊更に分離し、塩素酸加里の爆発物取締罰則にいわゆる爆発物ではないと解するのは法律の解釈を誤つたものと思料する。

以上の如く原判決は爆発物取締罰則の規定する「爆発物」の解釈につき重要な事項を含んでをり、之に対し最高裁判所の判断を受ける必要ありと思料するので、本件事件受理の申立をした次第である。

以　上

昭和三〇年(あ)第二四二七号

判　決

本籍並びに住居　岡山県久米郡大井町坪井下一七六九番地
製綿業
安　藤　敬
明治四三年一二月一四日生

右に対する公職選挙法違反被告事件について、昭和三〇年七月二一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。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

弁護人藤井滝夫の上告趣意第一点、第二点は判例違反をいうが、記録によれば、第一審においては、弁護人は所論供述調書の内容が信用できないことを理由として、証拠とすることに異議を申立てたのであり、右異議は、原本の存在を争つたり、謄本なるが故に証拠能力がないと主張したものではないことが認められる。従つて、被告人が本件につき控訴審において申立てた控訴趣意第一点において「而も右は謄本であつて、弁護人に於て謄本を証拠とすることに対し異議を述べており原本の顕出もなされていないものであるから証拠となし得ないものである」というのは、第一審において主張のなかつた事項を恰も主張したもののごとくいうのであり、第一審判決の攻撃としては前提を欠くものである。そして第一審が本件供述

調書の謄本の内容を措信するに足るものとしてこれを証拠に採用したことには違法は認められない。原審がこの点に関して示した所論のような判断には、是認し難い点がないことはないが、上記の理由により、それは結局原判決の結果には影響のない説示であり、所論はこの点を攻撃するものであるから、採用できない。同第三点は事実誤認、これを前提とする法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

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。

昭和三一年六月二八日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　岩松三郎

昭和三〇年(あ)第二四二七号

弁護人藤井滝夫の上告趣意

右公職選挙法違反事件につき、左の通り上告趣意を陳述する。

第一点　原判決は、最高裁判所の判例と相反する判断をした違法があるから、破棄を免れない。

原審に於て弁護人は『而も右は謄本（弁護人註、西川由利の検察官に対する供述調書の謄本）であつて弁護人に於て謄本を証拠とすることに対し異議を述べており、原本の顕出もなされていないものであるから証拠となし得ないものである（謄本の証拠能力なきことについては東京高裁昭和二四年(を)第二四一四号高裁判例集三巻一号八六頁』と東京高等裁判所の判例を挙げて第一審の判断がこれに反することを主張したのに対し、原判決は検察事務官作成の謄本は原本と同一内容の書面であるとの公信力を有するもので謄本には原本と同様証拠能力があるからこれを証拠にとることは違法でないと判断している。

然し右判断は、最高裁判所第一小法廷昭和二十八年十二月十七日宣告の昭和二五年(あ)第五四七号事件（刑集七巻十二号二五五八頁）につきなされた判例に反するものである。

右判決は、『原本に代えて証拠書類の謄本の取調請求があつた場合、被告人及び弁護人がこれを証拠とすることに同意し且つ証拠調をすることに異議がない以上謄本を証拠とするため証拠調をしても違法ではない』旨の判断をしているので、本件の場合の如く、弁護人が証拠とすることに同意せず証拠調をすることに異議を申立てゝいる場合は、謄本を証拠とするため証拠調をすることは違法であること明瞭である。

第二点　原判決は、高等裁判所の判例に反する判断をした違法があつて破棄を免れない。第一点挙示の最高裁判所の判例

被告人　安藤　敬

が、同意があつた場合に関し、同意のない本件の場合に該当しないとすれば、この点に関して最高裁判所の判例がなく而も左記高等裁判所の判例に反するものである。

東京高等裁判所第四刑事部昭和二十七年三月十五日言渡

『刑訴第三百二十一条第一項第二号の書面には供述者の署名若しくは押印のあることを要することは、同条に明定するところであるから、相手方に於て特に謄本によつて証拠調をすることに同意している場合は格別その然らざる本件に於ては供述者の署名も押印もない右供述書謄本はその要件を充していない。』

東京高等裁判所第十一刑事部昭和二十六年十一月三十日云渡昭和二十六年(う)第四六三〇号事件(東高刑時報一巻十一号一五三頁)『謄本には署名押印がないから証拠能力がない』

謄本に原本と同様証拠能力ありとすることのできない理由を次の通り陳述する。

(一) 刑訴第三二一条は供述者の署名押印あることを証拠能力の要件としている。然るに謄本には署名押印がなく右要件を欠くから証拠能力のないこと明かである。凡そ刑事訴訟法の解釈は、被告人の人権保障の立場から厳格に解釈することを要し、みだりに類推、拡張して解釈することは許されない。

(二) 本件の場合、原本を提出し難い事情については検察官に於て何等の主張立証はない。原本の提出困難又は不能の事情がない場合、原本に代えて謄本を以て証拠とする何等の必要性はないと云はねばならぬ。

(三) 検察官作成の謄本と雖、謄本作成にあたつて書写に脱漏誤記等を生じないとも限らないので、謄本は原本と同一内容であると保証することは困難である。

(四) 署名押印した者が証人として尋問をうくるに際し、原本を示されゝば、それによつて記憶を喚起し当時の情況自己の心境等を再現し得る可能性が多い、之に反し、謄本によつては斯ゝる微妙な作用を期待しえない。謄本に原本と同様証

拠能力を認め得ない所以である。

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

第一審判決が、被告人の自白の裏付証拠とする証人西川由利の検察官に対する第一、二回供述調書を検討するに、その供述を信用すべき特別の情況が存したことを窺うに足るものがない。

更に、その供述自体をみるに、その供述の文言甚だ曖昧にして本件五千円の授受金員が不正違法のものであることを断定するに足る箇所は見当らない。殊に第一回供述調書をみるに『右五千円は前述の如く勝英二郡で八千票獲得の運動資金の一部であつて、その使途については私に一任されていたのですから私が右金を他の運動員に渡して選挙運動を依頼するなり又私が各町村を奔走して選挙情報を蒐集する為の報酬的費用に充てゝよい金であつたのですが云々』とある。本件被告人は候補者の親戚に当り、勝英二郡の運動責任者であるから、選挙運動に要する実費が相当必要であることは明瞭で、本件五千円はその見当で前渡されたものであつて、それが運動資金である。選挙運動に要する金員は総て不正違法ではなく、労務費を支弁したり、交通費を支弁したりすることは何等違法でない、又、選挙情報を蒐集するについても交通費を要し電話料を要すること明白であつて、かゝる費用が違法でないこと亦明瞭である。かゝる運動を自らなせば自らが右資金を充当し、他の運動員にやらせればそれに対し支弁してやることは当然であつて、これを証人は報酬的費用と述べたものと思はれる厳密に云つて、報酬的費用なる用語は意味をなさないものであるが、前後の事情、証人の運動員としての立場を綜合すれば前述の意味と解される。かゝる金が何等違法ならざること明白である。更に、その以後に於て右証人は事実右金員を労務費、交通費等に充当した経緯をも述べているのであつて、右供述は本件金員の違法を認定する資料とは全くならないものである。

右証人は、その後も同様趣旨で金二千円を被告人より受領している。たゞ前の五千円受領の際は、事務所開設創草で領収

書の印刷もできていなかつたので領収書を作成してなく、後の二千円については既に領収証の印刷ができていたのでこれによつて領収書を作つた差異があるのみで、金員授受の趣旨については全く同様である。これを要するに供述者の片言隻句をとらえて解釈するのみでなく、証人の選挙運動者としての地位、候補者との関係、金員授受の時期等を綜合して真実発見に努めるならば、到底右供述調書によつて本件金員の違法性を断定することはできず、他にこれを断定するに足る証拠はないものと信ずる。

