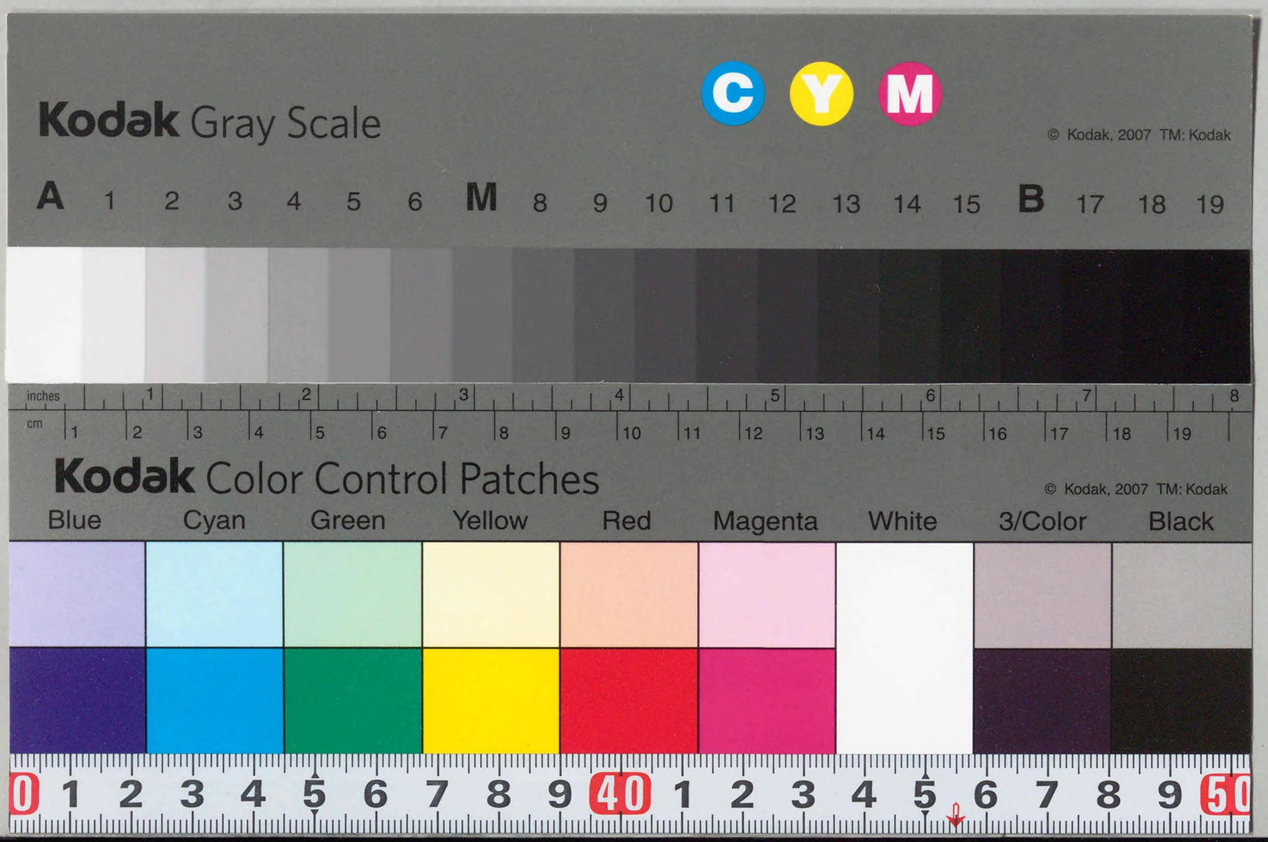
Kodak Gray Scale
C Y M
© Kodak, 2007 TM: Kodak
A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19
inches 1 2 3 4 5 6 7 8
cm 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19
Kodak Color Control Patches
© Kodak, 2007 TM: Kodak
Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black
0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 40 1 2 3 4 5 6 7 8 9 50

CZ-2711-12
1200404134735

最高裁判所裁判集

昭和三三年四月
刑事第一二四号

最高裁判所

CZ
2711
12

国会図書館
50.4.17
図書館蔵書

1018555

最高裁判所裁判集(刑事)

凡例

一、本裁判集には、最高裁判所における判決、決定のうちの重要なものを集録した。

一、集録の順序は、裁判の日の前後により、裁判の日が同一のものは上告事件、非常上告事件、再審請求事件、その他の事件の順序とし、且つ、同種の事件にあつては事件番号の順序とした。

一、末尾に本号集録事件の番号別索引と、本号集録期間内になされた最高裁判所の判決、決定の全部についての目次を附した。

最高裁判所裁判集（刑事一二四号）目次

事件番号	事件名	被告人氏名	裁判月日	法廷別	結果	二審又は原審	頁
昭和二八年(あ)三六五七	関税法違反	辻本安太郎外七名	昭和三三年四・一	三	破棄差戻	名古屋高	一
昭和二八年(れ)　三三	昭和二三年政令第二〇一号	吉岡昇外二名	四・三	一	棄却	東京高	一三
昭和三〇年(あ)　五二一	贈賄	田中亀一	四・三	一	棄却	大阪高	二五
昭和三〇年(あ)一九七八	暴行	谷本好紀外一名	四・三	一	棄却	大阪高	三一
昭和三〇年(あ)　九七一	印章ならびに署名偽造等	大西文雄外一名	四・一〇	一	棄却	大阪高	三九
昭和三〇年(あ)一七一三	食糧管理法違反	斎藤栄治外五名	四・一〇	一	棄却	東京高	六九
昭和三〇年(あ)三二五五	賍物牙保、たばこ専売法違反	松岡徹こと呉徹	四・一〇	一	破棄自判	広島高岡山支部	九七
昭和三一年(あ)二八二一	麻薬取締法違反	武内正治外三名	四・一〇	一	棄却	大阪高	一一一
昭和三一年(あ)三三五九	名誉毀損	河野勝平	四・一〇	一	棄却	仙台高	一二九

昭和三一年(あ)	一二〇	強盗殺人、死体遺棄	春藤	清	四・一〇	一
						棄却
昭和三一年(あ)	三七一	強盗殺人、窃盗	矢部	鉄夫	四・一〇	一
						棄却
昭和三一年(あ)	九〇八	窃盗同未遂、住居侵入	山下一夫ことに瀬	明雄	四・一〇	一
						一部破棄一部棄却
昭和三二年(あ)	二三七七	業務上過失、致死傷害等	旧姓佐藤ことに栗原	清	四・一〇	一
						棄却
昭和三〇年(あ)	三七〇八	虚偽有印公文書作成、同行使詐欺	筒井	健一外一名	四・一一	二
						棄却
昭和二九年(あ)	三三三五	賍物故買	長谷川	忠義	四・一五	三
						棄却
昭和三〇年(あ)	二八八	関税法違反	田村	八郎	四・一五	三
						破棄自判
昭和三〇年(あ)	三四四五	関税法違反	荻野	洋	四・一五	三
						棄却
昭和三一年(あ)	一六七一	傷害	小林吉成ことに宅	書	四・一五	三
						一部棄却
昭和二九年(あ)	三九二一	関税法違反、昭和二五年政令第三二五号違反	浜岡	全蔵外三名	四・一六	三
						一部破棄自判一部破棄
昭和三一年(あ)	六三四	公職選挙法違反、国家公務員法違反	尾原	順三	四・一六	三
			堀	奏		棄却

札幌高函館支部	一三三	昭和三一年(あ)	四四二	強盗殺人	川井	春雄外一名
東京高	二五三	昭和三一年(あ)	一一六一	たばこ専売法違反	武川	萬寿三外二名
名古屋高	一五一	昭和三一年(あ)	二七九七	公職選挙法違反、賍物収受窃盗	山内	安高外二名
大阪高	一六七	昭和三二年(あ)	六四八	強盗傷人、強盗殺人	平野	武一外一名
東京高	一六一	昭和三二年(あ)	二八九七	酒税法違反	三原ことに韓	二皓
大阪高	一七七	昭和一八年(あ)	一二一四	殺人	高島	忠雄
東京高	一七七	昭和一九年(あ)	二五二三	業務上過失傷害	大関	正二
東京高	一四三	昭和三〇年(あ)	二七五三	業務上過失致死	木曾	完治
仙台高	一四〇	昭和三〇年(あ)	二八九八	詐欺	円谷	久治
東京地	一五一	昭和三二年(し)	五五	証拠調に関する異議申立棄却決定に対する特別抗告	上田	誠吉外五名
東京高	一五七	昭和三一年(あ)	三一四	暴力行為等処罰ニ関スル法律違反	渡辺	清正外四名

昭和三一年(あ)一八二九	外国人登録法違反	田嶋好枝こと朴溶好	四・一二	三	破棄差戻	大阪高	五四三		
昭和三三年(あ)二六一	窃盗、賍物運搬	神田定一外一名	四・二三	二	棄却	東京高	五四九		
昭和三一年(あ)一一	酒税法違反	中島末子こと徐粉	四・二四	一	一部破棄自判 一部破棄	名古屋高	五六五		
昭和三一年(あ)二五二六	外国為替及び外国貿易管理法違反、覚せい剤取締法違反等	黄顕外二名	四・二四	一	棄却	大阪高	五七三		
昭和三一年(あ)二七四九	弁護士法違反	二宮直熊	四・二四	一	棄却	福岡高宮崎支部	五九一		
昭和三一年(あ)二九九四	外国人登録法違反	安商道	四・二四	一	棄却	広島高	五九七		
昭和二九年(あ)二三九〇	現住建造物等放火	池田六七八	四・一五	二	破棄差戻	広島高	六〇三		
昭和三〇年(あ)一四七九	入札妨害	千田長蔵	四・一五	二	棄却	仙台高	六一七		
昭和三〇年(あ)三四五五	公務執行妨害、傷害	長屋修	四・一五	二	破棄自判	広島高	六三三		
昭和三一年(あ)二二一七	商法違反、業務上横領	米沢貞敬外一名	四・一五	二	棄却	大阪高	六五一		
昭和三三年(あ)三八九	外国人登録法違反	高聖完	四・一五	二	棄却	東京地	六五七		

昭和三一年(あ)五四	収賄	武藤寛外一名	四・三〇	三	棄却	福岡高宮崎支部	六六一		
昭和三二年(あ)三〇九九	猥褻文書販売	渡辺正範	四・三〇	二	棄却	東京高	六六五		
昭和三三年(あ)一八八	傷害致死	大戸覚	四・三〇	三	棄却	仙台高	六七三		
昭和三三年(あ)二五九	恐喝、公印偽造	池田恒男	四・三〇	三	棄却	東京高	六七七		

昭和二八年(あ)第三六五七号

判　決

本　籍　大阪府中河内郡柏原町大字峠六三六番地
住　居　高知県安芸郡田野町
炭化工業
辻　本　安　太　郎
明治三六年一二月一九日生

本　籍　佐賀県神崎郡神崎町大字神崎一〇二番地
住　居　大阪市西成区松田町一の四　森元一方
石炭業
福成鑑持こと
福　成　神　次
明治三七年一月一八日生

本　籍　沖縄本島島尻郡真壁村大字小波蔵四番地
住　居　鹿児島市塩屋町六三番地　鶴留夕姫方
漁　業
上　原　栄　吉
昭和二年三月二八日生

昭和三三年四月一日判決　昭和二八年(あ)第三六五七号

本　籍　大阪府中河内郡柏原町大字峠六三六番地
住　居　大阪市天王寺区逢坂下町七番地
船　員
辻　本　定　秀
昭和四年五月一一日生

本籍ならびに住居　高知県幡多郡清水町大字窪津四一六番地
船　員
寺　田　熊　一
大正一二年一〇月五日生

本籍ならびに住居　福岡県三井郡合川町大字合川一三二八番地
土木建築業
近　藤　文　雄
昭和二年三月二五日生

本籍ならびに住居　高知市御畳瀬下一五〇番地
船　員
今　村　勝　喜
昭和二年一二月一〇日生

本籍ならびに住居　高知県安芸郡田野町五六〇番地
農　業
公　文　藤　重
大正四年三月一日生

右の者等に対する関税法違反被告事件について、昭和二八年五月二七日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し、各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決中被告人等に関する部分を破棄する。
本件を名古屋高等裁判所に差し戻す。

理　由

被告人等八名の弁護人田村稔、被告人辻本安太郎の弁護人西村寛並びに被告人上原栄吉、同辻本定秀、同寺田熊一、同近藤文雄、同今村勝喜、同公文藤重の弁護人小野正広の各上告趣意はそれぞれ別紙記載のとおりである。

被告人等八名の弁護人田村稔の上告趣意第一の貨物を不法に沖縄に向け輸出すべくその実行に着手したが、官憲に発覚、検挙されたためその目的を遂げなかつた犯行の用に供した船舶第二黒潮丸及びその附属具一切を没収する旨の言渡をなしていること明らかであるところ、右犯行当時の関税法八三条一項は、同条所定の貨物又は船舶が犯人以外の第三者の所有に属し、犯人は単にこれを占有しているにすぎない場合には、右所有者たる第三者において、貨物について同条所定の犯罪行為が行われること又は船舶が同条所定の犯罪行為の用に供せられることをあらかじめ知つており、その犯罪が行われた時から引きつづき右貨物又は船舶を所有していた場合に限り、右貨物又は船舶につき没収のなされ

昭和三三年四月一日判決　昭和二八年(あ)第三六五七号、同三二年一一月二七日大法廷判決）の趣旨に徴して明白である。しかるに本件記録によれば、右船舶第二黒潮丸及びその附属具は第三者たる柴原登波の所有に属することがうかがわれるのであるが、原判決は右所有者において、右船舶及びその附属具が前記犯罪行為の用に供せられることをあらかじめ知つていたか否かの知情の点については、何らこれを明確にしていないのである。故に右船舶及びその附属具を没収する旨言渡した原判決は、前記関税法八三条一項の解釈を誤つた違法があるか、又は右没収の前提要件たる知情の事実を確定しない審理不尽の違法があるものであつて、この点においてこれを破棄しなければ著しく正義に反するものといわなければならない。

よつて爾余の弁護人等の上告論旨に対する判断を省略し、刑訴四一一条一号により原判決を破棄し、同四一三条に則り本件を原裁判所に差し戻すべきものとし、裁判官全員一致の意見により主文のとおり判決する。

検察官　山内繁雄出席

昭和三三年四月一日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　小林俊三

裁判官　河村又介

裁判官　垂水克己

弁護人田村矜の上告趣意

一、原判決は法律の解釈を誤り、その結果憲法第二十九条、第十一条に違反し、善良なる個人の財産権を侵害したる違法がある。

即ち原判決は本件密輸出に使用されたる船舶及その附属具一切（第二黒潮丸検証第六七号）を関税法第八十三条を適用して没収した。

然れども第八十三条に規定する船舶とはその所有権が犯人に属するか又は之れを犯人に貸与したるものが悪意なる場合に限り没収するとの法意なりと解するが相当と思料する。

何となれば原判決の如く善意無過失なる第三者の船舶を没収することは、憲法第三十九条の個人の財産権を保障する規

被告人　辻本安太郎
福成鑑持こと

同　福成神次
同　上原栄吉
同　辻本定秀
同　寺田熊一
同　近藤文雄
同　公文藤重
同　今村勝喜

定に違反するからである。

而して本件第二黒潮丸の所有者名義は柴原登波となつており、且実際上の所有者は登波の実兄柴原多賀夫であることは本件記録上明らかである。

柴原多賀夫は船長として第二黒潮丸に乗船しておるが、之は全く名実共にロボット的存在であり、実際上の船長は荷主たる辻本安太郎たることは之れ又明瞭である。而も右多賀夫は第二黒潮丸の航海の目的は単に九州にて真珠母貝を採集し、之れを三重県に持ち帰りて真珠業者に売却する事にありと確信し、本船を右辻本に賃貸し、自づから船長として乗組みたることは多賀夫の検察官に対する供述調書及び辻本安太郎、福成神次の検察官に対する供述調書によつて明らかである。一例を挙げれば被告人福成神次の薗部副検事に対する第六回供述調書に於て同人は「前回申上げた通り辻本は柴原多賀夫を船長として乗せるといふ様な事を申しましたので、私は柴原は何の関係でこの船に乗せるのか、話が最初の頃と違ふのではないかと詰問した処、辻本は四谷を船長にしようと思つたが、同人は試運転の結果ラットの持ち具合がどうしても未熟だから、この場合あれ（柴原を指す）を連れて行かなければならん、あれの外、柴原の輩下で山城も一緒に乗せて行く、そこであの地図を（沖縄方面の航海図を指す）柴原に見せない様にしてくれといふ様な事を申したので、然らば柴原は沖縄行の事情を知つておるのかと尋ねた処、いや柴原には未だ沖縄行の事は話していないからあの地図を見せると都合が悪いのだ、同人には九州へ真珠母貝を採りに行くといふことにしてあるのだと申しましたので私は未だに船長に事情を話してないといふ事はどうした事だ、そんな馬鹿な話はないではないか、若し柴原が沖縄行を承諾しなかつたらどうするつもりだと念を押した処、柴原に対しては否応なしに承知させるから福成さん、その点は安心してくれ、実は貴殿にもかねて話してある通り柴原からこの船を借りるについて同人は修繕費を出すと言ひ乍ら、それを履行せず又船を準備するというてだん〳〵その準備を引き延ばしておるので自分の方ですべて修繕費を支払ひ、相当この船には金はかゝつておる。

その金は大体六、七十万円もかゝつておるので今更この船の権利については柴原において文句が言へないし、又文句を言へた義理でもない。若し柴原が船内で説き伏せても沖縄行を承知せざれば船艙にぶち込んでも承諾させる。又潮の岬を三、四十浬離れた処で行くも行かんもあるものか、おどしつけてマストに引つくゝつても言ふ事を利かせる様にするからその点を福成さん僕を信じてくれ」と言ふ様な事を申された云々と述べておる。

又他に辻本安太郎に対する薗部副検事作成の供述調書中にも右同趣旨の供述があることに依つても、船舶の所有者柴原多賀夫及び同登波は全く九州に真珠母貝を採集に行くと欺罔されて船舶を貸与し、且船長として乗船したる事は明らかであつて、本件犯罪に関しては何ら関与せず全く善意無過失の立場にありし事は記録上一見明瞭である。

而るにこの詐欺の被害者たる柴原登波及び同多賀夫の所有たる第二黒潮丸及びその附属具一切を没収したる原判決は関税法第八十三条の法意を誤解したるものにしてこれ全く法律の解釈を誤り、その誤りが憲法第二十九条に違反すると謂はざるを得ない。