以　上

昭和三〇年(あ)第三九九五号

決　定

本　籍　広島県因島市三庄町一五六二番地
住　居　大阪市大正区小林町一一三番地
船　員
新　川　菊　義
大正一四年七月一一日生

右に対する業務上過失致死、業務上過失艦船覆没被告事件について、昭和三〇年九月三〇日高松高等裁判所の言渡した判決に対し被告人及び原審弁護人能勢喜八郎から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

原審弁護人能勢喜八郎の上告趣意は判例違反をいうが、海難事件で審判所のなした裁決における過失の有無に関する判断は、同一事件について刑事裁判をなす司法裁判所を拘束するものではない。海難審判所のした裁決に反する判断が所論のごとく刑訴四〇五条二号三号にいわゆる判例違反というようなことができないのは明白である。その余の論旨は畢竟事実誤認、単なる法令違反の主張を出でないものであつて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

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

昭和三一年六月二八日

裁判長裁判官　岩　松　三　郎
裁判官　真　野　毅
裁判官　斎　藤　悠　輔
裁判官　入　江　俊　郎

昭和三〇年(あ)第三九九五号

弁護人能勢喜八郎の上告趣意

右被告人に関する業務上過失致死等被告事件について本上告趣意書を提出する。

一、被告に対する高等海難審判所の裁決書は受審人である被告人に対し「受審人新川菊義の所為は当時の状況に鑑み過失があつたものと認めない」と別紙裁決書の如く裁決し該裁決は確定した。凡そ本件の如く海難に関する事件の過失の有無の判断は海難審判所の裁決が最も権威を有するものであり普通裁判所もこれに譲らねばならない。然らば該裁決が本件に関し被告人に過失なしと裁決している以上、過失の無い処責任無しの法律の原則に基き被告人に刑事責任なきものと云はねばならぬ。然るに原判決が尚責任ありとして有罪の判決をしたことは刑事訴訟法第四〇五条第二号、第三号の規定に違反し及び第四一一条にそむくの違法あるもので原判決は破棄すべきものと信ずる。

以　上

被告人　新　川　菊　蔵

昭和三〇年(あ)第四〇二四号

判　決

本籍並びに住居　福島県勿来市三沢町字向坂四三番地

無　職

浜　野　源　五　郎

明治三〇年一二月九日生

右に対する職業安定法違反被告事件について、昭和三〇年一一月二一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

弁護人袴田重司の上告趣意第一点は判例違反をいうが、原判決別紙一覧表記載の日時は被告人が就職を斡旋して職業紹介をした日時であることは判文上明白であり、犯罪の日時の記載に欠くるところはないから、原判決には引用の判例に反する判断は存しない。同第二点は訴訟法違反をいうが、判示第一事実は職業安定法六三条二号に、同第二事実は同法六四条一号にあたり、右は併合罪であつて、原判決は併合罪加重をなすにあたり、右各罪の法定刑中懲役刑を選択し、法定刑は右選択により各一個となつているのであるから、所論刑法施行法三条三項を適用すべき余地は存しない。それ故所論は採るを得ない。

よつて、同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三一年六月二八日判決　昭和三〇年(あ)第四〇二四号

昭和三一年六月二八日判決　昭和三〇年(あ)第四〇二四号

昭和三一年六月二八日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　岩松三郎

昭和三〇年(あ)第四〇二四号

被告人　浜野源五郎

弁護人袴田重司の上告趣意

右職業安定法違反被告事件の上告趣意は左記の通りであります。

「第一点」　原判決は札幌高等裁判所第四刑事部が昭和二六年二月八日言渡した判例（高等裁判所判例集四巻一号五三頁）と相反するから破棄すべきものである。

即ち原判決は第一審判決の事実認定に基き破棄自判した。然るに第一審判決は「罪となるべき事実」の「一」で犯罪事実を具体的に記載しないで別紙一覧表を引用しているけれども同表には単に「昭和　年　月　日」と表示されておるのみで之は被告人において関係人から就職の斡旋を依頼された日時を指すのか或いは又就職の斡旋をした日時を云うのか同表の記載では明確でないのである。従つて原判決は結局犯罪日時を判示しないで破棄自判をした違法がある。

「第二点」　原判決は御庁第二小法廷が昭和二五年九月八日言渡した判例（御庁判例集四巻九号一六三七頁）と相反するから破棄すべきものである。

本件の場合は刑法施行法第三条第三項をも適用すべきものなるに拘らず原判決は之を適用した結果の処断であるか否か必ずしも判文上窺知し得られないから原判決は此の点において違法である。

「第三点」　本件違反行為は休廃業の続出した炭坑地帯の悲惨な特殊事情から発生したもので被告人はそれ等地帯の生活困窮者の哀願によつて止むなく本件行為に出でたものであること、被告人が本件行為によつて得た純利得は其の回数に比して僅少であること、被告人は現在病気であること、又被告人は深く前非を悔いていること等（原審に提出した控訴趣意書参照）に鑑みれば被告人に対して実刑を与えることは酷と云うべく、宜しく刑の執行猶予の寛典を賜るべき事案と思料す

る。

以上

二

昭和二九年(あ)第七一五号

判決

本籍　秋田県河辺郡岩見三内村三内字田尻下野田七番地
住居　同県北秋田郡花岡町字根井下　番地不詳
土工　田中健三郎
大正九年一〇月一五日生

本籍　同県大館市字松木境一二四番地
住居　同県同市大正町　番地不詳　菅原陽次郎方
無職　細田政広
昭和五年三月一日生

本籍　宮城県志田郡鹿島台町木間塚字竹谷六〇番地
住居　秋田県大館市新富町　番地不詳　八神錦三方
露天商　鈴木幸雄
昭和五年一一月二二日生

本籍並びに住居　同県同市字新地九五番地

昭和三一年六月二九日判決　昭和二九年(あ)第七一五号

大　工　高　橋　五　郎　昭和六年九月二五日生

右田中健三郎に対する傷害・傷害致死、細田政広に対する暴力行為等処罰に関する法律違反・恐喝各被告事件について昭和二八年九月二九日仙台高等裁判所秋田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。

当審において被告人田中健三郎、同細田政広、同鈴木幸雄のために附した国選弁護に関する訴訟費用はそれぞれ右各被告人の負担とする。

理　由

被告人田中健三郎の弁護人山崎清の上告趣意第一点について。

記録を見ると、第一審判決が証拠に採つた第一審第二回公判調書中の証人長沢春夫の供述記載中、同証人の証言として「滝田医師が縫合した金善徳の傷を翌日診察したが、同医師は相当鋭利な刃物で刺した傷だと申していた」との趣旨の部分があることは所論指摘のとおりであり、そしてそれは伝聞証言に属すること並びに第一審公判調書中、被告人側において右部分の供述を証拠とすることに同意したと認むべき積極且つ明示の記載のないこともまた所論指摘のとおりである。しかし、記録につき所論第一審判決第一の事実に対する同判決挙示の証拠を検討すると、右長沢証言中の伝聞証言の部分を全然除外しても判示事実を認定するに十分であり、且つ右部分は第一審判決が証拠として採用しなかつたものと解するを

相当と認められるから、原判決が右部分をも証拠として採用されたことを前提として、その同意の意義に関してした原判決判示は畢竟無用の判示に帰するから、所論判例違反並びに憲法三七条二項違反の論旨は何れもその前提を欠き、刑訴四〇五条の適法な上告理由とならない。

同第二点について。

所論は証拠の価値判断を非難し、延いて事実誤認を主張するものであつて、適法な上告理由に当らない。

被告人細田政広の弁護人植木敬夫の上告趣意について。

所論は憲法一四条違反をいうけれども、その理由のないことは昭和二三年(れ)第四三五号同年一〇月六日の大法廷判決（集二巻一一号一二七五頁）の趣旨に徴して明らかである（なお、昭和二六年(れ)第五四四号同年九月一四日第二小法廷判決、集五巻一〇号一九三三頁参照）。論旨は理由がない。

被告人鈴木幸雄の弁護人岩武一寿の上告趣意第一点について。

上告趣意として控訴趣意書を引用することは不適法である（なお、暴力行為等処罰に関する法律一条一項後段の「数人共同シテ」とは、「二人以上共同して」の意義に解すべきこと、後記金崎弁護人の上告趣意について説明するとおりであり、原判決はそれと同旨に出でたものと解するを相当とするから原判決にはこの点の違法は存しない）。

同第二点について。

所論は量刑不当の主張であつて、適法な上告理由に当らない。

被告人高橋五郎の弁護人金崎益枝の上告趣意について。

暴力行為等処罰に関する法律一条一項後段の「数人共同シテ」の数人の意義は「二人以上」と解するを相当とする。所論引用の判例もまた同旨に出でたものであること、その判決の全文を見れば明瞭であり、所論は判決要旨に摘録された部分の

みを見ての誤りに出でたものと思料される（なお大審院判例中右の意を明確に判示したものとして、大審院判例集一一巻一六二三頁、一七巻七八三頁各参照）。原判決また以上と同旨に出でたものと解すべきであるから、所論判例違反の主張はその前提を欠き適法な上告理由とならない。

なお記録を調べても、各被告人等の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（但し被告人高橋五郎を除く）により、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三一年六月二九日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　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

裁判官　池田克

昭和二九年(あ)第七一五号

弁護人山崎清の上告趣意

右の者に対する昭和二九年(あ)第七一五号傷害、傷害致死被告事件につき、上告の趣意を左のとおり陳述する。

第一点　原判決は憲法三七条二項に違反し、かつ、判例と相反する判断をしたものであつて、破棄を免れない。

原判決は、第一審第二回公判調書中証人長沢春夫の供述の中、同証人は滝田医師が縫合した金善徳の傷を翌日診察したが、同医師は、相当鋭利な刃物で刺した傷だと申していた旨の供述につき、それが伝聞証言であることは勿論であるとしつつ、同公判廷に出頭していた被告人及弁護人が、この供述を聞きながら異議の申立をしていないから、これを証拠とすることに黙示的に同意をしたものとみなすべきであるとし、伝聞証言を証拠とすることに対する同意は明示的になすことを必要としないと解している。

しかし、福岡高裁・昭和二四年一〇月二五日判決（高裁特報三号一二八頁）、名古屋高裁・同年同月五日判決（同特報一号一八一頁）等は一致して、この同意は積極的・明示的にされることを要するものとしているから、原判決はこの判例に相反するものである。（最高裁判所におけるこの点に関する直接の判例はないが、最判・昭和二六年九月二八日二小判決―五巻一〇号二一三一頁、同二七年一一月二一日二小判決―六巻一〇号一二二三頁等からは略々同趣旨のことが窺われ、また同二六年二月二二日一小判決―五巻三号四二一頁は弁護人において同意を申述していた場合である。）

しかもこれら判例は学説の大半が認めているところであつて全く正当である。（横川・刑事裁判の実際一〇三頁、横井・判例刑事証拠法九六頁、田中和夫・証拠法一九一頁、田中政義・新刑訴講義二八二頁、南波・簡明刑事証拠法一三九頁、田中政義・新刑訴講義二八二頁、南波・簡明刑事証拠法一三九

被告人　田中健三郎

頁、青柳・刑訴通論三二一頁等。）

同意があつたかどうかの認定は、最高裁判所の判例においても屢々いわれているように（例えば六巻一〇号一二三頁）訴訟行為の解釈の問題である。必ずしも「同意」という言葉が使用されねばならぬものではない。それが場合により「異議がない」という言葉で現わされていることもあるであらう。が、とにかく、真意がそこにあると解釈しうる積極的な訴訟行為が存することが必要である。「異議ない」と述べることと、事実上異議の申立がなかつたということとは甚しい差異がある。

米法上、伝聞証拠に対し、異議の申立がないとき、異議権の放棄と見なされ、証拠能力をうるに至ることは知られているとおりである。が米法と我法とでは異議権の本質を異にする。米法においては、上訴するためには予め異議の申立をしておくことが必要である。

異議はいわば上訴の要件である。かゝる制度の下においては、積極的に異議権を放棄することと、事実上異議の申立をしないでおくこととは、殆どその意味を同くする。それは徹底した当事者主義の基礎の上に立つている。その異議権一般がそのようのものであるから、伝聞の場合も単なる不作為――異議を申立てないこと――によつて治癒される。しかし、我刑訴において、このような異議権の制度が採り入れられていると考えることは絶対にできない。訴訟法全体の理念的基礎からも他の規定との関連上も（例えば刑訴二九九条一項但書、三〇九条、規則一七九条等参照）これを認めることはできない。たゞ刑訴三二六条の同意の点において、いわばその範囲においてのみ異議権の制度、すなわち当事者の徹底した主導性が認められたということはできる。しかしそれはあくまで、他の証拠能力の欠缺の場合とも比較して、三二六条の明文の認める範囲に限られる。同条が、特に伝聞証拠としての証拠能力の欠缺の場合につき、当事者の意思により治癒されることのあるのを認めたものであり、また一般に米法的なオブ・ジユクションの制度が採られていない以上、その同意

は、積極的になされたものでなければならないことは当然であらう。同意の本質は異議権の放棄とはいえる。しかしその放棄は積極的になされることを要する。しからざれば、すなわち「異議を申立てないこと」が「放棄」とされるのでは、米法のオブ・ジユクションと異ならないことゝなり、それは伝聞の場合に限らず、延いて我刑訴の全構造（当事者主義と職権主義、審級制度等限本的原理及制度に関するが故に）を揺がすることゝならう。

憲法三七条二項は反対訊問権を保障したものである。伝聞排斥の根拠はこゝにある。従つて「伝聞による裁判」は同条に違反する。

尤も反対訊問権は放棄を許さないものではない。しかしその侵害（伝聞証拠の提出）に対し異議を申立てなかつたことにより、この憲法上の権利を放棄したものとは、こゝでも考えることはできない。憲法の保障は、たゞその権利の行使を妨げなければなるとするものではない。近代憲法は形式的自由から実質的自由への途を歩んでいる。こゝでも実質的保障が問題である。少くとも現在の一般（法曹も含めて）の法意識、法感情を前提とすれば、懈怠を責めることに急であるならば、実質的にその権利を失わせることになるであらう。少くも国は権利行使の機会を与える義務がある。この憲法上の権利が、積極的に異議を申し立てないことにより、放棄されるとするのは、我実情に照し、甚しい行きすぎであり、この権利を実質的に保障する所以ではない。かくてこの放棄の認められない本件は憲法の右条項にも反する。

尤も伝聞証言に対する同意につき、書証の場合と法廷における供述の場合とを区別する説もある（江家・刑事証拠法の基礎理論一四七頁。なお最高裁・刑集七巻一〇二三頁は、被告人等が、伝聞を述べた証人の供述を聞きながら異議を述べず、その証人に「別に尋ねることはない」と述べたことを同意したものとしているが、その伝聞の原供述を述べたものは共同被告人であるという特殊な場合であり、一応訴訟行為の解釈の問題といえると思うが、異議を述べなかつたことに重点をおくならば是認できない）。而して本件も後者の場合である。しかし、この区別には何の理由もない。反対訊問権の