依而当然破棄さるべきであると信ずる。

二、関税法第二十九条の法意が原判決の解釈の通り本件の如き善意無過失なる第三者の財産を没収し得るものなりとせば、之は何等の理由なく個人の財産権を侵害する法律なるが故に当然憲法第二十九条、第十一条、第九十七条の規定に違反する法律であつて第九十八条に依り、当然法律としての効力は之れなきものであるから、原判決も破棄さるべきものであると信ずる。

以　上

昭和二八年(あ)第三六五七号

被告人辻本安太郎

弁護人西村寛の上告趣意

一、原判決は関税法第八三条の規定により、検証六七号を没収する旨を言渡したのであるが、右は法津の解釈を誤つた違法がある。

関税法八三条には被告人が所有しなくて占有している以上、没収しても差支へない事になつてゐるが右は船舶所有者が悪意の場合にのみ没収し得るものと解さねばならぬ、本件については船舶所有者が善意であることは一件記録上明白であるので之が没収すべきものでないのに拘らず、原判決は之を没収する旨の言渡をなしたのであるのは明らかに違法といはねばならぬ。

右原判決は憲法第二九条第一項に規定する財産権の不可侵害にも違反し、憲法違反の判決である。

二、刑の量定が甚しく不当で原判決を破棄しなければ正義に反するものと思慮される。

原審判決は被告人を懲役一年六月並に罰金三万円を言渡したのであるが、右は懲役刑の言渡は刑量が甚しく不当である。

本件犯行は何れも占領時下の際に起つたのであるが、占領下に於て占領政策執行の為に色々不合理を考へられる政策等の施行を強られて来た事は云ふまでもない。

本件の如き密輸事案については其の例を見ない事は報告事件として重大に取扱つて来た事から見ても明らかである。又大体密輸事件なるものは国家の課税権を侵害するものであるので相当の刑罰は必要であるが、亜片、モルヒネ等の禁輸品

を取扱つた悪質犯罪についてのみに必要で、本件の様な事案については必要でない。

記録にも明らかな様に本件取扱品は日常用品であつて、決して禁輸入品ではない。本件は云はゞ有無相通ずる故に当時物資不足の社会状勢と相まつて行はれた犯罪である。

殊に公訴事実第一の事実の沖縄への密輸の未遂については、現在に於ては公然と適法に交易が出来る事実を考へるとは被告人に対し寛刑を以て処罰さるべきものであると思惟す。

本件動機は事業に失敗した結果であつて悪質常習者の密輸事件とは全く趣きを異にするものである。相被告の大部分は執行猶予の恩典に預つてゐるのであるが、被告人についても講和条約も締結され、全く独立自立した現在に於て、被告人等に実刑を課することは誠に刑の量定甚しきものと思ふ。

殊に密輸入した数量についても、決して多額でない事を考へると原判決を破棄して執行猶予に処すべき事案である。

以上

昭和二八年(あ)第三六五七号

弁護人小野正広の上告趣意

被告人上原栄吉外五名

第一　原判決は事実の誤認がありその誤認が判決に影響を及ぼすこと明かである。

被告人等に関税法第七十六条違反の犯意がない。関税法第七十六条違反の罪の成立には当該貨物に関し、税関の輸出の免許未済であることの認識が必要である。本件犯行は被告人辻本安太郎が昭和二十五年八月頃これを計画し、三重県志摩郡浜島町に於て機船第二くろしほ丸を傭船し先方向物資木材其他を調達し、被告人等は乗船を承諾して積荷に協力したのみである。被告人等は沖縄は日本の領土であると見て居り、又我が国に於ては輸入貨物については関税を課しているが、輸出貨物については一切関税を賦課していないので被告人等は別紙目録第一物件を沖縄へ輸送することについて税関の免許が必要であることなど毫も知らなかつたのである。従つて被告人等に無免許の認識がなかつたのである。

第二　原判決は左記の理由により刑の量定が甚だしく不当である。

(1)　被告人等は沖縄が関税法上外国と見做されていることなどは少しも知らず、反つて終戦後荒廃した島に日本復帰を叫ぶ島民に同情して船員として乗組を承諾したのが真意であつたことは積荷（第一表、第二表物件目録）に依つても覗い知れるところであると信ずる。

(2)　原判決は被告人等が税関免許を受けずして輸出せんとしたる事実を認定し、関税法第七十六条を適用して被告人上原栄吉に対し、懲役八月其余の被告人等を懲役六月に処し、執行猶予の言渡をしたのであるが抑々関税法第七十六条は無

免許の輸出入を処罰することによつて関税行政の秩序を維持し、貿易統計の正確を確保せんために規定せられたものであつて、純然たる秩序犯を処罰する規定である。而も前述の如く吾が国は輸出については之を奨励する立前から、輸出品に対して関税を課することなく、輸入品に対してのみ関税を賦課しているのであり、無免許輸出の取締りは国家財政の確保を目的としているものではない。従つてその刑罰も懲役、罰金又は併科の重い刑罰を以て処罰し得ることゝ規定されているが、原判決は無免許輸出犯のみの未遂を認定し、これに対し懲役刑を以て処断したのは量刑甚だしく不当であると信ずる。

以上

昭和二八年(れ)第三三号

判決

本籍　長野県南佐久郡大沢村二一九六番地の一
住居　長野市上千歳町二三七番戸の二
無職（元逓信事務官）
吉岡昇
明治四二年三月五日生

本籍および住居　長野市栗田四五五番地
無職（元逓信技官）
山崎久雄
大正一三年九月二一日生

本籍および住居　長野県更級郡川中島村大字上氷鉋一〇九〇番地
無職（元逓信事務員）
大日方衛
大正一三年七月一日生

右等に対する昭和二三年政令第二〇一号違反各被告事件について昭和二五年六月二九日東京高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は刑訴施行法二条に則り次のとおり判決する。

主文

昭和三三年四月三日判決　昭和二八年(れ)第三三号

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人青柳盛雄の上告趣意第一点について。

昭和二〇年勅令五四二号は、日本国憲法施行後も、同憲法にかかわりなく、同憲法外において、法的効力を有し、従つて、右勅令に基いて制定された昭和二三年政令第二〇一号、も亦右憲法の規定にかかわらず有効であることは昭和二四年(れ)第六八五号同二八年四月八日大法廷判決（集七巻四号七七五頁以下）中弁護人森長英三郎の上告趣意第二点、同小沢茂の上告趣意第一点に判示するとおりである。それ故、論旨は理由がない。

同第二点について。

所論の右政令二〇一号は前記勅令五四二号に基き適法に制定されたものであつて、わが国が連合国軍隊の占領下において、日本国憲法にかかわりなく法的効力を有していたものであること前記のとおりである。のみならず右政令二〇一号は、昭和二三年一二月三日法律二二二号国家公務員法の一部改正法律（即日施行）附則八条一項により、「国家公務員に関して、その効力を失う」旨規定されたが、同条二項において、右政令が「効力を失う前にした同政令第二条第一項の規定に違反する行為に関する罰則の適用については、なお従前の例による」と定めているのであるから、右国家公務員法改正後においても、右改正以前に国家公務員によりなされた右政令二〇一号違反の行為に対しては、右政令の罰則に限つては法律としての効力を保有するものといわなければならない。（右政令二〇一号は、特定の地方公務員〔地方公務員法附則、七項、二〇項、二一項参照〕については、平和条約発効の時まで廃止されることなく存続していたが、昭和二七年四月一一日法律八一号により、右政令二〇一号は、平和条約発効の日から一八〇日間法律としての効力を有するものとされた）。法令は一旦適法に制定された以上、その内容が憲法に違反しない限りその廃止あるまで有効に存続するものであるところ右政令二〇一号の内

容が何ら憲法に違反しないものであることは、前記大法廷の判決の判示するところである。故に、前記国家公務員法改正前に、国家公務員によりなされた右政令二〇一号の規定に違反した行為に対しては、平和条約発効後においても、右政令二〇一号の罰則を適用処断すべきことは、当然であつて、右政令二〇一号の罰則は平和条約発効後は消滅し、これを適用できないとする論旨は理由がない。

同第三点について。

昭和二三年一二月三日法律二二二号国家公務員法の一部改正法律による国家公務員法改正前に国家公務員によつてなされた前記政令二〇一号の規定に違反する行為に対しては、右国家公務員法の改正後はもとより、平和条約発効後においても、なお右政令二〇一号の罰則により処断すべきことは前記第二点について判示したとおりであるから、本件被告人等の行為については犯罪後の法令により刑の廃止があつた旨の論旨は理由がない。

よつて旧刑訴四四六条に従い主文のとおり判決する。

この裁判は、裁判官全員の一致した意見によるものである。

裁判官岩松三郎は退官につき本件評議に関与しない。

検察官　神山欣治関与

昭和三三年四月三日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野毅

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　入江俊郎

昭和二八年(れ)第三三号

被告人　吉岡昇
同　山崎久雄
同　大日方衛

弁護人青柳盛雄の上告趣意

第一点

昭和二十年勅令第五四二号はその制定の手続において大日本帝国憲法第八条第一項の勅令として制定され、同条第二項の議会の承諾を経ている。すなわち形式上は大日本帝国憲法に基いて制定されその形式的効力は廃止手続のあるまで存続する形を備えた大日本帝国の法令である。しかし他面その内容は行政府に対し法律を以て規定すべき事項をその命令によつて規定し得る権限を白地委任したものであるから、実質的には大日本帝国憲法第五条及び第九条以下の諸規定に違反し、同法第八条第一項の勅令の限界を超えている。

従つてこの勅令は大日本帝国憲法がその明文通りの効力を有していると解釈するかぎり、実質的には同法に抵触し無効といわなければならない（同法第七六条第一項）。しかしこの勅令が制定された経緯は周知の通り、大日本帝国が昭和二十年九月二日連合国との間に降伏規約を締結し、これに基く国際法上の義務を履行するための必要に応ずる措置としてなされたのであるから、この降伏規約及びこれに基く連合国最高司令官の要求が有効であり、大日本帝国がその束縛を受けるかぎりにおいて、大日本帝国憲法の内容も、形式的な改正手続の有無にかかわりなく、変更せしめられると解釈することができるから、この勅令はこのように変更された大日本帝国憲法の下においてこれと矛盾することなく有効に存在し得る法規と解釈すべきものであろう。

すなわち、この勅令は、大日本帝国憲法にかゝわりなく同法外において法的効力を有するというような表現によつて性格ずけられるべき怪しげな法規ではなく（一国の法規としてかゝる矛盾した存在は理論上考えることができない。）、あくまでも前述のように変革された大日本帝国憲法の下において有効な国内法規である。

従つて、またこの勅令に基いて制定された命令も、連合国最高司令官の要求が前記降伏規約に背かない限り、すなわちそれがポツダム宣言を実施するために出されているかぎり、大日本帝国憲法に矛盾せず有効に存在し得る国内法規と解釈すべきものであつた。

而して、連合国の日本占領がいわゆる間接管理の形態をとつている限度において、大日本帝国の裁判所はこの勅令及びこれに基く命令の合憲性の有無を審査し、有効と認める限り、これを具体的事案に適用する権限を有していたと解釈すべきである。

しかしながらこの勅令及びこれに基く命令は大日本帝国憲法が明文の規定によつて、形式的にも改正され、連合国の承認を得るまでの暫定的な措置として制定され、その時まで有効に存続し得たにすぎないのであつて、昭和二十一年十一月三日日本国憲法が公布され、昭和二十二年五月三日より実施されたことによつて大日本帝国憲法は名実共に改正されたのであるから、この実施と同時にこの勅令及びこれに基く命令は、特別の措置がなされないかぎりその効力を失うべき運命にあつたのである（日本国憲法第九八条第一項、第四一条）。その理由は前記降伏規約はポツダム宣言の条項を日本統治の原則とすることを規定しており、而して同宣言は日本の民主化、すなわち国民主権の確立を目的としているが降伏規約の当事者たる連合国の承認した日本国憲法が制定実施され、国民の選挙した代表が立法機関を構成し得ることゝなつた以上、爾後なお依然として連合国最高司令官の要求により行政機関がこの立法権を侵犯することを許すことは明らかに降伏規約に背く結果となるからである。

而して昭和二十二年法律第二四四号はこの勅令に基いて発せられた命令は日本国憲法施行後もなおその効力を存続する旨を定めたのでその命令の内容が日本国憲法に牴触しないものに関するかぎり、その効力は存続したと解釈することができるが、この勅令そのものについては、このような措置はとられなかつたし、またかりにこれを日本国憲法の下においてもなお有効と認めるという趣旨の規定を設けたとしてもそれは明白に日本国憲法に全面的に牴触し無効であつて、当然この勅令は日本国憲法の実施に伴つて失効したのである。

この勅令は連合国最高司令官のなす要求にかかる事項を実施する必要上制定されたものであるから「日本国憲法にかゝわりなく憲法外において法的効力を有する」という趣旨の最高裁判所大法廷の従来の判例は明らかに叙上の論理を無視し、連合国最高司令官が日本国憲法施行後も降伏規約及びポツダム宣言の条項に背き各種の要求を行い、これを行政機関が立法化するという反民主的制度を容認しようとするために案出した奇怪きわまる理くつであつてとうてい正当とみるべきではない。

果して然らば日本国憲法施行後もなおこの勅令が依然有効なものであるとしてこれに基いて制定された昭和二十三年政令第二〇一号は無効である。

第　二　点

昭和二十年勅令第五四二号及びこれに基く命令は形式上は日本国憲法を頂点とする日本国家の法令の形をとつているがその実質は占領国たる連合国が日本占領のために制定した連合国の法令であつて、独立国家たる日本国の法令ではないという観点から、これをみるならばこの勅令及びこれに基いて発せられる命令が日本国憲法に基いて制定されたものではなく、従つて形式論理上は何ら日本国憲法の拘束の下に立たないという趣旨の議論も成り立つ余地はあるがもしこの見地に立つて日本国の裁判所がこの法令を具体的事案に適用するという関係を理解するばあいには、これを適用するというかぎ

りにおいて、その裁判所は、実質的には、日本国憲法及び法律にのみ拘束されるところの本然の姿である日本国の裁判所ではなくして、日本国憲法とは関係のない裁判所、すなわちこの法令を日本国憲法と関係なく制定実施しているところの連合国の裁判所と解釈しなければ論理は首尾一貫しない。

而してまた以上の観点からこの勅令及びこれに基く命令の効力を考えるならば、その効力は連合国が日本を占領管理しているかぎりにおいてのみ、日本国及び国民を拘束する力があるに止まり、平和条約が発効して連合国の日本占領が終了すると共に理論上、当然にその効力は喪失するものといわなければならない。すなわち本来日本国憲法にかかわりなく憲法外において法的効力を有するとところのかゝる法令が、平和条約発効後は突如としてその性格を変え、日本国憲法に関係し、憲法の下において法的効力を有する法令となるということは、とうてい考え得られないところである。

また平和条約の発効により連合国の日本占領が終了すると共に、連合国は日本の裁判官をしてその制定にかゝる前記法令を具体的事案に適用せしめる権限もまた同時に喪失するのであるから、日本国の裁判所は爾後かゝる法令を適用すべき義務を免かれるに至ることは当然である。

本件で問題となつている昭和二三年政令第二〇一号は平和条約発効前たる昭和二十三年十二月三日公布施行された「国家公務員法の一部を改正する法律」の附則第八条によつて「国家公務員に関して、その効力を失う。」旨を定められたのであるが、本来前述のように日本国憲法にかかわりなく憲法外において法的効力を有すると解釈されているこの政令が平和条約発効前において日本国憲法によつて制定された前記法律の規定により、その効力を喪失せしめられることができると解釈するのは、論理の一貫性を欠くものといわなければならない。従つて、この政令の性格を右のように解釈するかぎり、前記法律の規定はその明文通りこの政令の効力を喪失せしめるという趣旨ではなくして、この政令と同趣旨の法律の

規定が制定公布された以上、もはや日本国の裁判所はその本然の姿であるところの日本国憲法の下における裁判所として具体的事案にこの法律を適用すべきであるという趣旨を注意的に定めたものと解釈すべきである。

従つてまた同法条が「その効力を失う前になした同令第二条第一項の規定に違反する行為に関する罰則の適用についてはなお従前の例による。」という趣旨を定めているのも、その明文通りに解釈するのは誤りであつて、それはただ憲法第三九条及び刑法第六条の趣旨を注意的に規定したにすぎないとみるべきである。

これを要するに、この政令はそれ自体としては、平和条約発効まで立法手続上何らその効力に消長を来さしめられることなく存続してきたものと解釈すべきである。果して然らば、前叙の通りこの政令もまた平和条約の発効により、他の同種の政令と同じく、当然にその効力を喪失すべき運命にあり、しかも「国家公務員法の一部を改正する法律」の前記条項の規定を昭和二十七年法律第八一号の規定（この規定は平和条約発効後のポツダム政令の効力に関するものであるから、平和条約発効前にポツダム政令を改廃する趣旨ではなくこれらの政令を日本国憲法にかゝわりなく、憲法外において法的効力を有するという見解と矛盾しない。）との関連において見るときは、この政令は国家公務員に関するかぎり平和条約発効後においては日本国憲法の下における法令として存続せしめるという措置がとられたと解釈することができないから、平和条約発効と共に国家公務員に関してはその効力を喪失したといわなければならない。

なお前記法案の罰則に関する規定の効力については、この政令がいわゆる限時法的性格を有することを明示したものとして、平和条約発効後もなお有効に処罰し得るものとの論議をなす者もあるがこの政令は「占領という特殊な状態において、連合国最高司令官がその意思を実現し、その権威を発揚し、もつて占領目的を達成するための手段として制定されたに過ぎない」（最高裁判所昭和二七年㈱第二八六八号大法廷判決）点において昭和二五年政令第三二五号と全く同一であるから「占領下に同政令において違法とされた行為の違法性及び可罰性は、占領終了と共に当然消滅するものと云わなけ

ればならぬ」（同上判例）、それ故、平和条約発効と同時に失効した罰則を限時法理論によつて存続せしめようとすることは「すでに占領が終了し、日本国が独立を恢復し、日本国憲法が完全な支配を及ぼすに至つた今日において、占領下における」違法行為の処罰を許すことであつて「占領終了後においても、なお最高司令官の権威の存在を認め」るに帰し「到底憲法の容認しないところというべきである」（同上判例）。

以上を要約すれば昭和二三年政令第二〇一号は平和条約発効と共に消滅しその刑罰規定もまた廃止されたに帰するので、日本国憲法下の裁判所は本件事案につきこの政令を適用することもできないし、また前記法条の罰則に関する規定を適用することができない。従つて、本件公訴事実は罪とならないものとして無罪を云渡すべきである。