放棄という点でこの二の場合に何の差異もない。かゝる区別は無意味である。要は、我刑訴にはしかく徹底した当事者主義が採られているのではないということであり、反対訊問権の実質的保障のためにはそこまで行くことができないということである。それで、単なる異議権の不行使をもつて、この憲法上の権利を剝奪することはできないのである。なお米国の判例においても、原判決維持が著しく正義に反する乃至明白な誤判があるときには、たとえ事実審で異議の申立をしていなくても上訴審で原判決を破棄することが認められつつあることを附記する（Orfield, Criminal Appeal in America, 1939. PP. 93）。いわば当事者主義の行きすぎ、形式化が是正されつつあるものといえる。また証人長沢春夫の供述中には原判決でとりあげた以外に、検察官より、嘗て、検事に対し、本件刺傷につき、詳細な所見を述べているがどうか（内容を述べつつ）と問われて、「そうです。それはその時滝田医師に来てもらい同人から聞いて答えたのです」と述べているがこの問答の部分も伝聞証拠なのである（記録一八三丁）。しかもこれらの伝聞は、金善徳に対する傷害が果して被告人の手によるかにつき、被告人が手を下したこと明かな金川に対する兇器と金善徳に対する兇器との同一性を証明するものとして最も重要な証拠をなしているものである。そして前述江家教授においても、伝聞供述が重要なものであるときは三二六条後段の相当性の問題として排除すべきものとしているのである。

第二点　原判決は採証の法則に違反した違法があり、かつ、事実を誤認し、これを破棄せざれば著しく正義に反するものである。

第一審判示第一の金善徳に対する傷害犯人が被告人であるのかが問題である。原判決が認定の根拠として重視したのは、被告人が七首を所持しており、初めそれで遊戯場入口の硝子を突破り、後に金川を刺殺したこと、被告人が犯行后と思われる時期に「二人を刺してきた」旨述べたのを聞いた証人が二人あること、証人長沢医師が金と金川は同じような兇器で刺されたものと思う旨証言したことの事実につきる。

(一)　先づ、証人長沢春夫は、金善徳受傷後滝田医師がこれを診断し胸の傷を縫合した翌日、その外部を見て、左腋下線第八肋骨に先の尖つた物の傷を認め、またレントゲンにより胸部に血と空気で埋められた部分のあることを知つたのみである。その傷の詳細な症状については滝田医師から聞いて知つたにすぎない。金川の死体については詳細に鑑定をしている。しかしそれについてさえ、証第一号小刀を示されたとき（一八五丁）「殊に死ぬと体は小さくなるので傷のあることは判るが、兇器の大きさなどは判らないのです。或はこの刃物がその時の兇器かもしれません」と述べている。しかもなお、金の場合と比べ「私の考えでは、傷の形、巾、長さからして同じような兇器で刺されたと思います」と述べることができたのは何故か。かゝる証言はいわゆる意見証言（オピニオン）である。意見であつても鑑定人のそれは米法上も許容されること勿論である。しかし、それには、先づ、前提事実を自ら認識したのでない場合は、他の方法によりその前提事実が立証されなければ、鑑定証言も許容されない。本件においては、金善徳の傷の形、長さ、巾は立証されていない。長沢医師の知つたのは右に掲げた事実のみであり、傷の形状の詳細は知らない。第二にその前提事実を明かに示された上でなければ、それについての意見も許されない。これは事の性質上当然である。しかし本件では金善徳の傷の形、長さ、巾の詳細は明確に前提とされていない。更にその意見は一般を納得させうる推理によつて支えられていることが証言上明かでなければ採用しがたいことは事実審理の当然であり、また裁判所の審理上の義務でもある。しかるに本件では単に漠然と傷の形、長さ、巾から同様であると思うというのみで、根拠の明確に示されたものとはいいがたいのである。要するに、同様の兇器なりとする同医師の言は、前提事実の立証をかき、かつ、明確な前提事実の呈示によつて行われず、従つて推理過程が曖昧である点において、漠然たる意見として、証拠に採用しがたいものである。

(二)　長沢医師の自ら実際に所見した程度のことでも、両傷害の兇器が著しく異ならないものであることは、或は証言する

ことが許されるかもしれない。しかし、その程度の事実と前記の事実とで果して被告人が金善徳の場合も犯人であつたと認定できるであらうか。しかも被害者は細田が犯人だといい、目撃者石川も細田が刺したといつているのである。被告人が匕首を所持していたことは明かである。原判決は細田が匕首を持つていたことの証拠はないように考えているが、被害者と目撃者がある以上、匕首様のものを所持していた証拠も立派に（甚だ信ずべき程度で）あるのである。彼等は露天商仲間である。被害者と目撃者が犯人だという以上、細田もかゝる兇器を持つていたことは十分に認めうる。また被告人が犯行後、二人斬つたといつたということも、その仲間からして、自己を誇示すべく事実を飾つたものでないかということは十分に考えられるのであつて、これを重要な証拠とすることはできない。

原判決が被告人が犯人なりとする証拠はかくいずれも根拠及価値乏しく、十分に立証されていないのに、証拠の価値判断を誤つて、有罪を誤認したものといえるのである。しかも犯人が何人であるかにかゝり、破棄せざれば著しく正義に反することは明瞭である。

以　上

昭和二九年(あ)第七一五号

弁護人植木敬夫の上告趣意。

右暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件の上告趣意は左記の通りである。

原判決は憲法第一四条に違反する。

一件記録に徴するに本件は、被告人等博徒の徒輩と朝鮮人の徒輩との相互からする喧嘩であつて、その被害の結果は朝鮮人徒輩の方に重かつたといえ、その社会的危険性においては全く軽重のない事案である。

しかるに本件においては、被告人等のみが一方的に公訴を提起され、一方的に処断されているが、朝鮮人の徒輩は何らの処分をも受けていないのである。これは甚だしく不公平な処置と云わなければならぬ。「喧嘩両成敗」とは単なる諺ではなく、日本国民の数千年の歴史によつて形成された社会正義感の表現であり、且つ道徳規範として現社会に定着している規範である。

憲法第一四条は「何人も法の下に平等である」と宣言しているが、これは又かゝる道徳規範をもその理念として受容れているものと云うべきである。

しかるに、本件刑事訴追手続全体は、同等の責任ある他方を全く措いて、一方のみを不公平に追求したものにすぎないのであつて、右憲法の条項に違反する違法の手続といわなければならない。

以　上

被告人　細田政広

昭和二九年(あ)第七一五号

被告人鈴木幸雄

弁護人岩武一寿の上告趣意

右の被告人に対する恐喝等被告事件について上告趣意を次の通り陳述する。

一、暴力行為等処罰に関する法律違反に対する原審の判決は法律解釈を誤つている。

仙台高等裁判所秋田支部に於ける被告人等に対する各弁護人の控訴趣意書記載を援用する。

二、原審の判決は量刑甚だ重きに失する。

被告人鈴木の年令、環境及び犯行当時の情況等に充分なる考察を払うことなく懲役一ヶ年六月の実刑を課したのは妥当を欠ぐものと信ずる。

三、以上の次第にて原判決は破棄さるべきものと信ずる。

以上

被告人高橋五郎

弁護人金崎益枝の上告趣意

右被告人に対する暴力行為等処罰ニ関スル法律違反等被告事件につき左記の通り上告趣意書を提出する。

原判決は暴力行為等処罰ニ関スル法律第一条第一項の解釈適用を誤り判決に影響を及ぼすべき法律違反があるから破毀せらるべきものである。

原判決は被告人高橋五郎に対して昭和二十七年二月二十四日附起訴状公訴事実第一の通り被告人等は池内某（未成年者）と共同して昭和二十六年九月十六日午後十一時頃大館市小館花附近道路上において酒巻吉一郎二十八年に対して些細のことから因念を付けた上同人の顔面等を手拳或は傘を以て殴打し暴行を加へたものであると為し罪名並罰条を暴力行為等処罰ニ関スル法律（以下単に暴力行為処罰法と略称する）第一条第一項後段を適用し「数人共同シテ第二〇八条ノ罪ヲ犯シタル者」として之を処罰し、第二審判決に於ても亦弁護人の控訴理由第一点に対して唯単に「同法数人共同してというのは『二人以上共謀して』の意味に解すべく云々……いやしくも数人共同して暴行を加へた事実があれば同法第一条を適用処断すべきものと解するを相当とする、論旨は独自の見解に基き原判決を非難するものであつて採用することは出来ない」と判示するのみであつて何等破棄の理由を述べていないのを洵に遺憾とする。