第三点

平和条約発効前に本件政令違反の被告事件を審判する裁判所が第二点所論のごとく、日本国憲法の下における本然の姿の日本の裁判所ではなく、連合国の裁判所であるとするならば、平和条約発効後その本然の姿に立ち帰つた日本国の裁判所が連合国の裁判所として受理した本件被告事件を、そのまゝ日本国の裁判所として審判すべき権限と職責があるかどうかは理論上疑議のあるところであり、昭和二十七年九月十六日和歌山地方裁判所田辺支部の長尾和夫裁判官の云渡した判決のようにその権限なきものとして公訴棄却をなすべきであるとの見解もその合理性を認めることができるがこの点に関し、かりに平和条約発効後の日本国の裁判所は依然本件につき裁判権行使の権限があるとしても、本件については昭和二十八年四月八日の最高裁判所大法廷の判決（被告人長谷川正則外三名に対する昭和二三年政令第二〇一号違反被告事件）における真野毅裁判官の意見に示されたように、刑の廃止があつたものとして原判決を破棄し免訴を言渡すべきものである。

すなわち、本件については公訴事実の行われた後である昭和二十七年七月三十一日、日本電信電話公社法が制定施行され

れその第三六条には「公社の職員の労働関係に関しては、公共企業体等労働関係法の定めるところによる。」と定められ、公共企業体等労働関係法第十七条は職員の争議行為等を禁止しているが処罰の対象としていない（同法第一八条）。かくして日本電信電話公社の職員の争議行為に対しては国家公務員法の罰則規定は一切適用されないこととなつた。すなわちこの点において刑の廃止があつたものと認めるべきである。なお右両法の制定に際しては経過規定としていわゆる限時法的な立法が行われていない。而して本件被告人らは、いずれも日本電信電話公社の職員に該当する地位にあつた当時の政令違反行為として訴追を受けたものであることは記録上明瞭である。

以上

昭和三〇年(あ)第五二一号

決　定

本籍および住居　東京都世田谷区東玉川町六七番地
会社重役
田　中　亀　一
明治二二年一一月二一日生

右に対する贈賄被告事件について、昭和二九年一二月二四日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人春原源太郎の上告趣意は、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。（第一審判決は、被告人西川一雄は、和歌山県技術吏員として、判示林務課又は林政課に勤務し、判示職務に従事する傍ら上司の命を受け昭和二六年六月頃より農林漁業資金融通法に基く林道開設の為めの融資に関し事業の適否、申請人の事業遂行能力及び工事進捗程度の調査報告、証明などの職務に従事しているものであるが、相被告人田中亀一等が同二六年六月頃より数回に亘り同法に基く資金の貸付決定を受け林道工事の施行中右職務に関し便宜の取扱を受けた謝礼又は将来同様の取扱を依頼するための趣旨を以て提供する情を知つてその職務に関し判示賄賂を収受し、被告人田中亀一は判示賄賂を提供した旨判示している。そして、原判決が挙示の証拠に基き西川一雄に右のごとき職務権限があつたと判示したのは

昭和三三年四月三日決定　昭和三〇年(あ)第五二一号

正当であると認められる)

よつて刑訴四一四条、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。

昭和三三年四月三日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野　毅

裁判官　斎藤　悠輔

裁判官　入江　俊郎

昭和三〇年(あ)第五二一号

弁護人春原源太郎の上告趣意

右贈賄事件について左の如く上告趣意書提出いたします。

原判決は本件に公務員賄賂罪を認定されたが、被告人西川一男か農林漁業資金融通法(又は農林漁業金融金庫法による資金の融通に関して法律上職務権限を有するか否かによつて上告人の贈賄となるか否かが決定されるところ、被告人西川一男は和歌山県職員であるとしても右資金融通法若くは公庫法に基く資金の融通に関し職務権限を有するものとする結論に対しては疑なきを得ない。

元来農林漁業資金融通法による林業資金の融通は後に農林漁業金事公庫法によつて受継がれた公庫の貸付金と同じく公庫と林業者との間の貸借関係であつて、県職員がこれに関与するのは場合によつて貸付資金の使用状況を調査する程度のことはあつても直接貸付監督返済等に関する責任を負ふものではない。換言すれば右貸借関係は国の事務でもなく、県の事務でもなく貸借に関する私法上の行為である。

法の目的とするところは融資の効果を明かにし、適正な運用を企図しているが法の規定する行為は公庫―受託機関(銀行)―借受人(林業者、被告人)の貸借関係であり、それが具体的取扱の事務より見ると銀行と被告人間の貸金関係である、(貸主と借主との間に作成された貸借に関する公正証書は原審に提出したが、その公正証書は通業の貸借公正証書の約款と同様でしかも貸金は全部「貸渡し債務者は之を受領した」となつている。

しかるに本件が問題となつた根本的原因は受託機関として直接の貸主である紀陽銀行は右公正証書には貸金全額を貸渡した旨記載してあるにかゝわらず(換言すれば融通法による借入金は全額借受人が「借受ケ収受シタル」「債務者ハ之ヲ受領

被告人　田中亀一

シタ」上返済の債務を負ふことになつているのであるから銀行が資金の払出に応ぜず保留している金額は債務者のものであり預金と同視すべきものである。」前記銀行は上告人の必要とする資金の払出をなさず、資金払出のためには工事進捗状況証明書を要するものと主張し、上告人の預金と同視すべき資金の払出に応じないので折角の資金を利用することができず、やむなくそれに必要とする和歌山県知事名義の工事進捗状況証明書を銀行の要求するまゝに被告人西川一男に依頼し発行したことに原因する。

農林漁業資金融法若くは農林漁業金融公庫法による借受資金の払出については明文がなく（右融通法による貸金は条件の解除によつて貸出すことになるのか否か）また各府県の受託機関のうちでも前記紀陽銀行の如き取扱をしている銀行は他に例がなく、よつて右資金払出解除証明は法的に根拠があるか否かについて疑があり、弁護人より直接公庫に結果によつても法的根拠なきことの回答を得、第一審に提出した通りである。

しかなば前記証明書が和歌山県知事名義で発行されたとしても、それは証明書を要求した銀行が前記公正証書の約款に反し不当な要求をして資金の払出を回避したものであり、受託機関として調査をする必要があつたとしてもそれは債権者としての銀行自体の職務であつて、国又は県庫の職務でもなく、被告人西川一男は本来銀行の行ふべき調査を被告人の依頼により行ひ証明書発行のことに携つたものであるとしても右工事進捗状況証明書なるものは法律上何等根拠のないことであつて、これに関与した被告人西川一男の行為も法律上何等職務権限なくして為したに過ぎない。

次に被告人西川一男は和歌山県職員であつても農林漁業資金融通法又は農林漁業金融公庫法による融資に関する職務を有せず事務を取扱ふ権限を有しない融通法、公庫法に関する職務として府県に委託された事務は各府県に於て分掌課が定められており、且つそれは法の内容をなすものである。分掌課以外の者が事務を事実上行つたとしてもそれは職務に関しない行為であり、和歌山県においては農林漁業資金融通法又は農林漁業金融公庫法による委託事務は其の都度分掌課を定めている

がそれによると農業協同組合課に於て行ふべき職務分掌となつているので、被告人西川一男は農協課に所属したことなく、たま〳〵林業資金の関係においては農協課職員よりも林政課職員の方が詳しいからといつて職務に関する規定、命令なくして事実上林政課職員が関与することがあつたとしても県職員なるが故を以て本来所属課である林政課の事務であり、それが県林政の事務でなく、委託事務であるものにまで林政課職員である被告人西川一男の職務に属するとすることは公務員賄賂罪における職務と断定することは失当である。

この点に関し和歌山県においては昭和二十七年職務分掌に関する規程の改正があり農林漁業金融に関する職務の一部を林政課にも分掌せしめる如きことゝなつているが、それは県の林政の一部として行はれる場合であつて金融公庫法による委託事務は県本来の林政に属するものではなく公庫の融資に関するだけのものである。（工事進捗状況証明の如き事務は県林政としてもなく、公庫が県に委託した事務にもない）

また右改正によつて被告人西川一男が県の事務の外に融通法又は公庫法による県の委託事務にまで職務を有することゝなつたとするならば右改正前の事実（昭和二十六年十一月）の如きは遡つて賄賂を構成するものといふことはできない。

農林漁業資金融通法若くは農林漁業金融公庫法による県の委託事務に関し県職員の職務に関する賄賂罪に関する前例となるべく判例がなく、又前段説明の如き受託機関たる銀行が不当に要求したために法令上の根拠もなき証明書発行の如きことが職務行為となるか否か、この点を明確に判示せらるゝため上告理由を提出する。

以　上

昭和三〇年(あ)第一九七八号

判　決

本籍および住居　奈良県吉野郡下北山村大字下池原二六三
教　員
谷　本　好　紀
大正一三年一〇月一六日生

本　籍　奈良県吉野郡下北山村大字大瀬一二二の一
住　居　大阪市阿倍野区昭和町東二丁目二　平岡済方
会　社　員
平　岡　英　男
昭和二年二月二三日生

右に対する暴行各被告事件について、昭和三〇年五月一六日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人両名の弁護人小田成就の上告趣意第一点、第二点、第四点中判例違反をいう点は、所論引用の大審院判例は本件に適切であるとは認められないから、その余は単なる法令違反の主張であり、同第三点は、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、すべて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

そして、訴訟記録並びに原裁判所及び第一審裁判所において取り調べた証拠によれば、原判決が被告人両名の判示所為を所論のように形式的に軽くノックしたに止るという程度のものであつたとはとうてい認められない旨認定したのを首肯することができるから、これを刑法二〇八条に該当する暴行であるとした判断もこれを正当として是認せざるを得ない。その他原判決が殴打のような暴行行為はたとえ教育上必要な懲戒行為としてでも犯罪の成立上違法性を阻却せしめるとは解されないとしたこと、並びに、所論学校教育法一一条違反行為が他面において刑罰法規に触れることあるものとしたことは、いずれも、正当として是認することができるから、本件起訴が果たして妥当であるか否かは格別被告人両名の本件行為をもつて刑罰法令の対象とならないものということはできない。それ故、本件につき刑訴四一一条一号、三号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。

昭和三三年四月三日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野　毅

裁判官　斎藤　悠輔

裁判官　入江俊郎

弁護人小田成就の上告趣意

右暴行被告事件に関する上告趣意書左記の通りに有之提出仕り候。

第一点　民法第八二二条第一項には親権者の子に対する懲戒権を規定し「親権を行う者は、必要な範囲内で自ら其の子を懲戒することができる」とせり。本条項は改正前の民法に於ても同様にして之に関する明治三六年(れ)第二六九一号大審院判例は「民法第八百八十二条ニ依レバ親権ヲ行フ父母ハ必要ナル範囲内ニ於テ自カラ其ノ子ヲ懲戒スルノ権利ヲ有スルヲ以テ親権者タル父母ガ懲戒権ノ実行上其ノ子ヲ殴打スルノ必要アルニ当リテハ法律上之ヲ為スコトヲ得ベク其行為ニシテ苟クモ法律ニ定ムル必要ナル範囲ヲ逸出セサル限リハ刑事上ノ責任ヲ負フコトナカルヘキハ勿論ナリ」と判示せり。

学校教職員の其の児童生徒に対する懲戒権も前記親権者の懲戒権と其の軌を一にせるものにして昭和二十二年四月一日学校教育法が施行せらるゝ迄は我が国に於ては大体に於て学校教育上必要な範囲内に於て教職員が其の児童生徒に対する懲戒権の実行上体罰を加ふる事は容認せられ来りたる顕著なる事実にして未だ之を以て刑法上の問題として取扱はれたる事例なき事は親権を有する父母が其の子を懲戒の必要上必要なる範囲を逸脱せざる限り体罰を加ふるも刑法上の暴行罪の対象とならざりしと同様にして又学校教育法施行以後に於ても学校教育法施行前の必要な範囲内の程度の体罰を以て刑罰法規の対象となりたる事例存せざるなり。

又学校教育上の必要なる範囲内の体罰は単に我が国に於て容認せられ来りたるに止まらず英米、仏独等に於ても現に容

被告人谷本好紀

同平岡英男

認せられ居るは顕著なる事実にして敢て異とするに足らざるなり。

然るに終戦に伴ひ昭和二十二年四月一日より施行されたる学校教育法第十一条に於ては学生、生徒等の懲戒に関する規定を定め「校長及び教員は、教育上必要があると認めるときは監督庁の定めるところにより、学生、生徒及児童に懲戒を加ふることができる。」と規定し其の但書を以て「但し体罰を加えることはできない。」と規定せり。

茲に於て従来（昭和二十二年四月一日学校教育法施行以前）の程度に於て学校教育上の必要の範囲内にて教職員が其の児童、生徒等に対し懲戒の手段として体罰を加えたる場合に果して之が刑罰法規の対象になるや否やを按ずるに学校教育法施行以後に於て万一教職員が懲戒の手段として従前の必要な範囲内に於て体罰を加えたる場合には当然学校教育法の違反にはなるが直ちに刑罰法規の対象とならざる事は昭和二十二年四月一日学校教育法施行以后に於て我が国刑罰法規の改正を見ざりし以上其の前後によりて刑罰法規の解釈を異にする道理無ければ従来問題となならざりし程度の行為であれば現在に於ても刑法上問題となるべき道理存せざるものなり。

只学校教育法には体罰を加ふる事が出来ないと規定せる為、学校教育法違反にはなる併し乍ら此の違反に対しては罰則の定めなく斯る違反の場合は一偏に之を教育上の問題として取扱ひ法律違反として刑罰の制裁を科せざる事となせり、右は斯る程度のことは教育上にて解決し司法権の介入を許さざる事が却つて教育上好ましいとする高邁なる考慮の結果の立法と思料する、故に第十一条違反に対しては其の程度如何によつては監督官の注意、訓戒、懲戒の如き教育行政上の処分の対象となり得るも従来程度なれば直ちに司法権の対象たらざる事と思料する。

換言すれば学校教育法施行前容認せられたる程度の懲戒の手段としての体罰は学校教育法違反となるも直ちに司法権の対象たる刑罰法規の違反とならざるものと思料する次第なり。

第二点　明治四十三年十月十一日大審院判例所得一厘事件の判示中には「抑々刑罰法ハ共同生活ノ条件ヲ規定シタル法規ニ

シテ国家ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ唯一ノ目的トス果シテ然ラバ之ヲ解釈スルニ方リテモ亦主トシテ其ノ国ニ発現セル共同生活上ノ観念ヲ標準トスベク単ニ物理学上ノ観念ノミニ依ルコトヲ得ズ而シテ零細ナル反法行為ハ犯人ニ危険性アリト認ムベキ特殊ノ状況ノ下ニ決行セラレタルモノニ非ル限リ共同生活ノ観念ニ於テ刑罰ノ制裁ノ下ニ法律ノ保護ヲ要スベキ法益ノ侵害ト認メザル以上ハ之ニ臨ムニ刑罰法ヲ以テシ刑罰ノ制裁ヲ加フルノ必要ナク立法ノ趣旨モ亦ココニ存スルモノト謂ハザルベカラズ。

故ニ共同生活ニ危害ヲ及ボサザル零細ナル不法行為ヲ不問ニ付スルハ犯罪ノ検挙ニ関スル問題ニ非ズシテ刑罰法ノ解釈ニ関スル問題ニ属シ之ヲ問ハザルヲ以テ立法ノ精神ニ適シ解釈法ノ原理ニ合スルモノトス従ッテ此ノ種ノ反法行為ハ刑罰法規ニ規定スル物的条件ヲ具フル罪ヲ構成セザルモノト断ズベク其ノ行為ノ零細ニシテ而モ危険性ヲ有セザルガ為犯罪ヲ構成セザルカ否カハ法律上ノ問題ニシテ其ノ分界ハ物理的ニ之ヲ説クコトヲ得ズ健全ナル共同生活上ノ観念ヲ標準トシテ之ヲ決スルノ外ナシ」と判示せり。

右判示は本件の解釈の上にも適用すべき重要なる判例にして親権者の必要なる範囲内に於ける殴打、教職員の右程度の懲戒手段としての体罰等が仮令形式的には物理学的に有形力の行使となり暴行罪の構成要件を具備するかの如き様相を呈する事あるも其の懲戒の目的、親権者、教職員の意思、適正なる社会通念より判断したる有形力行使の程度即ち従前の必要なる範囲を逸脱せざる限度に於ては其行為に危険性存せざる限りは之を刑罰法規の対象と解せざる事右判例の趣旨に合致するものにして右の解釈は飽く迄法律問題にして犯罪検挙に関する問題に非ずと思料するものなり。

第三点　原審判決理由に於て「被告人両名がそれぞれ原判示のとおり古屋敷正行の頭部を手で殴打したことは原判決挙示の証拠によつて優にこれを認定するに足り、原審の取調にかゝる他の証拠及び当審取調の各証拠によつても、所論のように形式的に軽くノックしたに止まるという程度のものであつたとはとうてい認められないのである。」と判示しているけれ

ども先づ被告人谷本好紀の行為に付いて按ずるに将に小学校六年の課程を終りて谷本教官の教頭として奉職する中学校への入学間近に迫れる十数名の生徒達が担当中谷教官を欺罔して写生にことよせて野球に興じ時間を空費して帰校せし為中谷教官は懲戒の意味を以て右生徒一同を運動場を駈足にて走らしめたる上既に昼食時間を過ぎたるに不拘校舎玄関の前の廊下に立たしめ居りたるを知りたる谷本教官が彼等生徒の空腹を察し一刻も早く解放してやろうと云ふ愛情より彼等生徒に対し中学生としての心得をさとしたる上自己の同僚であり且つ彼等生徒に対し懲戒措置をとつた中谷担任教官の面子をも考慮して形式的に十数人の生徒に対し軽く手拳を以て頭部をノックし中谷教官にあやまつてやろうと全生徒を解放したるものにして右生徒等は谷本教官の右措置に対し喜声を挙げて夫々食事の為帰宅せし実状にして右の如き趣旨を以て行はれたるノックが仮令物理学上には人体に対する有形力の行使なりとするも斯の如き目的より為されたる行為を以て刑罰法令の対象とする殴打と看做すべきものに非ずと思料する。

刑罰に所謂暴行とは不法なる人の身体に対する有形力の行使を云ふものにして換言すれば有形力の人の身体に対する侵害的行使を謂ふものなり谷本教官の如き生徒に対する愛情より発したる解放手段としての形式的の軽きノック行為が果して暴行に該当するや否や多大の疑問あり、弁護人の解する処に於ては斯の如きは刑法に云ふ暴行に該当せざる行為と思料するのみならず学校教育法十一条の但書の体罰にさへ該当する行為とも認むべからざる何等不法性なき却つて生徒等に有利な善意のノックに過ぎざるものと解するものなり。