第一、先づ暴力行為処罰法の立法理由について述べる。

同法が刑法第二百八条、第二百二十二条及第二百六十一条の犯罪形態とする第六十条の規定を除外して特別加重犯とし、然かも特別刑法として立法された趣意を一言にして尽せば恰かも暴力団の如き集団的犯罪を其の目標としたものであることは極めて明白である。換言すれば団体若くは多数を標榜し或は之を背景として其の威力を利用し暴力又は脅迫等を

敢行する徒輩を取締る為めに制定された特別法であることは当時の江木司法大臣の第五十一議会に於ける補足説明に依つて之を観ても明白である。即ち、

「団体若クハ多衆ノ威力ヲ示スコト、団体若クハ多衆ヲ仮装シテ威力ヲ示スコト、或ハ兇器ヲ示スコト、或ハ数人共同シテ為スコトニ依リ又ハ常習トシテ慣習的ニ暴行、脅迫又ハ強談、威迫等ノ犯行ヲ為ス者等ヲ重ク処罰シ又親告罪ナリシ暴行並器物毀棄等ノ罪ニ付テハ之ヲ非親告罪トシテ訴追ニ便ナラシメ、之ニ加フルニ新ニ法規ヲ設ケテ此等ノ徒輩ニ対シ金員等ノ利益ヲ与ヘテ之ヲ援助シ或ハ援助ヲ受クルガ如キ者ニ対シテ其ノ行為ヲ処罰スルノガ立法ノ要点デアリマス。」（第五十一回貴族院暴力行為等処罰ニ関スル法律案特別委員会議事録第一号参照）

に依つて観ても同法が特殊の犯罪形態を有する暴力的行為、之れは多衆的共犯関係に対する加重的刑事責任を規定した特別法であることが判かる。

此の法意から考察すれば同法第一条第一項後段に所云「数人共同シテ」の意義も極めて明白となるであろうと考へる。

従つて唯単に被告人高橋、鈴木、（池内）の三人に依つて為されたとするも本件公訴事実第一の犯罪は単一的暴行の累積であり被告人等の偶発的に行われたものに過ぎないから之を以て暴力行為処罰法第一条第一項を適用したのは其の解釈を誤つたものであると信ずる。

第二、次に暴力行為処罰法第一条第一項後段に所謂「数人」の意義について述べる。

刑法史上刑法は明治四十年四月二十四日法律第四五号を以て公布、明治四十一年十月一日から執行された。其の後大正十年、昭和十六年、昭和二十二年及昭和二十八年に夫々改正されている。

然るに暴力行為処罰法は刑法実施後十数年を経過した大正十五年四月十四日法律第六〇号を以て公布執行されたのであ

る。

依つて今刑法上の用語例として同法第一条第一項に所云「数人」なる術語は普通刑法中には見当らない。従つて同法第一条第一項の数人なる意義は特別意義を有するものとして解釈しなければならないと考へる。

反之刑法中共犯の章刑法第六十条に所云「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者」、傷害罪の章刑法第二百七条に「二人以上ニテ暴行ヲ加ヘ人ヲ傷害シタル場合」、同時犯、逃走罪の刑法第九十八条に「二人以上通謀シテ逃走シタルトキ」等の用語例とも比較考察するときは同法第一条第一項に所云「数人」とは騒擾罪刑法第百六条に所云「多衆聚合シテ」の多衆と同一意義に解釈し不定多数人と解するのが正当と考へる。

第三、以上の理由により暴力行為処罰法第一条第一項に所云「数人」とは少くとも文理解釈及論理解釈（特に法律制定の沿革）の執れよりするも五、六名以上の不定多数人の意と解釈すべきである。

此の点について曾て大審院が大正五年(れ)第二〇〇四号昭和二年三月二日第二刑事部判決（大審院刑事判決録第六巻刑事六三頁）に、

「数人共同シテ暴行、脅迫、毀棄ヲ為シタルトキハ団体又ハ多数ノ威力ヲ藉ラザル場合モ本条第一項ノ罪ヲ構成ス」

と判示したその真の意味は瞭かに刑法に所云二人以上共同してとの用語例とは厳に区別してあくまでも「数人」の意義を重視したものと判断しなければならぬと考へる。

殊に罪刑法定主義と刑法、殊に特別刑法は厳格に解釈すべしとの法諺からしても斯く判断すべきものである。

従つて右に反する昭和二十五年(5)第九〇号、第九一号同年六月二十四日札幌高等裁判所刑事第一部判決（破棄・差戻）（高等裁判所刑事判決集第三巻第一号二三五頁参照）の要旨は其の判示要旨明確ならざるものあるも同意し難いものである。反之東京高等裁判所昭和二十八年(5)第七一五号昭和二十八年五月四日刑事第十二部判決が其の判示要旨中に明確なら

ざるものあるも暴力行為処罰法第一条第一項違反の罪事件に該当しないで刑法第二百二十二条（脅迫の罪）の共同正犯と認定した点に於ては洵に肯綮に値するものと考へる。

尚刑法中共犯の例文として「二人以上共同シテ」の用語例あるに拘わらず敢へて「数人共同して」の特別用語を掲げたる立法時の法文を今日新時代に便宜的解釈を敢てし本来の立法精神と其の用語例を変革せんとするが如きは同法の法意を蹂躙せんとするものであつて国民を「瞞し打ち的な非民主主義的解釈」との非難を免れ得ないものと考へる。

殊に起訴事実の真相は被告人高橋と鈴木が訴外池内某（少年）と偶々大館市小館花の祭典に知合から招かれて酒肴の馳走になり帰途酔余と暗夜の出来事として一時的に被害者酒巻吉一郎と喧嘩し撲り合をしたものゝ即時互に知己の身なることを知り仲直りし互に了解の上別れて帰つたという事実なのである（証人酒巻吉一郎の証言参照）。この一些事を挙げて暴力行為処罰法第一条第一項の加重犯罪として処罰したことは全く同法第一条第一項の解釈適用を誤れるもので且判決に影響を及ぼすこと極めて明白であると考へる。

依つて原判決は破毀を免れ得ないものである。

以　上

昭和二九年(あ)第七五八号

判　決

本　籍　朝鮮慶尚南道昌原郡東面華陽里四百三十九番地
住　居　東京都豊島区高田南町三丁目七百三十五番地
靴修理業　高山成夫こと　崔　俊石　大正一二年五月二三日生

右酒税法違反被告事件について昭和二六年八月二八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

弁護人横田武、同吉田勧の上告趣意について。

所論は単なる量刑不当の主張であつて、上告適法の理由とならない。

弁護人杉崎安夫の上告趣意第一点について。

しかし、現行犯の場合に関する限り、法律が司法官憲によらずして捜索、押収等をなし得べきことを規定したからとて、立法政策上の当否の問題に過ぎないのであり、憲法三五条違反の

問題を生ずる余地は存しないのであるから、国税犯則取締法三条一項の規定は憲法三五条に違反するものでないことは、昭和二四年(れ)第一一四三号、昭和三〇年四月二七日言渡の当裁判所大法廷判決（判例集九巻五号九二四頁）の趣旨とするところである。そして本件記録を見るに、所論犯則事件取調顛末書は収税官吏、大蔵事務官が国税犯則取締法三条一項の規定に基き、犯則嫌疑者たる被告人立会の上犯則の現場を臨検、捜索、差押をなし、且つその現場において被告人に質問した際の顛末を記載した書面であり、所論収税官吏、大蔵事務官の作成した差押調書は、その時犯則の現場において、証憑物件を差し押さえた際に作成した差押目録であつて、右各書面及び差押物件が違憲の手続によつてなされたものであるということはできないから、所論違憲の主張はその理由がない。

同第二点について。

所論は単なる量刑不当の主張であつて、上告適法の理由とならない。

よつて刑訴四〇八条に従い主文のとおり判決する。

この判決は、弁護人杉崎安夫の上告趣意第一点に対する裁判官栗山茂の補足意見及び裁判官藤田八郎の少数意見の外全裁判官一致の意見によるものである。

弁護人杉崎安夫の上告趣意第一点に対する裁判官栗山茂の補足意見及び裁判官藤田八郎の少数意見はそれぞれ前記昭和二四年(れ)第一一四三号の大法廷判決に記載した同裁判官の各意見のとおりである。

昭和三一年六月二九日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　栗　山　茂

裁判官　小　谷　勝　重

裁判官谷村唯一郎は出張につき記名押印することができない。

裁判官　藤　田　八　郎

裁判官　池　田　克

裁判長裁判官　栗　山　茂

昭和二九年(あ)第七五八号

弁護人横田武、同吉田勧の上告趣意

右酒税法違反上告事件につきその上告趣意を弁明すること左の如くである。

原判決は量刑不当であるから破棄を免れない即ち本件被告人の犯罪は単に行為そのものを把えた場合当時の事情としては相当の量刑であつたというかも知れない。然し被告人の犯行の動機その他を考慮した場合には直ちに第一審判決を相当としてこれを維持する理由は存在しない。

被告人の本件犯行の動機は甚だ憐れむべきものがある。被告人の父はバラチフスと黄疸の為入院し、その治療費に事欠き而も不時の出費に応ずる蓄へとてなく、そのため知人等から借金をし一時治療費に充てゝいたがその後間もなくその知人からは返済方の矢のような催促を受けてその金の捻出方に苦慮しその結果止むを得ず本件違反行為に及んだのである。

又被告人は本件行為によつて造り出した焼酎の内僅か五升ばかりを石橋新見と二人で飲酒したに過ぎずその余の分については何等の処分をもするに至らずして没収されてしまつたから情状として相当これを考慮にいれて然るべきである而も酒税法による取締の目的は酒税逋脱といふ点にあるからその原料たる主食の量は問題でない若しその量の如何が情状に影響を及ぼすとしても最近の食糧事情を考慮にいれ、これを以上の事情と綜合して視察すれば被告人に実刑を科することは余りにも酷であると思料されるから職権を以つて原判決を破棄するとの御裁判を賜り度い。

以　上

被告人　崔　俊石　高山成夫こと

昭和二九年(あ)第七五八号

被告人　崔　俊　石

弁護人杉崎安夫の上告趣意

右の者に対する貴庁昭和二十九年(あ)第七五八号酒税法違反被告事件に付左に上告理由を上申します。

第一点　原判決は憲法第三五条、第三三条に反する違憲の判決である。

一、原判決は第一審判決に於て違憲の手続による証拠を援用し且つ没収したことを容認して居るが本件事案に於ては違憲の判決である。

二、憲法第三五条、第三三条規定によれば裁判官の令状なくして押収捜索を原則として禁じて居り、之をなし得る場合は僅かに現行犯として逮捕される場合のみであることを明記して居る。

三、本件が所謂現行犯として逮捕される場合に該当しないことは記録上明かであり、従つて憲法の謂う所の例外の場合に当らぬことも明らかである。然れば当然原則規定の保障を受くべきである。

四、然るに原審は本件に於て適用されたと見るべき国税犯則取締法第三条を刑事訴訟法第二二〇条と共に憲法第三五条の除外例の場合に準するものとして制定されたものと解してゐるのである。

五、憲法の人権保障の規定特に第三五条第三三条は基本的人権尊重を一大支柱として定められたものでその例外規定は極めて厳格に解さねばならぬと共に類推拡張は許されないものである。

六、憲法が例外として現行犯として逮捕される場合丈け無令状の強制を許容した趣旨は事犯極めて明白で処置亦急速を要し、之をせざれば犯人の逃亡、証拠の煙滅の算大きく後刻を以ては適正な司法活動を妨げられる場合に適合せしむべく定めたものであつて通常逮捕、押収の令状を以て望んでもこの虞れのない時に迄用うることを許す趣旨でない事は当然

である。殊に通常逮捕状に付押収の場所、対象物を明示すべき規定あり、無令状押収は斯る制限を超えて実施され人権尊重の立場よりは濫用の虞なしとせぬ危険の取扱が想像されるのである。

七、原判決の理由が容易に国税犯則取締法第三条を以て例外に準すると解したることは以上の趣旨により直ちに承服し難い所である。固より原判決と雖も準ずると称し例外そのものなりと謂わざる所に、尚多少釈然たらざるものある事にも窺われるのであるが、以て承服し難い所である。

八、控訴趣意書第一点㈢㈣に於て当弁護人が述べて居る如く所謂通常司法警察職員と税務官吏との司法事件取扱上の習熟程度に関する実際上の相違と思う時、刑事訴訟法第二二〇条と国税犯則取締法第三条はその例外規定準用に関し必ずしも同一と云い難く厳格に吟味すべきものがある。

九、のみならず本件が裁判官の令状を待つてしても捜査困難でなかつた事案であること疑いないことを惟ふ時益々例外を準用すべき場合でないと謂はざるを得ないのである。

換言すれば当然憲法の保障する人権尊重の精神に於て原則的取扱たる令状を以て逮捕並に押収捜索を為すべき事案であある。之を取締上の便宜に名を藉り原則を顧みずして無令状の強制を用いるは人権の蹂躙の非難を免れ得ないものと信する。

一〇、されば斯る違憲の取扱を示す大蔵事務官飯塚晋作作成の差押調書並同人外二名作成の犯則事件取調顛末書は原判決の挙示する証拠は違憲の取扱を示すものであり押収された物は没収すべきでなく之を容認した原判決はその採証並に没収物に付き違憲の判決なりと信ずるものである。

第二点　原判決の容認した量刑は不当に重く著しく正義に反すると思料するので特に貴庁の御審理を求める。

一、第一審判決は被告人を懲役一年罰金十万円に処し、原判決は之を容認して居られるが、控訴趣意書第二点に記載の如

く左の理由により不当に重く、著しく正義に反するものと信ずる。

二、実際に於ては第一審証人石橋勝治と共に共謀実行したものであることが真相であり記録上推認出来るものであるが、居住地関係により被告人は寧ろ主動者となつていないこと、而して被告人は外国人であり、石橋は日本人である国際関係も存し感情的に非常に激して居り且つ之を知る被告人の知人親戚の者も石橋に対し憤慨し、ひいては対一般日本人と感情的不和を蔵してゐることを御高慮賜り度いのである。

三、本件が昭和二十三年の事案で終戦後混乱期を出て居らなかつた際であり、当時廿四年の被告人の思慮浅く四囲の混迷に誘引された事件であると共に第一審判決当時より徴納税又は食糧事情の面から見ても寛刑を以てしても取締上の不都合の生しないこと、並に家庭の経済事情困窮に為り遂に本件犯行に及んだもので他の財産犯等を犯さず（進駐軍兵士との喧嘩で勾留された事があつたが無罪になつてゐる）今日尚無前科で真面目に働いて居りその後妻帯して子供もある身であることを御斟酌賜り度い次第である。