然るに原審判決に於て右ノックが刑法上の暴行に該当する殴打なりと認定する如きは物理学上の有形力の行使あれば如何なる場合にも刑法上の暴行と看做さざるを得ずと解する形式解釈に堕したる結果にして仮令形式上有形力の行使とするも其の目的、行為者の意志、行為の程度より判断して行為の危険性の存在せざる時は刑罰法規の対象とすべからざる行為なりと為すべき判断を誤りたるものにして即ち刑罰法規の解釈を誤りたるものと思料するに付き判決に影響を及ぼすべき

法令の違反ありと認むべきものに該当するか又は判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認存するか何れかに該当するものと思料す次に平岡英男教官の行為に付いて按ずるにラヂオ聴取時間なるに三学年の中学生が一、二年生の生徒と同様に附和雷同して騒ぎ居りたる行為を一、二年生徒に対する立場上戒飭する必要を認め十数名の生徒に対し軽く平手で且つ右手掌を以て反対に整列せる生徒の右頭部をノックしたる程度にして右行為は谷本教官とは其の目的上或は体罰なりと認め得るも右の如き教育上の必要より出でたる実害なき行為を以て直ちに刑罰法規の対象とする暴行と看るべきや否や多大の疑問あり。

固より学校教育法第十一条に於て体罰を禁ずるも本法違反は行政処分たる懲戒手段によりて十分其の目的を達し得べく刑罰法令の対象とする程度に非る事を確信するものなり。

学校教育法第十一条の違反に対しては刑罰を以つてせざる所以のものは学校教育上に関する体罰を禁止するも万一違反したる時は上司の監督権又は行政懲戒手段に委する事が却つて其の教育目的を達成するものとする高邁なる法意に出でたるものと思料す。

斯の如き意味に於て平岡教官の行為も刑罰法規の対象たらざるに之を以て暴行と看做すべき殴打なりと判断したる原審の判示は法の解釈を誤りたるか事実の重大なる誤認に基くものなりと思料する。

第四点　要之前審判示理由に於ては当弁護人の第一点の親権者の懲戒権と学校教職員の懲戒権の間には関係なきが如き解釈を為すも両者間には或る程度の共通点を有するものにして昭和二十二年四月一日学校教育法施行迄は必要なる範囲内の体罰なる場合には何れも多年に亘り同等なる取扱を為し来れる事顕著なる事実なり。

判示の如く本質的に異なるに於ては多年に亘り斯の如き行為の許され来る筈もなく現に欧米諸国に於て容認せられ居る事、解釈に苦しむ処なり。

只我国に於ては昭和二十二年四月一日以来教育の手段として体罰は行はざる事となりたるに過ぎざるものにして本質的に関係無きものと判断する事こそ社会の通念に合致せざるものなり。

又第二点に於て弁護人の援用したる所謂一厘事件に対しては原審判示は（具体的事案を抽象的に類型化せんとするに帰著し」と排斥するも原審判示こそ本件の具体的事案を形式的に物理学上の判断より抽象的に暴行罪と認定したるものにして本判例の解釈こそ本件具体的事案に当てはめて解釈すべき好個の事案なりと信ず。

仍つて原審の判示は前記大審院判例と相反する判断をしたことに帰著すると思料する。次に原審判示に於て学校教育法第十一条の規定解釈として「基本的人権尊重を基調とし暴力を否定する日本国憲法の趣旨及び右趣旨に則り刑法暴行罪の規定を特に改めて刑を加重すると共にこれを非親告罪として被害者の私的処分に任さないものとしたことなどに鑑みるときは、殴打のような暴行行為は、たとえ教育上必要があるとする懲戒行為としてでも、その理由によつて犯罪の成立上の違法性を阻却せしめるというような法意であるとは、とうてい解されないのである」との主張は当弁護人に於ても一応異論を挿し狭む必要なきも当弁護人は本件事案の如き程度のノックは暴行罪に該当せざる事を主張するものにして若し右判示の如く殴打を凡て暴行行為と看做すに於ては親権者の必要なる範囲内の懲戒行為たる殴打も凡て暴行行為と看做され司法権の対象となり円満なる家族生活を破壊する事となるに至らん、故に懲戒手段として必要な範囲内の行為として許され来りたる程度の殴打は暴行罪の対象として判断すべきでなき事は前記大審院判例が今日に於ても維持され居る点より正当な解釈なり。

これと同様な意味に於て学校教職員と雖も親権者に許され居る程度の体罰を加へたる場合は直ちに刑罰法規の対象とせずして行政懲戒処分の対象として考慮すべき範囲内の事なりと主張せる次第なり。

以　上

判　決

本　籍　京都市伏見区両替町十五丁目一四三番地
住　居　同市同区深草善導寺町四番地
印刷工
大　西　文　雄
明治四〇年七月三日生

本　籍　京都市下京区綾小路通り柳馬場西入る綾材木町一九九番地
住　居　同市上京区大宮玄琢南町四番地
印刷ブローカー
川　本　達　雄
明治四四年九月生

右大西文雄に対する印章ならびに署名偽造、同幇助、公文書偽造、同教唆、川本達雄に対する印章ならびに署名偽造、公文書偽造、同教唆各被告事件について、昭和三〇年一月二一日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があり、なお被告人大西文雄の原審弁護人前堀政幸から申立てた上告受理申立を受理し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。

昭和三三年四月一〇日判決　昭和三〇年(あ)第九七一号

理　由

被告人大西文雄の弁護人前堀政幸の上告受理申立理由について。

原判決は、第一審判決の確定した「被告人等（被告人大西文雄、同川本達雄）は、共謀の上、真正な製造たばこ「光」の外箱と同様な図柄および「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷して製造したたばこの外箱」について、これを以て右公社の製造にかかる製造たばこ「光」すなわち合法的な専売品であることを証明する意思を表示した図画であると解するを相当とし、所論のような美術的効果を否定できないとしても、単にそれだけのものに過ぎないということができないから、この点よりして刑法一五五条一項の図画に当らないとする所論は採用することができないと判断したこと、並びに、たばこ専売法七一条一号、六五条の二の法条は、公文書の真正に対する公の信用を保護しようとする刑法一五五条とその目的を異にし、その取締の対象となる行為の範囲が同一でないから、たばこ専売法の右規定に該当するの故を以て刑法一五五条の適用がないということは許されないのみならず、また右規定の施行前においては刑法一五五条一項による取締のうち外に放任されていたものということもできないと判示したことは、いずれも、所論のとおりである。そして、当裁判所は、右原判決の判断を正当と認める（この点に関し郵便切手すなわち郵政大臣の発行する郵便に関する料金をあらわす証票又は収入印紙すなわち帝国政府の発行する印紙金額を表彰すべき証票のごとき特種の文書の偽造、変造等と同一に論ずることはできない。）。されば、所論申立理由(一)は、採用できない。

そして、右のごとく前記たばこ専売法の法条と刑法一五五条とは、その目的と取締の対象となる行為の範囲とを異にし、両者の適用が併存を妨げないと解するを正当とする以上、前者が後者の後ちに制定されたからといって、刑法六条の問題を生ずることのないこともいうまでもない。それ故、所論(二)も採用できない。

同弁護人の上告理由について。

所論は、事実誤認、量刑不当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。また、記録を調べても、同四一一条二号、三号を適用すべきものとは認められない。

被告人川本達雄の弁護人吉川信太郎の上告趣意について。

所論の採るを得ないことは、前堀弁護人の上告受理申立理由について述べたとおりである。

よつて、刑訴四〇八条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

昭和三三年四月一〇日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野　毅

裁判官　斎藤　悠輔

裁判官　入江　俊郎

昭和三〇年(あ)第九七一号

被告人　大西文雄

弁護人前堀政幸の上告受理申立理由

右被告人に対する印章並署名偽造、同幇助、公文書偽造、同教唆被告事件につき昭和三〇年一月二一日大阪高等裁判所が言渡した判決は、(一)刑法第百五十五条第一項の規定に所謂「公務所又ハ公務員ノ作ルベキ図画」の解釈並に、(二)刑法第六条の規定に所謂「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキ」の解釈につき重要な事項を含むものと認められるので、同月三十一日刑事訴訟法第四〇六条刑事訴訟規則第二五七条、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が、右申立前同月二十二日判決謄本の交付を受けたので刑事訴訟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。

第一、第一審（破棄差戻後の第一審）判決理由の要旨

(一)　第一審京都地方裁判所は、昭和二十八年九月二十一日被告人大西文雄及び相被告人川本達雄に対して言渡した被告人大西に対する印章並に署名偽造、同幇助、公文書偽造、同行使、被告人川本に対する印章並に署名偽造、公文書偽造、同行使被告事件の判決の一部として、「第一、(一)被告人両名は今井茂と共謀のうえ、ほしいまゝにたばこ「光」の外箱を製造しようと企て、被告人大西が印刷を、同川本が材料の調達及び印刷手伝を、今井が売却、会計等をそれぞれ担当することに定め、昭和二十四年十月初旬頃より同年十二月中旬頃までの間、京都市中京区御幸町通り四条上る大日町の今井方、同市内昭本こと金順南方及び田中シゲ方において、行使の目的をもつて、ケーブル式オフセット印刷機等を使用しマニラボール紙に、真正なたばこ「光」の外箱と同様な図柄及び「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷して、たばこ「光」外箱合計約九万四千五百個分（二十一個付四千五百枚）を製造し、もつて公務所である日本専売公社の偽造の署名を使用して、同公社の作成すべき図画を偽造し、(二)被告人川本は丹羽英三等と共謀のうえ、ほしいまゝ

にたばこ「光」の外箱を製造しようと企て、被告人川本が印刷等を、丹羽が売買等をそれぞれ担当することにし、同年十一月下旬より昭和二十五年三月頃までの間、被告人川本の肩書住居及び同市内丹羽英三方において、行使の目的をもつて前同様の方法により、たばこ「光」の外箱合計約五万六千六百九十個分を製造し、(三)被告人大西は、昭和二十四年十一月頃、同市下京区朱雀正開町西町二番地の松島寿鉉方において、被告人川本に対し、同被告人等がほしいまゝに日本専売公社の作成すべきたばこ「光」の外箱を製造するのに使用するものであることを知りながら、たばこ「光」の外箱印刷用原版一枚を貸与し、もつて、同被告人等の前示(二)記載の犯行を容易にして、これを幇助し」たとの犯罪事実を認定し、且右判示(一)及(二)の犯罪事実は、刑法第百五十五条第一項後段、第六十条に、右判示(三)の犯罪事実は同法第百五十五条第一項後段、第六十条、第六十二条第一項に該当すると判示したのである。

第二、原判決理由の要旨

被告人は右第一審判決に対し、右判示犯罪事実は刑法第百五十五条第一項後段に該当しないので「たばこ専売法」第六五条の二及び第七一条の施行以前の所為である判示犯罪事実は放任行為であるか、若しくは唯刑法第一六五条又は同第一六七条第一項に該当するにすぎないとの控訴趣意を掲げて、控訴の申立をしたのであるが原判決は、昭和三十年一月二十一日右控訴を棄却したのである。

原判決が右控訴を棄却した理由は帰するところ、前示第一審判決が判示している『ケーブル式オフセット印刷機等を使用し、マニラボール紙に、真正なたばこ「光」の外箱と同様な図柄及び「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷した』物件（以下単に『真正なたばこ「光」の外箱同様に印刷せられた紙』と称する）の『「図柄」は「美術的効果」を否定できないとしても』、矢張り刑法第百五十五条第一項後段に所謂「公務所ノ作成スベキ図画」に外ならないと謂うに

在るのである。その理由の骨子とせられるところは

「そもそも、文書、図画類の意味内容は、関係法令又は取引慣習等その使用せられた基盤を広く参酌して解釈決定をすべきものである。そして、たばこ専売法によれば、製造たばこの製造、輸入及び販売はもとよりたばこ種子の輸入、葉たばこ及び製造たばこ用巻紙の一手買取、輸入及び売渡の権能に至るまであげて国に専属するものとし（第二条）、この権能及びこれに伴う必要な事項は同法及び日本専売公社法の定めるところにより日本専売公社に行わせることとし（第三条）、その販売は公社又はその指定した小売人でなければ販売することができないものとし（第二九条）その違反に対しては刑罰を以て臨む（第七一条）ほか、さらに違反事件につき国税犯則取締法の規定をも準用することとすると共に（第七九条）、製造たばこの外箱の規格図柄並に証票を一定し（昭和一一年九月一九日大蔵大臣決裁、明治三九年大蔵省令第八〇四号並に日本専売公社法施行法第三条参照）、以て税収確保の見地よりこれが密造密売を防止し公社製品の信用保持につとめていることを看取することができる。ところで、原判決認定事実によれば、被告人等は共謀の上真正な製造たばこ「光」の外箱と同様な図柄および「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷したというのであつて、たばこ専売法における右のような基盤に照して本件「光」の外箱における表示を総体的に観察するときは、これを以て右公社の製造にかかる製造たばこ「光」すなわち合法的な専売品であることを証明する意思を表示した図画であると解するを相当とし、所論のような美術的効果を否定できないとしても、単にそれだけのものにすぎないということができないから、この点よりして刑法第一五五条第一項の図画に当らないとする所論は採用することができない。」と謂うに在るのである（原判決の理由の「控訴趣意第二点及び控訴趣意補正書第二項について」の(ロ)の部分を引用した）。

而して、原判決は、昭和二十六年三月三十一日施行のたばこ専売法第六五条の二の規定及び之が違反に対する罰則である同法第七一条第一号と刑法第百五十五条第一項後段の規定との関係については、

「次にたばこ専売法第六五条の二が製造たばこの包装（製造たばこの包装に使用する目的を以て印刷された紙を含む）の無許可製造を禁止し、同法第七一条がその違反に対して刑罰を規定したけれども、右は被告人の本件行為後の施行にかかり、ただちにこれを被告人に適用できないのみならず、右法条は、製造たばこの需給の円滑化と取締の強化に伴い粗悪稚拙な密造たばこが一般から顧みられなくなつたこと及び摘発の危険が増大したこと等の理由により、密造品は多く公社の製品を装うに至り公社製品の信用に重大な影響を及ぼすようになつたので、これが取締の迅速を期し併せて国税犯則取締法による処理を可能ならしめるために設けられたものであつて、公文書の真正に対する公の信用を保護しようとする刑法第一五五条とその目的を異にし、その取締の対象となる行為の範囲が同一でないから、たばこ専売法の右規定に該当するの故を以て刑法第一五五条の適用がないということは許されないのみならず、また右規定の施行前においては刑法第一五五条第一項による取締のうち外に放任されていたものということもできない。」と謂うておるのである（原判決理由の前同㈱の部分を引用した）。

第三、上告受理申立の理由

㈠ 原判決が、その判示しておる『真正なたばこ「光」の外箱同様に印刷せられた紙』を捉えて刑法第百五十五条第一項後段に所謂「公務所ノ作所スベキ図画」に該当すると判示しておるのは、同法条の解釈を誤つたものであると考えられる。

(1) 成る程、原判決が判示する如く、「文書図画類の意味内容は、関係法令又は取引慣習等その使用せられた基盤を広く参酌して解釈決定すべきものである」かも知れない。

若しそうならば、『たばこ専売法における右のような基盤に照して、本件「光」の外箱における表示を総体的に観察するときは、これを以て日本専売公社の製造にかかる製造たばこ「光」すなわち合法的な専売品であることを証

明する意思を表示した図画であると解するを相当とする』如く、例えば日本政府の発行する印紙や郵政大臣の発行する郵便切手も亦当該関係法令並びに取引の慣習等それの使用せられた基盤に照せば、それらに画かれた画像によつてそれらが一定額の収入印紙又は郵便切手であることを証明する意思を表示した図画であると解するを相当とし、更に進んで、所定金額の郵便切手を貼付せられた封書が適法な郵便物であること、所定の金額の印紙を貼付せられた受取書が適法に印紙税を納付せられた受取書であることを証明する意思を表示した図画であると解するを相当とし、仍て何れも刑法第百五十五条第一項後段の「公務所ノ作成スベキ図画」に該当することとなるのである。

ところが、昭和二十六年三月三十一日一部改正せられて同日から施行せられた、たばこ専売法第六十五条の二の規定によれば、製造たばこの包装（製造たばこの包装に使用する目的を以て印刷した紙を含む）を製造しようとする者は公社の許可を受けなければならないのであり、この規定に違反して、換言せば、ほしいままに製造たばこの包装を製造した者は同法第七十一条の第一号の規定によつて三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処せられることになつておるのである。而して「製造たばこの包装のほしいままなる製造」こそは、日本専売公社の署名を使用して同公社の作成すべき図画を偽造することに外ならないのであることからも明かである。

右の場合と同様に郵便切手については、郵便法第八十四条に「切手類を偽造する等の罪」が規定せられておつて、郵政大臣の発行する郵便切手を偽造した者は十年以下の懲役に処せられることになつており、又収入印紙については、印紙犯罪処罰法第一条は、日本政府の発行する印紙を偽造した者を五年以下の懲役に処することを規定しておるのである。

之等の諸刑罰規定に鑑みれば、製造たばこの包装、郵便切手、印紙等は何れも画像を表示せられてあるに拘らず、

之が偽造を以て刑法第百五十五条第一項後段の規定によつて処罰すべきものでないとしておることが明かである。換言せば、それらの画像を以て同規定に所謂「公務所ノ作成スベキ図画なり」と認めておらないことが明かである。

而して、何故それらの画像を「公務所ノ作成スベキ図画」と認めていないかを考うるに、矢張りそれらの画像はそれ自体に於ては直接的には何等の意思を表示しておらず、唯形状模様、色彩を結合した装飾的意匠の現示にすぎないからである。

斯く考察し来るとき、原判決が判示した「文書図画類の意味内容は、関係法令又は取引慣習等その使用せられた基盤を広く参酌して解釈決定すべきものである」との見解は誤であつて、そもそも或る文書図画類が社会生活に関して有つ意味は当該文書図画自体における表現に接する者をして、直接認識せしめ得るものが何であるかによつて決定せらるべきであつて、文書図画類自体に表現せられていないものによつて解釈せらるべきものでないことを知るのである。

尤も茲で附言しておくべきは、右の見解は当該文書図画自体に、当該文字、図形、画像等を表現するに至つた事情が法令に基くのか、取引慣習に因るのかということとは関係がないということである。殊に図画については、当該形状、模様、色彩の結合を表現することを、法令によつて何者かが独占するのかどうか、そして独占の結果として逆に間接にその図画が独占を意味することになるというが如きことは、図画の意味や内容を成すものではないということを強調しておかねばならないのである。

これを本件のたばこ「光」の外箱について言えば、そこにそのような図柄を表現してあるのはたばこ専売法令に依るのであり、そしてその結果としてそのような意匠を日本専売公社が独占するに至つておるのであり、その間接的効果として、そのような図柄の外箱には製造たばこ「光」が包装せられておるものと世人に理解せしめるにしても、そ

のことと、そのような図柄が「太陽の光」を意味すると解せられるか、或は又「爆発現象」と解せられるか、或は「満月と閃光」と解せられるかということとは異なるのであり、刑法第百五十五条の所謂「図画」の問題は唯後者に関することであるべきであると言わんとしておるわけである。

(2) 叙上の如くであるから、製造たばこ「光」の外箱に表現せられてある図柄は前示のたばこ専売法の一部改正により第六十五条の二及び同第七十一条第一号の規定が施行せられる以前は、全く刑罰法規の埒外におかれていたものであるとしなければならないのである。(署名偽造又は公記号不正使用の罪の成否は別論である)。

原判決は先に引用した如く右法条の立法趣旨乃至立法事情に言及しておるのであるが、そのことによつても、右立法が全く新しい情勢に対処せんとするものであることが分るのである。何故なら原判決が示す見解の如く、真正なたばこ「光」の包装である判示「外箱」の図柄が重い法定刑を定めてある刑法第百五十五条第一項後段の「図画」に該当するのであれば、製造たばこの包装の偽造(「違反製造」というも法概念としては同じことである)の取締を強化しなければならない時期に至つて却つて軽い法定刑に引下げてたばこ専売法第六十五条の二、同第七十一条第一号の規定を定めた意味は全く理解できないのである。

然るに原判決はこの点に関し、同法第六十五条の二、同第七十一条第一号の規定は国税犯則取締法との関係に於て特に存在するのであつて、そこに特殊の意義があるものの如く説明しておるのである。

成る程同法違反事件は国税犯則取締法によつて処理することに定められておるけれども、これは処理の手続を敏速にし且たばこ専売の目的である国家収入との関係を顧慮したものであるというに止まり、成立する犯罪が如何なる本質のものであるかということ、つまり犯罪構成要件の問題とは関係のないことである。

而して原判決の論調を以てするならば、本件たばこ「光」の外箱の偽造については刑法第百五十五条第一項後段該

当の罪と、たばこ専売法第六十五条の二の規定の違反とが併立して二重に成立するとでも言うのであろうか。若しそうでないというのであれば、どのような場合に何れの罪が成立するというのであろうか。原判決の見解では法理は全く通じなくなるのではなかろうか。この点につき原判決の見解を正確に知ることができなかつたのであるから之以上私議するわけには行かないのである。

(3) 然し第一審判決が『被告人両名は……ほしいままにたばこ「光」の外箱を製造しようと企て、……行使の目的をもつて、……真正なたばこ「光」の外箱と同様な図柄及び「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷して、たばこ「光」外箱合計……二十一個付四千五百枚を製造し……』という用語並に行文を以て判示した事実を、たばこ専売法第六十五条の二の規定に対比して分析すれば「ほしいままに」とあるは「日本専売公社の許可又は委託を受けずにという意味に通じ『たばこ「光」の外箱』とあるは、「製造たばこの包装」と同義語であることは明かであり、又マニラボール紙に、『真正なたばこ「光」の外箱と同様な図柄及び「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷して』製造せられたものは、「製造たばこの包装に使用する目的をもつて、印刷された紙」に外ならないことは言うまでもないのであり、而も「行使の目的を以て……印刷」せられるものが行使せられる目的は何かと問えば、正に「製造たばこの包装に使用する目的」そのものと同じものであることも明白である。

然らば、第一審判決の前記判示犯罪事実は若し判示犯罪日時の当時に既にたばこ専売法第六十五条の二の規定が施行せられていたとしたら、正にその規定に違反した事実を判示したことと同じ意味を有つのである。

それ故若し仮にたばこ「光」の外箱に表現せられてある図柄が本質上本来「公務所ノ作成スベキ図画」に該当するのだとすれば、刑法第百五十五条第一項の規定と、たばこ専売法第六十五条の二の規定とが両立併存すべき法理はないのであるから、たばこ専売法第六十五条の二の規定が後に立法せられたことの法律上の意義については、相反する

二個の見解が存在し得るのみである。

即ち、

(い) たばこ専売法第六十五条の二の規定が施行せられる以前に於ては、製造たばこの包装例えば、たばこ「光」の外箱に表現せられているような図柄については、之を刑法第百五十五条第一項に所謂「図画」と解すべきではないという見解と、

(ろ) 前記の如き「図柄」は、刑法第百五十五条第一項に所謂「図画」と解せらるべきものであつたが、たばこ専売法第六十五条の二の規定は左様な解釈を否定することを明かにしたのであるという見解とがそれである。

而して前記(い)の見解によれば、第一審判決の前記判示事実は罪とならないのであり、前記(ろ)の見解によれば、右判示事実に対しては一般法たる刑法第百五十五条第一項の規定の適用は否定せられ、唯たばこ専売法第六十五条の二及び同第七十一条第一号の各規定が特別法として適用せられることとなるわけである。

然し所謂特別法の規定を以て、刑法の規定の適用を否定せしめるような立法は余りその例を見ないのであり、むしろ、特別法の規定が刑法の規定と重複する場合を生ずるような虞のあるときは、その特別法の規定によつて、刑法に正条あるものについては刑法の規定を適用する旨を宣言してあるのである。例えば彼の旧取引所法第三十二条の五の規定に於ては、取引所の相場により差金の授受のみを目的とする特殊の賭博を処罰するため、特別に右規定を設け乍らも、常習賭博（刑法第百八十六条）に該当するものについては、重い法定刑を定めてある刑法の右規定を適用することを明かにし、常習でないものについては、賭博（刑法第百八十五条）の法定刑よりも重い法定刑（一年以下の懲役又は千円以下の罰金）を定めてあるところの取引所法第三十二条の五の規定を適用することとしていたことを想起するのである。この場合、特別法たる取引所法の規定の法定刑が刑法の賭博の規定の法定刑より

も重いというところに、差金授受の賭博行為については、解釈上刑法の規定の適用を否定し、特別法の規定を適用すべきものとする根拠が見出されるのである。かかる観点から言うならば、たばこ専売法第六十五条の二が刑法第百五十五条第一項よりも軽い法定刑を以て、新に立法せられたという事実こそが、この新立法以前には、たばこ「光」の外箱用紙の如きものは刑法第百五十五条第一項の「図画」に該当しないことを前提としておることを物語るものである。

然し前記(ロ)の見解を採らずして、前記(ハ)の見解に立つときは、本件に在つては、更に後述する通り、刑法第六条の適用に関する同法の解釈が問題となつて来るのである。

(ニ) 原判決が判示する如く判示「印刷物」(真正なたばこ「光」の外箱同様に印刷せられた紙)の製造行為が仮に一年以上十年以下の懲役を法定刑とする刑法第百五十五条第一項後段に該当する公務所図画偽造の罪を構成するとしても、右行為が被告人の右犯行後新に施行せられたたばこ専売法第六十五条の二の規定に違反した所為であり、その違反行為が同法第七十一条第一号によつて三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金の刑を以て処罰せられることとなつたことが明白であるから、このことは、刑法第六条の規定に所謂「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキ」というに該るに拘らず、原判決が刑法第百五十五条第一項の規定、たばこ専売法の右両規定並に刑法第六条を適用しなかつたのは法令の解釈を誤つたものであると考えられる。

(1) 第一審判決が判示しておる『真正なたばこ「光」の外箱同様に印刷せられた紙』が本来刑法第百五十五条第一項に規定する「公務所ノ作成スベキ図画」に該当するとすればその規定の内容は、たばこ専売法第六十五条の二、及び第七十一条第一号の両規定を綜合した内容と全く同じものであるから、後者が前者に対する関係は所謂「特別法と一般法との関係」となるべきであつて、前者の適用が否定せられ、後者のみが適用せられることとなることは、先に(ハ)の

(3)で詳述したところである。

(2) 然らば、先に引用して示した被告人に対する本件判示犯罪事実は、その犯行時(昭和二十四年十月初旬以降昭和二十五年三月頃)には、刑法第百五十五条第一項に該当して、一年以上十年以下の懲役に処せらるべきものであつたところ、それに対する裁判時(昭和二十六年三月三十一日以後)には、それはたばこ専売法第七十一条第一号及同第六十五条の二に該当することとなつて、三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処せらるべきこととなつたことが明かである。

而して、かかる場合も亦刑法第六条の規定が「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキ」と謂うてある場合に該当するものと解するべきが当然である。

(3) 尤もたばこ専売法には、昭和二十四年六月一日の同法施行当初から、その附則に於て「旧法(改正前の煙草専売法)又はこれに基く命令に基いて処罰された者は、この法律に基いて処罰された者とみなす」(第六項)「この法律施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」(第七項)、「旧法の違反については第七十九条の例による」(第八項)(第七十九条第一項国税犯則取締法の規定はこの法律の違反事件に準用する。……以下省略)等々の規定が定められておるのであるが、これらの規定は、それらの規定は、その配列の順序及び立言の仕方に鑑みれば、旧法(煙草専売法)と新法(たばこ専売法)との間の相関連し相対応する規定に関しての所謂経過規定であつて、新旧両法以外の法令との関係には及ばないことが明かである。

(4) 若し論者にして、前記附則第七項に「この法律施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」とあるのを捉え来つて、「罰則の適用」とある「罰則」中には刑法を含むと解するが故に「なお従前の例による」とは刑法の適用をも意味するとでも主張するとしたら、それは、この種の立法上の立言が、総て、所謂特別法自

体の改廃の間に起つた罰則適用上の疑問を解消せんとする目的のみを以てなされておるのであるという沿革及び法令用語体系を正解しないものであると謂わねばならないのである。

それ故原判決が第一審判決の前記判示犯罪事実につき刑法第百五十五条第一項の外たばこ専売法第七十一条第一号同第六十五条の二を適用し、且刑法第六条を適用して軽いたばこ専売法第七十一条第一号の法定刑によつて処断しなかつたことはたばこ専売法第六十五条の二の規定及び刑法第六条の規定の解釈を誤つたものである。

以上の如く、原判決は、先づ(イ)刑法第百五十五条第一項の規定に所謂「図画」の解釈につき、次で(ロ)たばこ専売法第六十五条の二及び同第七十一条第一号の両規定並に刑法第六条の規定の解釈につき、犯罪の成立又は刑の軽重に関し重大なる影響があるところの重要な事項を含んでおりこれに対し最高裁判所の判断を受ける必要があると思料するので本件上告受理の申立をした次第である。

以　上

弁護人前堀政幸の上告趣意

右被告人に対する印章並に署名偽造、同幇助、公文書偽造、同幇助、公文書偽造、同教唆被告事件につき昭和三十年一月二十一日大阪高等裁判所が言渡した有罪の判決に対し被告人から上告の申立をしたがその上告の趣旨を左記の通り陳述する。

原判決は、第一審判決が被告人大西文雄を懲役一年六月に処したのを相当として容認したのは、刑の量定が不当であり著しく正義に反するから、破棄せらるべきである。

原審弁護人前堀政幸が前記原審判決に対し別途に事件受理の申立をなし、貴裁判所は昭和三十年二月十七日右申立を受理する旨の決定をしたのであるが、上告趣意と見なされる右事件受理申立理由にして理由ありとせられるときは原判決が容認した第一審判決（差戻後の第一審判決以下同じ）判示犯罪事実中第一の(一)及び(三)の各事実は無罪とせられるか又は刑の変更により軽い法定刑に則つて量刑せらるべきこととなり、従つて第一審判決の判示犯罪事実中の第二の(一)及び(三)並に第三の事実につき併合罪の刑を量定せられるか又は同第一の(一)及び(三)並に同第三の各事実につき併合罪の刑を量定せらるべきこととなり、その何れの場合たるを問わず、刑の量定に著しい変更而も刑を軽減すべき変更を招来すべきは法理並に裁判の実情に照して顕著なところである。

然し右の如き事由は別としても、原判決が第一審判決の前記量刑を容認したのは既に差戻前の第一審判決に服罪した他の被告人に対する科刑に比較し又被告人のその後の反省、並に現在の境遇に照し甚しく重きに失し、それ故に著しく正義に反するのである。

何故なら、

被告人　大西文雄

昭和三〇年(あ)第九七一号

(1) 第一審判決判示第一の㈠及び㈢の製造たばこ「光」の外箱の擅なる製造について言えば、之によつて日本専売公社の専売利益の収得を妨げるに足るところの所謂「闇たばこ」の密造、密売を助長する結果を生んだのではあるが、もともと成規のたばこ小売人の店頭以外の街頭等で売買せられる「闇たばこ」の容器包装として判示偽造物が利用せられたとしても之によつて真正なる製造たばこ「光」であるとして市民の間に取引せられる危険は殆んどなかつたのである。（この点に於て文書偽造罪における「行使の目的」を欠くと謂うべきであり此の点よりするも判示たばこ「光」の外箱の製造が刑法第百五十五条第一項後段に該当しないと謂えるのである）から国の専売政策に及ぼした悪い影響は決して直接のものではなく、判示製造行為それ自体によつて国の財政や市民生活に悪い影響を与えたところは少ないと謂えるのである。

(2) 次に同判示第二の㈠及び㈢の旅行者外食券の偽造について言えば、判示犯時の頃は我が国の食糧事情は比較的安定し、成規の外食券と雖も民間で容易に買入れることができる情況であつたから、偽造外食券の利用価値は低く、被告人大西の判示第二の㈠及び㈢の所為が国民生活における食生活秩序に及ぼした悪い影響は左程重大なものではなかつたと謂えるのである。殊に判示偽造にかゝる外食券には当該食堂や当該食糧営団の名義又は捺印が印刷せられてなかつたから、之を成規の外食券として使用するには相当の困難が生じ偽造物の全部が流通したかどうか疑わしいのである。

而も判示外食券偽造所為の共同正犯である差戻前の第一審相被告人今井茂や、偽造教唆の共同正犯である前同相被告人具道介、同朴斗万や、偽造の実行正犯である前同相被告人坂常次郎は他の同種犯罪行為の罪と併せて、何れも懲役一年六月同又は十月に処せられたとは謂え何れも三年間右刑の執行を猶予せられて居る位であるから、判示外食券偽造の所為が特段に犯情の重いもの、悪いものとは謂えないのである。

(3) 而して、同判示第三の衣料切符の偽造について言えば、右各所為の共犯者である差戻前の第一審相被告人坂常次郎や

判示第三の㈡の実行正犯である差戻前の第一審相被告人梶谷巳之助が何れも判示所為並にそれ以外の有罪行為を認定せられながらも夫々懲役一年六月及び懲役十月に処せられながら何れも三年間その懲役刑の執行を猶予せられている程判示第三の㈠及び㈡の衣料切符の偽造行為は犯情悪く且重しとは認められていないと謂えるからである。

殊に判示犯時たる昭和二十四年一月、二月の頃を顧みれば衣料切符の如きは国民生活上殆んど実用が無かつたとさへ言える情況になつていたのであるし、判示偽造衣料切符には之を成規の衣料切符として使用するに必要な地方長官や衣料品取扱の地区販売店の名義や捺印が偽造せられていなかつたから、之をそのまゝ実用に供することは不可能な事情に在つたので、右偽造の衣料切符がたやすく世上に流通したとは考えられないのであり、それ故幸にして、それだけ被告人大西の判示所為の犯情も軽いのである。

(4) 更に謂うべきは、被告人大西は決して判示各偽造乃至製造行為についての主犯者又は主導者ではなかつたということである。

即ち、

(イ) 被告人大西は印刷技術に優れていることが知れて、偽造衣料切符の販売によつて利得を企てていた岡山の朝鮮人松山某や大津の朝鮮人木村等に迫られて已むなく自ら差戻前の第一審相被告人梶谷巳之助を紹介して之に乞うて衣料切符約千枚の偽造を教唆したのであり、之が昭和二十四年一月中旬における第一審判決判示「第三の㈡」の事実である。

(ロ) 然し執拗な前記朝鮮人等に迫られて前示相被告人坂常次郎と共同して更に衣料切符約五千枚を偽造したのであり之れが昭和二十四年一月下旬及び二月中旬に於ける前同判示「第三の㈠の(1)及び(2)」の事実である。

(ハ) その後被告人大西はこの種の犯行から遠ざかつていたのであるが、その後前記相被告人今井茂同川本達雄等の如き

商人が製造たばこ「光」の外箱の製造によつて利得せんことを企てて被告人大西の印刷技能を利用せんとするに至るとともに前示朝鮮人の仲間等の間に被告人大西の存在が知れ渡るにつれて外食券の偽造を迫られ、かくて、今井、川本、坂、具道介、朴斗万等と相結んだ外食券の偽造が行われたのである。それが昭和二十四年十月初旬から同年十一月初旬に亘る前同判示第二の㈠及び㈢の事実である。

而してこの事実につき留意せらるべきは被告人大西が初め自らも今井茂と共同して外食券の偽造を行つたけれどもその後之から遠ざからんとして、責任回避とは言え偽造仕事を坂常次郎の方へ振向けてしまつたという点である。

㈡ そして最后には商人としての本来の営業の不振から朝鮮人相手にたばこ「光」の外箱を製造販売して不正の利得をなさんことを念願して被告人大西に近付いて来た前示今井茂や川本達雄に頼まれて被告人大西自身の印刷技能を同人等の企画に役立てることとなり、一時は外食券の偽造を併行してまでたばこ「光」の外箱を製造したのであり、それが昭和二十四年十月初旬から同年十二月中旬頃に亘る前同判示第一の㈠及び㈢の事実なのである。

而してこの事実について留意せらるべきは、川本が今井から別れて独自の利得のため別個の行動に出たとき、被告人大西は共同正犯者となることを嫌つて、単に印刷用原版を貸与するに止まつた点である。

㈣ 叙上の如く被告人大西は優秀なる印刷技能を有つていたことが身の仇となり、内心は厭々ながら、失職中の窮乏に圧せられて今井茂や川本達雄の喰い物になつたのであるこのことは被告人大西が判決所為の間に得た金銭が僅か八千円に過ぎなかつたことによつても明かである。

㈤ 而もその間伝え聞いて集まつて来た当時の社会秩序破壊分子とも云うべき朝鮮人等に脅迫せられたことが被告人に判示の不正行為を強いた感が強いのである。

㈥ して見れば、法律上の共同正犯論はともかくとして、被告人大西を目して第一審判決判示の所為の主犯者とすることはできないのである。否、同被告人は今井茂や川本達雄に比すれば、むしろ同人等に従属し利用せられた技術者たるに止まるのである。

然るに差戻前の第一審判決は主犯者であり、恐らくは利得者たりしならん相被告人今井茂に対し懲役一年の刑を言渡し而も三年間その刑の執行を猶予したのであり、又犯罪の分量並に犯情において被告人大西の立場と酷似する前示相被告人坂常次郎の如きも前示の如く懲役一年にして而も三年間その刑の執行を猶予するの寛大なる判決を言渡され、その他利得行為のあつた差戻前の第一審相被告人の大多数の者が夫々懲役刑の言渡を受けながら各三年間その刑の執行を猶予せられ、それらの者の判決は何れもそのまゝ確定しているのであるに原判決は被告人大西に対し公訴事実の一部につき無罪の言渡をなし且言渡の懲役刑につき差戻前の第一審裁判所が言渡した懲役二年を懲役一年六月に軽減したとは言え猶おその懲役刑の執行を猶予しなかつたのである。