四、記録第十五丁によれば税務署長の意見では罰金十万円（逋脱税額二万四千四百七十円）となつて居り、本件被告人に実刑を科さるることは重過ぎると信ずる。

以上の理由によりまして原判決を破毀して下さる様御願い申します。

尚理由第一点同旨の理由に付貴庁昭和二十四年(れ)第一一四参号が大法廷に繋属して居りますから申添えます。

以　上

事件番号	事件名	被告人氏名	裁判月日	法廷	結果	二審又は原審	頁
昭和二六年(あ)二三三四	物品税法違反	常磐産業株式会社	昭和三二年五・一〇	一	一部破棄自判一部棄却	高松高	四五九
昭和二七年(れ)八八	強盗殺人、同幇助、横領、銃砲等所持禁止令違反	西武雄外三名	四・一七	三	棄却	福岡高	八一
昭和二七年(あ)一九〇一	詐欺	居村富士助外一名	四・一七	三	棄却	高松高	三四一
昭和二七年(あ)五三一六	児童福祉法違反	李在九	五・三〇	大	棄却	名古屋高	六四七
昭和二八年(あ)九四八	外国人登録令違反、外国人登録法違反	陳在業	五・四	二	破棄自判	大阪高	四四三
昭和二八年(あ)一六一一	関税法違反、酒税法違反、贈賄、銃砲等所持禁止令違反	島名清	五・二三	大	棄却	福岡高宮崎支	五六三
昭和二八年(あ)二九三六	薬事法違反	呉相吉	五・二二	三	破棄差戻	東京高	五三七
昭和二八年(あ)三一八七	医師法違反	久田克位	四・一〇	三	棄却	東京高	一
昭和二八年(あ)四三二九	薬事法違反、覚せい剤取締法違反	筑波孝三外一名	六・一三	大	棄却	広島高岡山支	七四九

昭和二八年(あ)四九一五	封印破棄	斎藤道忠	四・一三	二棄却	札幌高	五一
昭和二八年(あ)五二六六	公職選挙法違反、食糧管理法違反	堀健治	五・一七	一棄却	名古屋高金沢支	五〇九
昭和二八年(あ)五五七九	窃盗	原田敏夫	四・一三	二棄却	大阪高	六一
昭和二九年(あ)五九七	業務上横領	宮本継雄	四・一〇	三破棄差戻	福岡高	五
昭和二九年(あ)七一五	傷害、同致死、恐喝、暴力行為等処罰に関する法律違反	田中健三郎外三名	六・二九	二棄却	仙台高秋田支	九四三
昭和二九年(あ)七五八	酒税法違反	崔俊石	六・二九	二棄却	東京高	九六一
昭和二九年(あ)八二七	物品税法違反	三亀化成株式会社外一名	六・五	三棄却	大阪高	六八七
昭和二九年(あ)九四〇	建造物侵入、銃砲刀剣類等所持取締令違反、火薬類取締法違反	松井久雄外三名	四・一〇	三破棄自判	東京高	一一
昭和二九年(あ)一一〇六	公務執行妨害	岡強喜外一名	四・一〇	三棄却	福岡高	二七
昭和二九年(あ)一四四七	横領、たばこ専売法違反	森川源太郎外一名	六・二六	三破棄差戻	広島高	八六九
昭和二九年(あ)一四九〇	不法監禁、暴力行為等処罰に関する法律違反、傷害	平山春俊外四名	五・一	三棄却	福岡高	四二九

昭和二九年(あ)一六五四	昭和二四年政令第三八九号違反、外国為替及び外国貿易管理法違反、銃砲刀剣類等所持取締令違反、火薬類取締法違反	大石光之助	四・二四	三棄却	東京高	三八七
昭和二九年(あ)一六七九	名誉毀損	渡辺まきの	五・八	三棄却	名古屋高	四五三
昭和二九年(あ)一六八一	横領、私文書偽造、同行使、詐欺	米倉一雄	四・一三	二棄却	名古屋高	六九
昭和二九年(あ)一七二四	強要、不法監禁	盛次幸一	五・二九	三棄却	福岡高	五九九
昭和二九年(あ)一八九六	銃砲刀剣類等所持取締令違反、脅迫、威力業務妨害、住居侵入、暴行、傷害	藤元俊治外一名	五・二九	三棄却	福岡高	六一三
昭和二九年(あ)二一二七	詐欺、私文書偽造行使	前田栄	六・五	三棄却	名古屋高金沢支	七〇一
昭和二九年(あ)二二二四	傷害致死	上田米光	四・一七	三棄却	福岡高	三六五
昭和二九年(あ)二二八七	覚せい剤取締法違反	渡辺一郎	四・二四	三棄却	東京高	三九三
昭和二九年(あ)二四五九	窃盗	小池勇	五・三〇	大棄却	名古屋高	六五三
昭和二九年(あ)二四七五	強姦致傷	近藤齊	五・二九	三棄却	広島高岡山支	六二七
昭和二九年(あ)二五〇二	入札談合	山田虎雄	四・二四	三棄却	大阪高	四〇三

昭和二九年(あ)一六六一	傷	害	浦田喜市	四・一〇	三	棄却	福岡高	三三	
昭和二九年(あ)二七〇〇	窃	盗	玉谷虎次郎	六・一九	三	棄却	東京高	七七九	
昭和二九年(あ)二七〇五	覚せい剤取締法違反	李	応俊	六・一九	三	棄却	東京高	七八五	
昭和二九年(あ)二八九八	窃	盗	伊藤一男	六・一九	三	棄却	名古屋高	七九一	
昭和二九年(あ)二九〇三	横	領	青木助次	六・五	三	棄却	東京高	七一九	
昭和二九年(あ)三九五六	爆発物取締罰則違反	斎	藤勇外一名	六・二七	大	棄却	大阪高	九一七	
昭和三〇年(き)四	強盗殺人、窃盗被告事件につきなした上告棄却の決定に対する再審請求	申立人増田博		五・二一	大	棄却	最高裁	五二九	
昭和三〇年(あ)一三〇五	侮	辱	矢野哉	四・一二	一	破棄免訴	大阪高	四五	
昭和三〇年(あ)一六七二	公職選挙法違反	松	岡富治	四・二五	二	棄却	大阪高	四一一	
昭和三〇年(あ)二四二七	公職選挙法違反	安	藤敬	六・二八	一	棄却	広島高岡山支	九二九	
昭和三〇年(あ)二五二三	贈賄、収賄	児	玉武雄外四名	四・一九	一	一部破棄自判一部棄却	名古屋高	三七三	

昭和三〇年(あ)二七七九	公正証書原本不実記載行使	山	内栄造	五・三一	一	棄却	広島高松江支	六七七	
昭和三〇年(あ)二九三四	貸金業等の取締に関する法律違反	山	本定次郎	四・二六	一	棄却	名古屋高	四二五	
昭和三〇年(あ)三一五三	食糧管理法違反	安	藤豊外四名	六・二一	一	棄却	広島高岡山支	七九七	
昭和三〇年(あ)三二六三	尊属殺人	星	野愛子	五・二四	一	棄却	東京高	五七一	
昭和三〇年(あ)三六〇八	公職選挙法違反	大	橋忠次	四・二四	三	棄却	福岡高	四〇七	
昭和三〇年(あ)三六二八	覚せい剤取締法違反	裴	浩淵	六・二一	一	棄却	東京高	八一五	
昭和三〇年(あ)三七一八	公職選挙法違反	今	村高五郎外一名	四・一三	二	棄却	東京高	七三	
昭和三〇年(あ)三七五三	関税法違反、物品税法違反	張	恵美	六・一四	一	棄却	大阪高	七六九	
昭和三〇年(あ)三九九五	業務上過失致死、業務上過失艦船覆没	新	川菊義	六・二八	一	棄却	高松高	九三五	
昭和三〇年(あ)四〇〇四	殺人、尊属殺人未遂、強盗致傷教唆	宮	田力雄	六・一二	三	棄却	名古屋高	七三五	
昭和三〇年(あ)四〇二四	職業安定法違反	浜	野源五郎	六・二八	一	棄却	仙台高	九三九	