かくの如きは前示今井茂に対する寛大なる科刑に比すれば極めて不均衡であり著しく正義に反するものであり、前示坂常次郎其の他に対する寛大なる科刑に照せば被告人大西に対しても亦懲役刑を更に軽減し且その刑の執行を猶予せらるべきである。

(5) もともと被告人大西は、優秀なる印刷技能者でありながら、勤め先が営業を閉ぢて一時失職の間、独立自営の志を立て、その資金を得んとして誘惑に乗ぜられ、遂に判示所為に及んだのであつたが、今や業績盛大にして、理解ある雇主を得て存分にその技能を生かしつゝあり、因て被告人の一家も生活安定し、この安定した生活は今や唯本件裁判の結果被告人が懲役刑に服するが如きことなきことにかかつていると言い得るのである。

殊に既に本件起訴後満五年を閲しその間の被告人の悔悟反省には見るべきものあり、その家族も共に成行を憂えてその長年月を過して来たのである。他方衣料切符制度の如きは夙に廃止せられて今は語り草となるに過ぎないのである。

このときにあたり、被告人大西の罪を宥恕し、之をして現在の職業に精励せしめ、以てその家族を安堵せしめるの途を拓くことは刑政の当を得るものと謂うべきである。

然らば原判決は刑の量定が不当であり、之を破棄するのでなければ著しく正義に反するのである。

以　上

昭和三〇年(あ)第九七一号

弁護人吉川信太郎の上告趣意

右印章並に署名偽造、公文書偽造、同教唆被告事件について上告の趣意を申上げます。

第一、原判決は『ケーブル式オフセット印刷機等を使用し、マニラボール紙に、真正なたばこ「光」の外箱と同様な図柄及び「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷した』物件の「図柄」は美術的効果を否定できないとしても、矢張り刑法第百五十五条第一項後段に所謂「公務所ノ作成スベキ図画」に外ならない、そもそも文書、図画類の意味内容は、関係法令又は取引慣習等その使用せられた基盤を広く参酌して解釈決定をすべきものである、そしてたばこ専売法によれば、製造たばこの製造輸入及び販売はもとより、たばこ種子の輸入、葉たばこ及び製造たばこ用巻紙の一手買取、輸入及び売渡の権能に至るまであげて国に専属するものとし（第二条）、この権能及びこれに伴う必要な事項は同法及び日本専売公社法の定めるところにより日本専売公社に行わせることゝし（第三条）、その販売は公社又はその指定した小売人でなければ販売することができないものとし（第二九条）、その違反に対しては刑罰を以て臨む（第七一条）ほかさらに違反事件につき国税犯則取締法の規定も準用することゝすると共に（第七九条）、製造たばこの外箱の規格図柄並に証票を一定し（昭和一一年九月一九日大蔵大臣決裁、明治三九年大蔵省令第八〇四号並に日本専売公社法施行法第三条参照）、以て税収確保の見地よりこれが密造密売を防止し公社製品の信用保持につとめていることを看取することができる、とこ ろで原判決認定事実によれば、被告人等は共謀の上真正な製造たばこ「光」の外箱と同様な図柄及び「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷したというのであつて、たばこ専売法における右のような基盤に照して本件「光」の外箱における表示を総体的に観察するときは、これを以て右公社の製造にかゝる製造たばこ「光」すなはち合法的な専売品で

被告人　川本達雄

あることを証明する意思を表示した図画であると解するを相当とする旨判示した。

(一) 右判示のような見解を採るならば、例へば日本政府の発行する印紙や郵政大臣の発行する郵便切手も亦、当該関係法令並びに取引の慣習等それの使用せられた基盤に照せば、それらに画かれた画像によつてそれらが一定額の収入印紙又は郵便切手であることを証明する意思を表示した図画であると解するを相当とし、更に進んで所定金額の郵便切手を貼付せられた封書が適法な郵便物であること、所定の金額の印紙を貼付せられた受取書が適法に印紙税を納付せられた受取書であることを証明する意思を表示した図画であると解するを相当とし、

仍て何れも刑法第百五十五条第一項後段の「公務所ノ作成スベキ図画」に該当することになるのである。

ところが昭和二十六年三月三十一日一部改正せられて同日から施行された、たばこ専売法第六十五条の二の規定によれば製造たばこの包装（製造たばこの包装に使用する目的を以て印刷した紙を含む）を製造しようとする者は公社の許可を受けなければならないのであり、この規定に違反して、換言せばほしいまゝに製造たばこの包装を製造した者は同法第七十一条の第一号の規定によつて三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処せられることになつているのである。而して「製造たばこの包装のほしいまゝなる製造」こそは、日本専売公社の署名を使用して同公社の作成すべき図画を偽造することに外ならないのである。

右の場合と同様に郵便切手については、郵便法第八十四条に「切手類を偽造する等の罪」が規定せられてゐて、郵政大臣の発行する郵便切手を偽造した者は十年以下の懲役に処せられることになつてをり、又収入印紙については、印紙犯罪処罰法第一条は、日本政府の発行する印紙を偽造した者を五年以下の懲役に処することを規定してゐるのである。

之等の諸刑罰規定に鑑みれば、製造たばこの包装、郵便切手、印紙等は何れも画像を表示せられてあるに拘はらず、之が偽造を以て刑法第百五十五条第一項後段の規定によつて、処罰すべきものでないとしてゐることが明かである。換

言せば、それ等の画像を以て同規定に所謂「公務所ノ作成スベキ図画」なりと認めてゐないことが明かである。

而して何故それらの画像を「公務所ノ作成スベキ図画」と認めていないかを考うるに矢張りそれらの画像は、それ自体に於ては直接的には何等の意思を表示してゐらず、唯形状、模様、色彩を結合した装飾的意匠の現示にすぎないからである。

斯く考察し来るとき、原判決が判示した「文書図画類の意味内容は関係法令又は取引慣習等その使用せられた基盤を広く参酌して解釈決定すべきものである」との見解は誤であつて、そもそも或る文書図画類が社会生活に関して有つ意味は当該文書図画自体に於ける表現に接する者をして、直接認識せしめ得るものが何であるかによつて決定せらるべきであつて、文書図画類自体に表現せられていないものによつて解釈せらるべきものでないことを知るのである。

尤も茲で附言しておくべきは、右の見解は当該文字図画自体に当該文字、図形、画像等を表現するに至つた事情が法令に基くのか、取引慣習に因るのかということは関係がないということである。殊に図画については当該形状、模様、色彩の結合を表現することを法令によつて何者かゞ独占するのかどうか、そして独占の結果として逆に間接にその図画が独占を意味することになるというが如きことは、図画の意味や内容を成すものではないということを強調しておかねばならない。

これを本件のたばこ「光」の外箱について言えば、そこにそのような図柄を表現してあるのは、たばこ専売法令に依るのであり、そしてその結果としてそのような意匠を日本専売公社が独占するに至つてゐるのであり、その間接的効果として、そのような図柄の外箱には製造たばこ「光」が包装せられてゐるものと世人に理解せしめるにしても、そのことと、そのような図柄が「太陽の光」を意味すると解せられるか、或は「満月と閃光」と解せられるかということは異なるのであり、刑法第百五十五条の所謂「図画」の問題は唯後者に関することであるべきであると言わんとしてゐるわけである。

叙上の如くであるから、製造たばこ「光」の外箱に表現せられてゐる図柄は、前示のたばこ専売法の一部改正により第六十五条の一及び同第七十一条第一号の規定が施行せられる以前は、全く刑罰法規の埒外におかれていたものであるとしなければならないのである。（署名偽造又は公記号不正使用の罪の成否は別論である）

原判決は先に引用した如く右法条の立法趣旨乃至立法事情に言及してゐるのであるが、そのことによつても、右立法が全く新しい情勢に対処せんとするものであることが分るのである。何故なら原判決が示す如く、真正なたばこ「光」の包装である外箱の図柄が重い法定刑を定めてゐる刑法第百五十五条第一項後段の「図画」に該当するのであれば、製造たばこの包装の偽造（「違反製造」というも法観念としては同じことである）の取締を強化しなければならない時期に至つて、却つて軽い法定刑に引下げて、たばこ専売法第六十五条の二、同第七十一条第一号の規定を定めた意味は全く理解できないのである。

然るに原判決はこの点に関し、同法第六十五条の二、同第七十一条第一号の規定は国税犯則取締法との関係に於て特に存在するのであつて、そこに特殊な意義があるものゝ如く説明してゐるのであるが、これは処理の手続を敏速にし且たばこ専売の目的である国家収入との関係を顧慮したものであるというに止まり、成立する犯罪が如何なる本質のものであるかということ、つまり犯罪構成要件の問題とは関係のないことである。

而して原判決の論調を以てするならば、本件たばこ「光」の外箱の偽造については刑法第百五十五条第一項後段該当の罪と、たばこ専売法第六十五条の二の規定の違反とが二重に成立するとでも言うのであろうか。若しそうでないというのであれば、どのような場合に何れの罪が成立するというのであろうか。原判決の見解では法理は全く通じなくなるのではなかろうか。

第一審判決が『被告人両名は……ほしいままにたばこ「光」の外箱を製造しようと企て……行使の目的をもつて……真正なたばこ「光」の外箱と同様な図柄及び「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷して、たばこ「光」外箱合計……二十一個付四千五百枚を製造し……』という用語並に行文を以て判示した事実を、たばこ専売法第六十五条の二の規定に対比して分析すれば「ほしいまゝに」とあるは「日本専売公社の許可又は委託を受けずに」という意味に通じ『たばこ「光」の外箱』とあるは「製造たばこの包装」と同義語であることは明かであり、又マニラボール紙に『真正なたばこ「光」の外箱と同様な図柄及び「日本専売公社」なる文字その他所要の事項を印刷して』製造せられたものは「製造たばこの包装に使用する目的をもつて、印刷された紙」に外ならないことは言うまでもないのであり、而も「行使の目的を以て……印刷」せられるものか行使せられる目的は何かと問えば、正に「製造たばこの包装に使用する目的」そのものと同じものであることも明白である。

然らば第一審判決の前記判示犯罪事実は、若し判示犯罪日時の当時に既にたばこ専売法第六十五条の二の規定か施行されていたとしたら、正にその規定に違反した事実を判示したことと同じ意味を有つのである。

それ故若し仮にたばこ「光」の外箱に表現せられてゐる図柄か、本質上本来「公務所ノ作成スベキ図画」に該当するのだとすれば、刑法第百五十五条第一項の規定と、たばこ専売法第六十五条の二の規定とが両立併存すべき法理はないのであるから、たばこ専売法第六十五条の二の規定が後に立法せられたことの法律上の意義については、相反する二個の見解が存在し得るのみである。即ち

(イ) たばこ専売法第六十五条の二の規定か施行せられる以前に於ては、製造たばこの包装、例えばたばこ「光」の外箱に表現せられているような図柄については、之を刑法第百五十五条第一項に所謂「図画」と解すべきではないという見解と、

(ロ) 前記の如き図柄は、刑法第百五十五条第一項に所謂図画と解せらるべきものであつたが、たばこ専売法第六十五条

の二の規定は左様な解釈を否定することを明かにしたのであるという見解がそれである。

而して前記(イ)の見解によれば、第一審判決の判示事実は罪とならないのであり、

前記(ロ)の見解によれば、右判示事実に対しては一般法である刑法第百五十五条第一項の従来の適用は否定せられ、唯たばこ専売法第六十五条の二及び同第七十一条第一号の各規定が特別法として適用せられることとなるわけである。

然し所謂特別法の規定を以て、刑法の規定の適用を否定せしめるような立法は余りその例を見ないのであり、むしろ特別法の規定が刑法の規定と重復する場合を生するような虞のあるときは、その特別法の規定により、刑法に正条あるものについては刑法の規定を適用する旨を宣言しておるのである。(例　旧取引所法第三十二条の五と常習賭博、賭博罪。)

この特別法たる取引所法の規定の法定刑が刑法の賭博の法定刑より重いというところに、差金授受の賭博行為については、解釈上刑法の規定の適用を否定し、特別法の規定を適用すべきものとする根拠か見出されるのである。

かゝる規定から言うならば、たばこ専売法第六十五条の二が刑法第百五十五条第一項よりも軽い法定刑を以て、新に立法せられたという事実こそ、この新立法以前には、たばこ「光」の外箱用紙の如きものは、刑法第百五十五条第一項の図画に該当しないことを前提としておることを物語るものである。

第二、原判決が判示する印刷物（真正なたばこ「光」の外箱同様に印刷せられた紙）の製造行為が仮に一年以上十年以下の懲役を法定刑とする刑法第百五十五条第一項後段に該当する公務所図画偽造の罪を構成するものとしても右行為か被告人の右犯行後新に施行せられた、たばこ専売法第六十五条の二に違反した所為であり、その違反行為か同法第七十一条第一号によつて三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金の刑を以て処罰せられることゝなつたことは前説示(ロ)の見解を採れば明白である。

然らば刑法第六条の所謂「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキ」というに該るに拘らず、原判決が刑法第百五十

五条第一項の規定、たばこ専売法の右両規定並に刑法第六条を適用しなかつたのは法令の解釈を誤つたものと考えられる。即ち

(1) 第一審判決が判示しておる『真正なたばこ「光」の外箱同様に印刷せられた紙』が本来刑法第百五十五条第一項に規定する「公務所ノ作成スヘキ図画」に該当するとすればその規定の内容は、たばこ専売法第六十五条の二及び第七十一条第一号の両規定を綜合した内容と全く同じものであるから、後者か前者に対する関係は所謂「特別法と一般法との関係」となるべきであつて、前者の適用は否定せられ、後者のみが適用せられることは前に詳述した。

(2) 然らば被告人等に対する本件判示犯罪事実は、その犯行時（昭和二十四年十月初旬以降昭和二十五年三月頃）には刑法第百五十五条第一項に該当して、一年以上十年以下の懲役に処せらるべきものであつたところ、それに対する裁判時（昭和二十六年三月三十一日以後）には、それはたばこ専売法第七十一条第一号及同第六十五条の二に該当することゝなつて三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処せらるべきことゝなつたことが明かである。

而してかゝる場合も亦刑法第六条が「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキ」と謂うてある場合に該当するものと解するが当然である。

(3) 尤もたばこ専売法には、昭和二十四年六月一日の同法施行当初から、その附則に於て「旧法（改正前の煙草専売法）又はこれに基く命令に基いて処罰された者は、この法律に基いて処罰された者とみなす」（第六項）、「この法律施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」（第七項）、「旧法の違反については第七十九条の例による」（第八項）等々の規定があるが、これらの規定は、その配列の順序及び立言の仕方に鑑みれば、旧法（煙草専売法）と新法（たばこ専売法）との間の相関連し相対応する規定に関しての所謂経過規定であつて、新旧両法以外の法令との関係には及ばないことが明かである。

(4) 若し論者にして前記附則第七項に「この法律施行前にした行為に対する罰則の適用については、なお従前の例による」とあるのを捉え来つて「罰則の適用」とある「罰則」中には刑法を含むと解するが故に「なお従前の例による」とは刑法の適用をも意味するとでもしたら、それはこの種の立法上の立言が、総て所謂特別法自体の改廃の間に起つた罰則適用上の疑問を解消せんとする目的のみを以てなされてあるのであるという沿革及び法令用語体系を正解しないものであると謂はねばならぬ。

以上の如く、原判決は先づ(一)刑法第百五十五条第一項の規定に所謂「図画」の解釈につき、次で(二)たばこ専売法第六十五条の二及び同第七十一条第一号の両規定並に刑法第六条の規定の解釈につき、犯罪の成立又は刑の軽重に関し重大なる影響があるところの重要な事項を含んでおりこれに対し明確な判断を受けたいのであります。

以　上

昭和三〇年(あ)第一七一三号

決　定

本　籍　東京都大田区北千束町四〇九番地
住　居　同都豊島区千早町二丁目二四番地
会社重役　斎藤栄治　昭和二年五月一七日生

本籍および住居　東京都千代田区神田旭町一六番地
米穀商　吉田定吉　明治三〇年二月七日生

本　籍　東京都杉並区堀之内一丁目二二九番地
住　居　同都同区阿佐ヶ谷二丁目五七四番地
会社員　島村泰雄　大正一一年一〇月一九日生

本籍および住居　東京都台東区浅草馬道三丁目九番地
雑穀飼料商

昭和三三年四月一〇日決定　昭和三〇年(あ)第一七一三号

本籍および住居　栃木県佐野市高山町一七七四番地
煎餅商　相関半左衛門　二
明治四一年一一月二日生

本籍　東京都江東区深川佐賀町一丁目三〇番地
住居　同都葛飾区金町四丁目一六八八番地
雑穀飼料商　渡辺豊四郎
明治三〇年一二月二日生

本籍　福地藤一
大正五年一二月一日生

右の者等に対する食糧管理法違反被告事件について、昭和三〇年三月二二日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人斎藤栄治の原審弁護人笈川義雄、被告人吉田定吉、同島村泰雄の原審弁護人岩村隆弘および被告人吉田定吉ならびにその余の被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

被告人相関半左衛門、同吉田定吉、同渡辺豊四郎、同福地藤一、同斎藤栄治の弁護人笈川義雄の上告趣意第一点は、違憲

及び判例違反をいうが、原判決の俗に荷粉米という粳外米が食糧管理法二条にいわゆる米穀にあたる旨の判示は正当であるから、所論はその前提を欠くものであり、同第二点は、判例違反をいうが、所論判例は本件に適切でなく、結局単なる法令違反の主張に外ならないものであり（なお、この点に関する原判示は正当である。）、同第三点は、違憲をいう点もあるが、その実質は量刑不当の主張に帰し（なお、労役場留置期間を定めることは、判決裁判所の裁量に属する旨の当法廷判決判例集五巻一三号二四七九頁以下。憲法三七条一項の公平な裁判所の裁判とは所論のごときものを指すものでない旨の大法廷判決同二巻五号五一一頁以下。参照）、すべて、刑訴四〇五条の適法な上告理由に当らない。

被告人吉田定吉、同島村泰雄の弁護人岩村隆弘の上告趣意第一点は、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（刑訴四〇〇条但書についての大法廷判決判例集一〇巻七号一一七三頁以下参照）、同第二点は、量刑不当の主張を出でないものであり、被告人吉田定吉の弁護人神道寛次の上告趣意第一点の理由のないことは、岩村弁護人の上告趣意第一点に対し判示したとおりであり、同第二点は、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適法な上告理由に当らない。

よつて刑訴四一四条、三八六条一項三号により後記裁判官真野毅の少数意見があるほか裁判官の一致した意見で主文のとおり決定する。

裁判官真野毅の少数意見は、次のとおりである。

原判決は、第一審が本件被告人らに言渡した各罰金の判決を破棄自判し、右各罰金刑を重くするとともに被告人斎藤栄治に対し懲役四月執行猶予三年、同吉田定吉に対し懲役三月執行猶予三年を附加して言い渡したのであるが、記録によれば、その手続は書面上の調査のみによつたのであつて、事実の取調を行つた形跡は認められない。このように第一審が罰金を言渡した判決を第二審において破棄し自判によつて罰金刑を重くし、これに懲役刑を附加するには自ら事実の取調を行うこと

昭和三三年四月一〇日決定　昭和三〇年(あ)第一七一三号

を要し、さもなければ第一審に差し戻すべきものである（その詳細については判例集一巻三号チャタレー事件中少数意見参照）。この点において原判決は違法たるを免れないから破棄すべきものである。

昭和三三年四月一〇日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野　毅

裁判官　斎藤　悠輔

裁判官　入江　俊郎

昭和三〇年(あ)第一七一三号

弁護人笠川義雄の上告趣意

右被告人等に係る食糧管理法違反被告事件に付て上告の趣意を次の通り弁明する。

第一点　荷粉米を食糧管理法に所謂「米穀」であると解する事は憲法第二五条に違反すると信ずる。即ち

(一)　控訴審判決に於て「荷粉米と称するものは……主として指名競争入札の方法により特定の用途に使用する実需者に政府から売渡されているものである。」と判示して、右判示自体から明なように食糧管理法第一条所定の国民食糧の確保及国民経済の安定を図る為の同法二条に規定の主要食糧に用いられる屑砕の米穀（同法第二九条二項）とは全く観念的に異る事があまりにも明白である。

然るに突如として、特定目的のみに用いられ主要食糧としての適格乃至実質を持たないのに「本件糠外米はいわゆる荷粉米である事に拘はりなく同法二条にいわゆる米穀にあたる。」と結論している。

(二)　惟うに昭和二十三年(れ)第二〇五号食糧管理法違反被告事件同年九月二九日大法廷判決によれば「食糧管理法は、国民食糧の確保及び国民経済の安定を図るため、食糧を管理しその需給及び価格の調整並びに配給の統制を行うことを目的とし、この目的を達成するに必要な手段、方法、機構及び組織を定めた法律である。国家経済が、いかなる原因による

被告人　相関半左ェ門

同　吉田定吉

同　渡辺豊四郎

同　福地藤一

同　斎藤栄治

を問はず著しく主要食糧の不足を告げる事情にある場合に於て、若し何らの統制を行わずその獲得を自由取引と自由競争に放任するとすれば、買漁り、買だめ、売惜しみ等によつて漸次主食の偏在、雲隠れを来たし、従つてその価格の著しい高騰を招き、遂に大多数の国民は甚しい主要食糧の窮乏に陥るべきことは、識者を待たずして明らかであらう。食糧管理法は、昭和十七年戦時中、戦争の故に、主要食糧の不足を来たしたために制定せられたものであるが、戦後の今日と雖も主食の不足は、戦後事情の故になお依然として継続しているから、同法存続の必要は未だ消滅したものと言うことは出来ない。この点から言うと、同法は、国民全般の福祉のため、能う限りその生活条件を安定せしめるための法律である」旨判示している。

(三) 偖、荷粉米は主要食糧に用いられない事は証拠、いや判示でも明にしている処であるが、かような「国民食糧の確保」の同法の目的に質的に奉仕出来ない荷粉米を、食糧管理法に所謂「米穀」と断ずる事は出来ないのであると信ずる。

斯くて、一、二審判決のように糊等のような特定用途にしか用いられない荷粉米を食糧管理法に所謂米穀と認定したのは、又は荷粉米も食糧管理法の米穀というならば同法そのものが、遂に憲法第二五条に違反するか前記判例に違反する事となると確信する次第である。

第二点　控訴審判決は判例違反がある。

齊藤栄治被告人第一審判示三の事実（当弁護人控訴趣意書第二ノ一点援用）吉田定吉被告人の第一審判示二の事実（当弁護人控訴趣意書第三ノ一点援用）及び福地藤一被告人の第一審判示一の事実（当弁護人控訴趣意書第四ノ一点援用）相関被告人の第一審判示五事実については夫々、何れも東京高等裁判所昭和二七年一月三十一日言渡判例集五巻三号三一五頁の判例によれば同一又は継続した犯意の下に連続して行われ且同一の犯罪構成要件に該当し、且同一の社会的事実関係

を基盤とし更に犯罪の態様をも同じくする場合は包括一罪として処断出来る旨判示している場合と同様であるから包括一罪として処断すべきであると信ずる。然るに原審では刑法第四五条を適用し右被告人等に重要な影響を及ぼしている。

惟うに食糧管理法違反の犯罪を売渡す度毎に一個成立するとするならば、前記判例の趣旨からして到底納得出来ない次第である。従つて本件齊藤、相関、吉田、福地の判示公訴事実は包括一罪たる事は、その年月日、犯罪の態様にみて当然なのであるから結局前記判例に違反する事となるのである。

第三点　本件認定事実について、検察官の求刑意見は齊藤栄治被告人につき懲役十月及び罰金五万円、吉田定吉につき懲役八月、相関半左ェ門につき懲役六月及び罰金三万円渡辺豊四郎につき懲役三月福地藤一につき懲役四月及び罰金八万円であつた、一審裁判官の本件に対する量刑は齊藤栄治罰金八万円に、吉田定治は罰金九千円相関半左ェ門を罰金六万円に渡辺豊四郎を罰金一万円に福地藤一を罰金四万円に処断した。

更に控訴審量刑は齊藤栄治を懲役四月及び罰金八万円吉田定吉を懲役三月及び罰金三万円に相関半左ェ門を罰金八万円に福地藤一を罰金八万円に渡辺豊四郎を罰金三万円に（懲役刑は齊藤吉田共裁判確定の日から三年間執行猶予）で一、二審共二百円を一日に換刑の言渡である。

被告人の窮極の関心乃至被告人の家族の一切の苦悶は量刑である。松元威雄証人及び同人の昭和二七年二月二七日検事調書では明に荷粉米の所有権は政府として放棄しだものと思われるものである旨、設楽一夫証人及び同人の昭和二九年二月二六日検事調書では「どうしても飯米に向かないものは荷粉としての取扱いを致します。荷粉を含んだ総数量と現品領収書面数との差が食糧庁の決定した欠減許容量を超えた場合にはその超えた部分に対して弁償金を徴収する」旨各被告人の供述調書及び公判廷の供述は常に一貫して鳥の飼料にしかならぬと思つていたり、真黒な砕米で且つ夾雑物（石炭類砂等）が沢山入つていて到底食用にならぬものと思つていた旨夫々述べて居り、具体的にも正米を三割も混入して、やつと

品質の悪い「せんべい」になつているのである。謂はば廃物、全く食用に供し得られないものを砂通しをなし、何回も水洗いをなし、効用なきものに何とか価値をあらしめ、世に出そうとしたものである事は間違いなく、荷粉米は入札をしているし許された乃至違法でないと信じて為したのである。弁護人は各被告人の個別的な事情もさる事乍ら以上の点は第一点で実質的に主要食糧でないとの一論拠にした（一審弁論要旨第三記載の点援用）所であるが、斯ような犯罪成立するや否やの微妙な点をはらんでいる本件についてはその点を考慮に入れ一審量刑すらも重しと考えている次第であるのである。

然も、かように同じ物の流れによる量刑について、斯く迄区々まち〳〵の意見が対立するに対応して罰金に於ける換刑処分も又従つて夫々各人に相当異らざるを得ないのは全く以て当然といわねばならない次第である。然るに一、二審判決共に全く漫然と全被告人に対して一日金二百円の換刑に単に一律に処しているのである。

本件事実と量刑とを考えるならば、まづ、前記のようにまち〳〵になる事自体について或は又、若し判示量刑が正当とするならば換刑処分の金額が皆同じになる事について憲法第十四条又は憲法第三十七条に違反する事となるのであります。仍つて以上の諸点より上告の趣意を弁明致した次第でありまます。

以　上

弁護人岩村隆弘の上告趣意

右者等に対する食糧管理法違反被告事件について上告趣意を次のとおり開陳します。

第一点　原判決には憲法第三十一条に違反した違法があるから破棄をまぬがれない。

原判決は、第一審の被告人両名に対する量刑不当を主張する被告人及び検察官の控訴に対して、何らの事実の取調をせず又被告人等の弁解もきかず第一審の量刑は軽るしとなして刑訴法第四〇〇条但書により自判の上第一審の量刑より重き刑を云渡してをる。控訴審は刑訴法第四〇〇条但書により自判することができることとなつているが、それは被告人の憲法上並びに訴訟法上認められる基本的な権利を侵害しない場合に限つて認められるものであつて、一審判決を破棄自判し被告人に対して新らしく更に重き刑を云渡す場合には許さるべきものでないと解すべきものである。それは控訴審の本来の性質たる事後審という立場から考えて当然である。

憲法第三十一条は、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はれ、又その他の刑罰を科せられない、と規定してをる。この趣意は要するに被告人は公開の法廷において直接弁解の機会を与えられ且つ十分な事実の取調を受けて始めて刑を科せられるべきであり単に書面に基く審査のみで刑を科せられるべきでないことを云うものである。

本件において控訴審は一審の刑は軽きにすぎると判断するが、第一審の裁判官は親しく被告人に接し、その弁解や意見の陳述を直接にきき、心証を形成したものである。そこには書記官の記述した訴訟記録にあらわれていない事実即ち被告

被告人　吉田定吉

同　島村泰雄

人の容貌態度、言語及び陳述の内容等々あらゆる事実があり、それらの事実一切が綜合されて第一審の如き量刑が正しいという心証が形成されたものである。

然るに控訴審は単なる書面即ち訴訟記録のみによつて（それは前述した如き諸事実は何らあらわれてをらず、従つて事実上量刑判断の重要資料を採取することは到底できない）被告人にとつて最も重要な量刑を第一審判決より重くしてをる。第一審の刑より軽くするならいざ知らず、第一審の刑より重くするという場合に右の如く書面のみによつてこれを為して果して適格な判断が生じ得るかどうか疑はざるを得ない。

若し記録上量刑が軽きにはしらないかとの疑があれば直接に事実の取調をなし被告人に直接に接し、その意見弁解をきいた一審裁判官が何故かゝる刑を相当と判断したのか、それには書面である記録上にあらわれていない前記の如き事実もあり得るところから控訴審としても亦事実の取調、被告人の意見弁解を直接きいて見るのが正しい裁判である。

右のことは即ち憲法第三十一条の保証する一面である。このことは上訴手続においても同様であり規定がないからと云つて上訴手続がこれを無視し得るものではない。これを無視し得るものであつて刑訴第四〇〇条但書をその辞句通りに解釈して控訴審が第一審判決を破棄自判し被告人により不利益な量刑を書面審理のみで云渡し得るものとすることは憲法第三十一条の解釈を誤つたものといわねばならない。

従つて本件において原審が第一審の量刑を軽きにすぎるとの疑を持つならばすべからく第一審判決を破棄の上、第一審に差戻すか或いは自から事実の取調をなして被告人に直接意見弁解の機会を与えた上判断すべきものである。よつて本件において原判決は刑訴法第四〇〇条但書の解釈を誤り憲法第三十一条に違反した違法あるというべきものであるから破棄をまぬがれないと信ずる。

第二点　原判決の量刑は重きに過ぎ著しく正義に反するから到底破棄をまぬがれない。

原判決は被告人吉田定吉に対して懲役三月罰金三万円、執行猶予三年、被告人島村泰雄に対しては罰金八万円を夫々科してをる。然しながら被告人吉田及び島村が本件犯行を犯すに至つた動機及びその事情を詳細に考えて見るのに被告人吉田は当初相被告人斎藤が他より入手した本件米を砂通しをしてくれとたのまれ、これを引受けて砂通しを為したが全部きれいにならないのでその旨を斎藤に告げたところ、それではそのまゝでよいから買手を見つけてくれとたのまれたことに始まるのである。

そこで被告人吉田は甥の様にして可愛がつてをる被告人島村の小遣かせぎにでもしてやろうと考え島村をして買手を物色せしめ相被告人相関らがこれを買受けることとなつたのである。

従つて先ず考慮すべき点は法律上その行為が売買になるかどうかは別として被告人吉田の気持は自から買受けて、それを他に転売し不当に利益を得よう等の意思は毫もなく単に口をきいてあげようという程度のものにしか過ぎず、又被告人島村は世話になつている吉田を通じての話であつたので買手をさがしてあげましようという単なる仲介の程度の気持しかなかつたのである。

このことを世上横行するところの所謂かつぎ屋等の如き米の売買を生業としている者と比較するとき非常に同情すべき余地あるものといわねばならない。

被告人両名はかゝる行為をその生業としているものでもなく結局近くに住む相被告人斎藤が不法に入手した本件の米の砂通しをたのみに来たが為めに生じた結果であり被告人両名としては全く災難というべきものである。

更に本件の米の実体について考えるに控訴審は荷粉米とはいえ米があることには変りはないと断定してをるが、それは砂や小石がまぢり且つ色も黒くそのまゝ飯米として食用に例し得るものでない。従つてその総量において少くないとは云え、本件米の実質から考えて、本件の米の移動が食糧管理法の目的である国民食料の確保、国民生活の安定を図るという

ことをどれだけ阻害したと云い得るであろうか。

現に巷間に散在する飲食店、更には諸官庁内に存在する諸食堂の経営販売状態の実相から考えて本件の如き事案に対して懲役刑を科し或いは三万円とか八万円とかの罰金を科することは余りに権衡を失してをるといわねばならないと考えられる。

況んや本件事案に於いて被告人吉田は自から一銭の利益を得てをらず、被告人島村において利益あるというものの、それも亦極く僅少の額であり前記の如き諸食堂の公然たる継続的違反行為による利益の獲得と比較するとき原判決の量刑は余りにも過酷にすぎるものと云わざるを得ない。

被告人吉田は幼少の時より苦心してようやく現在の状態にまで至つた勤勉な者であり今原判決の如き量刑を科せられるに於いては、法規上、現在の生業を為し得なくなるものであり、被告人島村においても亦真面目な勤め人として生活してをるものでこれ亦原判決の如き過酷な罰金を科せられるにおいては妻子をかかえた被告人の現状からしてその生計は崩壊せざるを得ない状態である他方被告人両名は全く何気ない軽い気持で本件行為をなしたとはいえ、深く後悔し二度とかゝるあやまちをしない旨を誓つてをるものである。

それ故第一審裁判所も右の点を深く考慮してまことに相当な刑を云渡したものであると考えられる。

以上の諸点より考えると第一審の量刑を軽しとなして新らしく云渡された原判決の量刑は本件事案の真相を無視し甚しく重きにすぎ著しく正義に反するものと云うべきであるから当然破棄さるべきものと信ずる。

以　上

昭和三〇年(あ)第一七一三号

弁護人神道寛次の上告趣意

右食糧管理法違反被告事件につき上告趣意左の通り提出に及びます。

被告人吉田定吉

第一点

一、被告人吉田定吉は第一審宇都宮地方裁判所足利支部に於て食糧管理法違反として罰金九千円の判決言渡を受け被告人及検事双方から控訴申立があり第二審東京高等裁判所刑事第六部は検事控訴のみを理由ありとし第一審判決を破棄し自判に依り被告人に対し懲役三月及び罰金三万円但し懲役刑については三年間の執行猶予の判決言渡を為した。

右につき原判決は其の理由として

「検察官の控訴趣意、笹川弁護人の控訴趣意第二の三点第三の二点第四の一点第五の三点及び岩村弁護人の控訴趣意四点について

所論はいづれも原判決の量刑不当を主張するものであるところ、記録を精査しこれに現われている被告人等の年令、経歴、境遇、本件犯行の動機、態様、本件粳外米の品質、被告人等の本件犯行による利得額その他諸般の事情を斟酌考量するに原判決の被告人等に対する科刑は軽きに過ぎるものと認められるから、原判決の科刑過重を主張する弁護人等の論旨は理由がない。

仍て被告人斎藤栄治、同吉田定吉、同島村泰雄、同相関半左ェ門、同渡辺豊四郎の本件控訴は理由がないから刑事訴訟法第三九六条によりいづれもこれを棄却する、ことゝし検察官の本件控訴は理由があるから同法第三九七条に依り原判決を破棄することとし、なお記録並に原審において取調べた証拠により当裁判所において直ちに被告事件について判

決できるものと認めるので同法第四百条但書に則り判決することとする。

当裁判所の認定した被告人等の罪となるべき事実並にこれに対する証拠は原判決摘示事実並に挙示の証拠の通りである」と判示した。

二、然しながら右判決は刑事訴訟法第四〇〇条但書の解釈適用を誤り憲法第三拾一条に違反して被告人に刑を科した違法違憲の判決である、以下其の理由について陳述する。

(1) 刑訴第四百条但書は「但し控訴裁判所は訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取り調べた証拠によつて直ちに判決することができるものと認めるときは被告事件について更に判決することができる」と規定している。

右のように刑訴第四百条但書に「直ちに判決することができるものと認めるときは」と書いてあるからと云うても、それは控訴裁判所の主観的或は擅断的に「認め」るところに一任された法意ではないこと云うまでもない、客観的合理的正当性を具備しなければならない。

従つて控訴裁判所において破棄自判し得る場合は刑訴第三九二条第三九三条に基いて調査し直ちに事件に対する終局判決が可能なことが客観的に合理的に明白となつた場合に限られる、そのような場合としては

(a) 原審の記録のみによつて、即ち新たに事実の取調べをすることなく判決を為し得る場合で法令の適用の誤りなどが之れに該当する。

(b) 原判決を破棄するか否かの審査のためになされた原審の訴訟記録等の調査及び事実の取調べによつて必然的に判決し得る資料が得られる場合で之れに該当するものとしては、原審が不法に公訴を受理し又は免訴の判決をしない場合とか判決のあつた後に刑の廃止若くは変更又は大赦があつた場合等である。