昭和三一年(し)	七	収賄被告事件につきなした裁判官忌避申立却下決定に対する即時抗告棄却決定に対する特別抗告	申立人	木下重範 外三名	六・一二	二	棄却	福岡高	八六一
昭和三一年(し)	一〇	裁判官忌避申立却下決定に対する即時抗告につきなした決定に対する特別抗告	申立人	飯島豊 外一名	六・五	三	棄却	東京高	七二七
昭和三一年(し)	一三	麻薬取締法違反被告事件につきなした収監状執行に対する異議申立棄却決定に対する特別抗告	申立人	樫田忠美	四・一九	一	棄却	東京高	三八一
昭和三一年(し)	一四	窃盗、麻薬取締法違反等被告事件につきなした保釈許可決定の抗告棄却決定に対する特別抗告		秋璟植	六・一三	大	原決定取消、差戻	大阪高	七六三
昭和三一年(し)	一九	正式裁判請求権回復請求並びに正式裁判請求棄却決定に対する特別抗告	申立人	田政次	五・一	三	棄却	札幌高	四三七
昭和三一年(あ)	四一	公職選挙法違反		菅家徳三郎	四・一〇	三	棄却	仙台高	三九
昭和三一年(あ)	五三	公職選挙法違反		今村盛吉	五・二五	二	棄却	福岡高宮崎支	五八七
昭和三一年(あ)	九三	強盗傷人、窃盗、窃盗未遂		岩淵清	六・二一	一	棄却	東京高	八二九
昭和三一年(す)	一四八	強姦、賭場開帳図利被告事件につきなした決定に対する公訴棄却の申立	申立人	徳岡一男	四・一七	三	棄却	最高裁	三六九
昭和三一年(あ)	三〇〇	覚せい剤取締法違反、酒税法違反		崔漢吉	五・二五	二	棄却	東京高	五九三
昭和三一年(あ)	三三九	恐喝、同未遂、詐欺		鄭基大	六・二一	一	棄却	大阪高	八四五

昭和三一年(あ)	三六六	住居侵入、窃盗		伊藤君雄	五・一五	三	棄却	仙台高	五〇三
昭和三一年(あ)	三四九	窃盗		伊波孝良	五・二二	三	棄却	大阪高	五四五
昭和三一年(あ)	四〇五	公職選挙法違反		鳥居安高	五・二九	三	棄却	福岡高	六四三
昭和三一年(あ)	四三二	横領、窃盗		塩津慶吉	五・二二	三	棄却	福岡高宮崎支	五五五

最高裁判所刑事裁判書総目次

昭和三十一年四月分

最高裁判所事務総局

凡例

一、本目次には最高裁判所の判決、決定の全部を集録した。
二、（　）内の数字は分冊を示し、最高裁判所裁判書原本綴の分類による。
三、丁数は最高裁判所裁判書原本綴の丁数である。

		頁
判決（全）……（三日―二六日）……（三六件）……		一
決定（1）……（三日―一三日）……（九九件）……		五
決定（2）……（一七日―二〇日）……（八一件）……		一五
決定（3）……（二一日―二八日）……（一〇一件）……		二三
雑（全）……（三日―二八日）……（六九件）……		三三
不成立（全）……（三日―二七日）……（三五件）……		四一

刑事判決（全）

事件番号	事件名	被告人氏名	裁判月日	法廷	結果	原審又は第二審	丁数
昭和三〇年(あ)三四〇一	公職選挙法違反	中村憲太郎	四・三	三	棄却	名古屋高金沢支	一
昭和三〇年(あ)三五六七	賍物故買	李貞植	四・三	三	棄却	東京高	四
昭和三〇年(あ)三八七九	麻薬取締法違反	徐薫芬	四・三	三	棄却	東京高	七
昭和三〇年(あ)四〇七三	窃盗、賍物故買	深沢孝外一名	四・三	三	棄却	名古屋高	一一
昭和三〇年(あ)四一一七	公職選挙法違反	西岡武男外七名	四・三	三	棄却	高松高	一五
昭和三〇年(あ)三八五四	賍物牙保	佐藤勇	四・五	一	棄却	東京高	三〇
昭和二八年(あ)三一八七	医師法違反	久田克位	四・一〇	三	棄却	東京高	三四
昭和二九年(あ)五九七	業務上横領	室本継雄	四・一〇	三	破棄差戻	福岡高	三七
昭和二九年(あ)九四〇	建造物侵入、銃砲刀剣類等所持取締令違反、火薬類取締法違反	松井久雄外三名	四・一〇	三	破棄自判	東京高	四二

昭和二九年(あ)一八六九	詐欺、横領	友井年昭	四・一〇	三	乗却	広島高	五三		
昭和二九年(あ)二六六一	傷害	浦田善市	四・一〇	三	乗却	福岡高	五七		
昭和三〇年(あ)三三一七	公職選挙法違反	寿福政吉	四・一〇	三	乗却	福岡高	六一		
昭和三〇年(あ)三六三四	強盗傷人	笹平嘉市郎	四・一〇	三	乗却	東京高	六五		
昭和三〇年(あ)三八九八	住居侵入、強盗強姦未遂致傷、窃盗	奥村賢司	四・一〇	三	乗却	東京高	七一		
昭和三一年(あ)四一	公職選挙法違反	菅家徳三郎	四・一〇	三	乗却	仙台高	八一		
昭和三〇年(あ)一三〇五	侮辱	矢野戢	四・一二	一	破棄免訴	大阪高	八六		
昭和二八年(あ)四九一五	封印破棄	斎藤道忠	四・一三	二	乗却	札幌高	九〇		
昭和二八年(あ)五五七九	窃盗	原田敏夫	四・一三	二	乗却	大阪高	九七		
昭和二九年(あ)一六八一	横領、私文書偽造、同行使、詐欺	米倉一雄	四・一三	二	乗却	名古屋高	一〇二		
昭和三〇年(あ)三七一八	公職選挙法違反	今村高五郎外一名	四・一三	二	乗却	東京高	一〇五		

昭和二七年(れ)八八	強盗殺人、横領、銃砲等所持禁止令違反、強盗殺人幇助	西武雄外三名	四・一七	三	乗却	福岡高	一一〇		
昭和二七年(あ)一九〇一	詐欺	居村富士助外一名	四・一七	三	乗却	高松高	二四五		
昭和二九年(あ)八〇六	暴力行為等処罰に関する法律違反、強制、公務執行妨害、外国人登録令違反	崔桂万外三名	四・一七	三	乗却	名古屋高	二五八		
昭和二九年(あ)二二二四	傷害致死	上田米光	四・一七	三	乗却	福岡高	二六七		
昭和二九年(あ)三六八七	職業安定法違反	方敬貴	四・一七	三	乗却	広島高	二七一		
昭和三〇年(あ)三九〇一	詐欺	中村喜一郎	四・一七	三	乗却	東京高	二七七		
昭和三〇年(あ)二五二三	贈賄、収賄	児玉武雄外四名	四・一九	一	破棄自判	名古屋高	二八三		
昭和二九年(あ)六八五	食糧管理法違反、同幇助	山本伊作外二名	四・二四	三	乗却	名古屋高金沢支	二八九		
昭和二九年(あ)一五九四	窃盗	石戸矢一	四・二四	三	乗却	大阪高	二九八		
昭和二九年(あ)一六〇八	放火、同未遂	大谷継義	四・二四	三	乗却	名古屋高金沢支	三〇二		
昭和二九年(あ)一六五四	昭和二四年政令第三八九号違反、外国為替及び外国貿易管理法違反、銃砲刀剣類等所持取締令違反、火薬類取締法違反	大石光之助	四・二四	三	乗却	東京高	三〇九		