(c) 原審の訴訟記録等の調査と控訴審における事実の取調べとによつて自判するに充分な資料が偶然に得られた場合

でこれは右(a)(b)以外の理由による破棄自判である。

(2) 本件にあつては原審は、事実の審理もせず新たなる証拠の取調べもせず被告人の顔さえも見ず第一審訴訟記録即ち書面審理のみによつて破棄自判し第一審において罰金九千円の被告人吉田定吉に対し新たに懲役三月罰金三万円の刑罰を科した、原審が吉田に対しこのような不利益な破棄自判をしたのは刑訴第四百条但書に則つたものである。然もその理由とするところは「第一審記録を精査し、これに現らわれている被告人等の年令、経歴、境遇、本件犯行の動機、態様、本件犠外米の品質、被告人等の本件犯行による利得額その他諸般の事情を斟酌考量するに原判決の被告人等に対する科刑は軽きに過ぎるものと認めるから原判決の科刑過軽を主張する検察官の論旨は理由がある」というだけである、従つて本件の破棄自判は第一審判決が法令の解釈適用を誤つたとか事実誤認を理由とするとかではなく或は又必然的に自判の資料が得られたのでもなく結局被告人に対する量刑、主として情状の点に関する第一審裁判所と第二審裁判所の評価の相違と云う点のみに帰着している、即ち前記(1)の(a)にも(b)にも該当せず第二審が事実審理をした上で(c)に該当する場合があり得るだけに止まる。

(3) 刑の量定は裁判官の裁量にゆだねられているが何を標準として刑の量定の当、不当を決すべきかは必ずしも明かではない、現行刑法は刑の量定に関する一般的規定を設けていない、又学説も応報刑説、一般予防説、特別予防説等々に分れて帰一するところがない。

しかし刑の量定についても裁判官の主観的な恣意専断や事務処理的な安易は許されない、客観的な合理性と正当性が必須の要件である、然して客観的な合理性と正当性の根底をなすものは裁判や検察は取締のためではなくして国民の基本的人権擁護を目的とする至高の使命に基いて評価され一貫されなければならない。

現行刑事法には刑の量定に関する直接の規定はないが刑事訴訟法第二四八条には起訴猶予の規定がある、「犯人の

性格、年令及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる」というのは実体的考慮のもとに検察官に起訴不起訴についての裁量権を与えたものである、これは被疑者の利益のための規定であると同時に人権を尊重し起訴不起訴を慎重にし公益のための規定でもある。

原判決は本件について「被告人等の年令、経歴、境遇、本件犯行の動機、態様、本件犯行の品質、被告人等の本件犯行による利得額その他諸般の事情を斟酌考量するに」と羅列してはいるが原審が直接審理したものは唯の一つも無い、例えば右判決理由中「本件犯行による利得額」とあるが、被告人吉田定吉は本件犯行外米によつて厘毛の利得をも得て居らない。

被告人吉田は相被告人斎藤から本件外米の砂通しを頼まれ、その工賃三千円を受領したのみで売買に関しては総て相被告島村に一任しその利得は総て島村に所得せしめたものであることは記録上（警察以来の被告人吉田及同島村の供述調書）も明かであり第一審検察官及第一審裁判所も諒知して居られたところである。検察官の求刑懲役八月に対し罰金九千円の判決言渡をされたことは直接審理によつて諸般の事実及事情が把握された結果に外ならない、被告人吉田に対する、求刑と第一審判決の結果が他の相被告斎藤、島村、相関、渡辺、福地の何れとも均衡を失する程に軽減され一見奇異の観をさえ抱く程であつたのは、直接審理の当然の帰結で刑事訴訟法の立前も亦茲にある。

(5) 量刑は生きた人間を相手にするのであるから、最少限度被告人に面接し其の人格を見なければ不可能である。量刑の本質論から云えば第一に刑訴第四〇〇条但書の運用として量刑の点については控訴審で事実審理を行い証拠を調べた場合に限定すべきものであり第二に被告人の意見弁解を充分に聞き防禦権を行使せしめた後でなければ重く変更することは許されない、第三に書面審理だけで破棄自判する場合同じ事実、同じ証拠を前提として審理するのは唯其の価値評価だけの問題であると主張する論者もあるがこれは観念論に過ぎない、然も此の場合直接審理した第一審と書

面（間接）審理だけの第二審とで其の何れが生きて居るか、其の何れが真実を把握し得られるかは論ずるまでもない、此の場合間接審理が直接審理に優位すると考えることは論理の逆立ちであり刑事訴訟法の口頭弁論主義を否定するものである、これは裁判の審級の上級審下級審の差によつて充足し得る問題ではない、形式ではなくして実質内容の問題である、口頭弁論主義を否定するばかりでなく裁判官の自由心証主義をも否定するものである。何故ならば書面審理だけで心証を得ようとする場合心証を得べき対象は原審の記録に現われた範囲だけに限定されざるを得ない、之れに反し第一審裁判官は記録に残された以外の現象即ち被告人の人格、証人の言動態度等直接心証を得べき貴重の資料を豊富に判断の用に供し得たことは自明の理である。殊に訴訟記録は速記や録音ではないから陳述の要旨、それも大要に過ぎない、従つて書面審理だけによつて量刑の点について破棄自判することは、量質共に第一審と同一の前提に立つものではなく量質共に第二審が制限された不自由な立場に在ることを銘記すべきである、これをもしも具体的事件に対し第一審と同一の水準に立つての自由心証というならば又何をか言わんや。

(6) 以上要するに原審が被告人吉田定吉に対し意見弁解の機会を与えず限定された第一審記録のみの審理に依つて被告人に不利益な判決を為したことは刑事訴訟法第四〇〇条但書の規定の適用を誤り憲法第三十一条に牴触して被告人の基本的人権を侵害したものある、尚茲で一言すべきは憲法違反というのは必ずしも憲法のどの規定、どの明文に其の儘明確にあてはまると限定すべきではなく、憲法の精神に反する限り憲法違反に該当すると解すべきことである。

(7) 刑訴第四〇〇条但書及憲法違反の点については既に最高裁判所昭和二十六年(あ)第一六八八号事件所謂三鷹事件の大法廷判決に於て貴重なる意見が出されて居るからその内から摘記援用して本件の論旨に加える。

(イ) 栗山裁判官及小谷裁判官の意見

刑訴第四〇〇条但書は控訴審に自判することを認めているけれども、控訴審はその性格上どんな場合にでも自判

が許されていると解すべきではない、すなわち控訴審は刑訴第四〇〇条但書の要件を具えしかも被告人の基本的利益を害しない場合に限り訴訟経済上、自判することが許されるけれども一審判決を破棄自判して被告人に不利益な刑を新たに科することは被告人の基本的権利を害するから許されないと解すべきであるというのがこの意見の要旨である、新刑訴法における事後審たる控訴審の役目は事実審である一審判決の当否を事後的に審査するにあるので、原則として事案の実体を覆審として又は続審として再審理するにあるのではない、それ故書面審理だけで事案を再審理するような結果になる場合は、訴訟経済になるからといつて控訴審が自判し得る場合には含まれないのであつてかような場合は刑訴第四〇〇条但書にいう「直ちに判決することができる」場合には当らないのである。

控訴審が刑訴四〇〇条但書により原判決を破棄自判する典型的の場合としては原判決に事実の確定に影響のない法令違反例えは確定した事実に対する法令の適用に誤りがあつて（刑訴三八〇条）その法令違反又は誤が判決に影響を及ぼすことが明かである場合に控訴裁判所が独自の見解により原判決の法令違反を是正するため原判決を破棄すると共に訴訟経済上直ちに自判する場合であると思はれる、これに対して原判決の事実誤認又は量刑不当を理由として被告人から控訴の申立があつた場合にこれを破棄して自ら有罪の判決をする場合は事実並びに情状の調査を必要とするからたとい原判決と同一若しくは軽い刑を言渡すときでも本来からいえば事実審たる原審をして再審理の上新な刑を量定せしむべきであろう。

しかしこの場合は原審の公開の法廷で被告人出廷の下に適法に取調べられた証拠により訴因の変更の許される同一の公訴事実の範囲内で新しい事実を認定し若しくは単に刑を軽減するのであるから、刑を加重するのとは異り、被告人に実質上新に刑を言渡すことにはならないし又被告人の基本的権利を侵害することもないのみならず刑のみの軽減は行政処分によつてもなすことが許されている位であるから（恩赦法第六条）裁判所が事実の取調べを

しないで被告人をして直接弁解せしめるための手続を履践しなくても正義に反するものではない、故に控訴審をして訴訟経済上原判決を破棄自判せしめても敢えて違法の問題を生ずるものではない、しかしながら原判決の事実の確定に影響のない法令違反がある場合であつてもその法令の適用を是正すると共に原判決より重い刑を言渡す場合又は原判決の事実誤認又は量刑不当を理由として検察官から控訴の申立があつた場合に控訴審が、一審判決を被告人の不利益に変更して例えば犯罪の事実の証明なしとして無罪を言渡した判決を有罪判決に変更して刑を科し又は原審が法令の解釈を誤つたため、その確定した事実は罪となるとして無罪の言渡をした判決を、右事実は罪を構成するとして、新に法令を適用し、刑を科した有罪判決に変更し、或は事実の認定を変えると否とに拘らず原判決の執行猶予を取り消して実刑を科し若くは無期懲役を死刑とするのはもとより、かりに一年の懲役刑を科した原判決を破棄して一年六月に加重するにしても六月だけは控訴審で初めて新しい刑を科するわけであつて、以上の場合は何れも控訴審で新に事案を審理したと同じ結果になる場合なのである、ところで茲に注意しなければならないのは、憲法第三一条によれば控訴審が刑事被告人に公開の法廷で直接弁解する機会を与えて事実の取調をすることなく単に書面審理によつてかような新しい刑を科することは許されていないことである、同条の保証するところは原則として、刑事被告人は公開の法廷で直接弁解する機会が与えられた公正な審理を経なければ、その生命若しくは自由を奪われ刑罰を科せられないということである、同条の保証するところは原則として刑事被告人は公開の法廷で直接弁解する機会が与えられた公正な審理を経なければ、その生命若しくは自由を奪われ刑罰を科せられないということである。……中略……それ故憲法は上訴制度及び上訴手続については何等言及していないからといつて法律の定める上訴手続が憲法三一条の保証を無視することは許されないのは明である。それを刑訴四〇〇条但書に「控訴裁判所は訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取調べた証拠によつて、直ちに判決をすることが

できるものと認めるときは、被告事件について更に判決をすることができる」と、規定しているから控訴裁判所が書面審理だけで原判決を破棄自判の上新しく刑を科しても、当不当の問題にはなつても敢て法律の定める手続に反しないから違法の問題を生じないなどという解釈を下すとすれば、それは憲法第三一条と刑訴四〇〇条但書との本質的な関係を誤解しているものである、控訴裁判所だからといつて訴訟経済のために被告人の弁解もきかないで書面審理だけで新しい刑を科することが許されないのは、同じ理由で事実審裁判所が書面審理だけて被告人に刑を科することが許されないのと毫も異るところがない、憲法第三一条はかような専断的な裁判手続を禁止しているのである。

(ロ) 谷村裁判官の意見

およそ控訴審において控訴を理由ありとし一審判決を破棄自判する場合において自ら事実の取調をすることなく訴訟記録並びに第一審で取り調べた証拠だけで、しかも被告人の基本的権利に影響ある裁判、例えば無罪を有罪に し刑の執行猶予を取消す裁判（破棄自判）をすることができるかどうかについて、従来最高裁判所小法廷の判決は これを積極に解しておるのであるが、(一)一審の執行猶予を取り消し実刑に処した事案に関する昭和二五年(あ)第二九八一号同二六年一月一九日第二小法廷判決(二)一審の無罪判決を有罪判決に変更した事案に関する昭和二五年(あ)第三四五〇号同二六年二月二二日第一小法廷決定及び昭和二六年五月(あ)第一二二三号同二七年七月二二日第三小法廷判決）私は右判例の対照象となつた事案の場合と更らに本件のように検察官の控訴により一審の無期懲役を死刑に変更するような場合においては、控訴審は控訴理由ありとして第一審に差戻すか然らざれば自ら事実の取調べをした上でなければ自判することはできないと解すべきであると考える、換言すればかような場合はもはや四〇〇条但書による破棄自判の限界を超えているのである、以下その理由を述べる。

刑訴四〇〇条但書のできた趣旨が訴訟経済の見地から出ていることに鑑みるとき、控訴審で破棄自判をするあらゆる場合に常に必ず事実の取調をしなければならないものとする、ことは法の趣旨に副はないことになる、といつて、また如何なる事案についても事実の取調をしないで裁判所の裁量で破棄自判ができるとすることも正当でないのであり自らそこに限界があるのである。そしてその限界を何処に求めるかということになるのであるか、その概念としては直ちに破棄自判してもその結果が被告人の基本的権利を害さない場合、例えば事実の認定に変りがなくただ法令の適用を是正するために破棄自判する場合或は刑の廃止または大赦があつて原判決を破棄して免訴の言渡をする場合の如きは典型的な事例であつて、これを一審に差戻したりまた自ら事実の取調をしなければ自判ができないとすることは徒らに無用の手続を繰り返すにすぎないから、かような場合は直ちに破棄自判することが訴訟経済であり、そして被告人に不利益を与えるものでないから但書の規定に適合する場合である。要するにその限界は訴訟経済と被告人の人権の保障とをにらみ合せ具体的事件について四〇〇条但書制定の趣旨の範囲を逸脱しないように判断すべきであり、苟も訴訟経済に名を藉り被告人の基本的権利の保障を犠牲にすることがあつては法の趣旨に反するのである。この見地から私は前に引用した小法廷の判例の事案である、(一)刑の執行猶予を取消す場合、(二)無罪の判決を有罪に変更する場合と更に、(三)一審の有期の懲役刑を無期としまたは無期有期の懲役を変更して死刑とするような場合において、直ちに破棄自判することはその限界を超える最も明らかな場合であるから控訴の理由があると思料するにおいては一審に差し戻すべく、もし破棄自判する場合は自ら事実の取調をした上でなければこれをすることは許されないものと信ずる、このような場合は被告人にとつて裁判を受けるにあたり重大な不利益を受ける虞れのある危険に曝される場合であるから被告人に対し公開の法廷に出廷して防禦の機会を与えなければ基本的人権の保障に欠けることになるからである。そして本件は正に右三の場合に該当するものであつて、検察官の

控訴に対しただ原審の取り調べた証拠と訴訟記録だけで人の生命を奪う刑として最も重大であり峻厳である死刑の判決をするにあたつて何等事実の取り調べを行はず被告人に防禦の機会を与えずその意見弁解を聴くことなく検察官の一方的控訴理由を容れて被告人に死刑の判決をすることは基本的人権の保障をうたつている刑訴法の根本精神に反し人命の尊重に忠実でないもので憲法三一条の精神にも悖るものである。

多数意見は理由の一として控訴審において破棄自判する場合殊に刑を重く変更する場合は客観的に見て自判の結果が差戻しまたは移送後の一審判決よりも被告人にとつて不利益でないということが確信される場合でなければならないこと勿論であり若しこの確信が相当と認められる場合は自判により一審の無期懲役刑を死刑に変更することもまた必ずしも違法ではなく本件はこの場合に該当すると言つているがこのような理由は本件の如き事案について は必ず被告人を公判廷に出廷せしめ防禦の機会を与えることが裁判の要件であるとする見解から見れば的外れの議論であり首肯するに値いしない。なんとなれば控訴審が自ら事実の取調べをする場合被告人は当然公判に出廷して検察官の控訴理由に対し防禦の機会を与えられることになり、裁判所は被告人の提出した資料と控訴理由とを具さに考覈した結果当初の心証を覆えして控訴棄却の判決をすることもあり得べくまた一審に差し戻した場合において一審裁判所は控訴審の量刑過軽の判断に拘束されるため従来の資料だけでは被告人は死刑の言渡を受けることになるのであろうが被告人は公判廷において意見を述べまた新たに資料を提出する等充分防禦の手段を尽すことができるのであるから一審裁判所は新たな資料に基づき情状を判断して検察官の量刑過軽の主張が理由がないと認めれば必ずしも控訴審の判断に従わなければならないこともないのであり、またもし不利益の裁判を受けた場合は被告人は、更らに控訴もできるのであるから（この場合控訴審でも新たな資料に基づいて差し戻し前の控訴審の判断と異なる裁判をすることも可能であると解する）控訴審において直ちに破棄自判する場合に比べ被告人の権利の保証に

おいて著しい相違があるのである。従つて多数意見が前叙の見解のもとに本件は一審に差し戻しても一審で言渡される法定刑は死刑以外にないという観点に立ち、従つて自判しても被告人に不利でない場合であるとなし、原審の措置を正当としていることは控訴審における事実の取り調べ並びに差し戻しにより行われる訴訟手続の効果を看過した議論である。

以上の理由により原審が刑訴四〇〇条但書を適用して本件を破棄自判したことは法令の解釈を誤つたもので著しく正義に反するものであるから前に述べた少数意見の外この点からしても刑訴四一一条により原判決を破棄し原審又は第一審に差し戻すべきである。

(ハ) 小林裁判官の意見

刑事審判手続の重要な原則の一つである更新手続と比べてみると前述の理由はさらに明かである、更新手続は公判開始後に裁判官のかわつた場合に行うものであるが、この基本たる考えは裁判官の関係において直接口頭審理主義を徹底するにあることというまでもない、すでに終了した手続特に被告人又は他の訴訟関係人の供述若しくは取り調べた証拠についても本来かわつた裁判官が調べ直すという考えに立ち、どこまでも裁判官の直接独自の心証を期待しているのである、従来この本来の趣旨に基く手続につき、訴訟関係人に異議のないこと、又は同意あることを条件として簡便な省略手続きが行われ刑訴規則にもその規定が置かれたが（刑訴規則二一三条の二第一号但書第三号但書第四号）これは訴訟経済の見地から無益なくりかえしを避けるためであつて決してはじめからかかる形式的な省略手続を予期しているのではない、のみならず更新において許される起訴状の要旨の陳述を省略した場合でも被告人及び弁護人に事件につき陳述の機会を与えることを定め、また前に取り調べた証拠について省略手続をとつた場合でも被告人其他の訴訟関係人の意見及び弁解を聴かなければならないことを定めている（前同条第二号第五

号)。この趣旨を推し進めれば審級を異にし全く裁判官がかわつた控訴審においてはなおさら第一審で取り調べた証拠につき少くとも被告人の意見及び弁解を聴かなければならないことは自明の理である。控訴審なるが故に刑事審判の重要な原則に基礎をおく更新手続の本旨が特に行われないでいいという理由は全く認めることはできない。以上の点から考えても本件における原審の手続は違法たるを免れないのである。

第二点

原判決は被告人吉田定吉に関し判決に影響を及ぼすべき重大なる事実誤認(刑訴第四百十一条第一項第三号)がありそのために刑の量定も甚しく不当(同法同条第二号)となつたものであり仍て刑訴第四百十一条に依る破棄理由がある。

一、検察官の原審における控訴趣意書に依れば

第一、本件は営利目的の犯行であり各被告人共相当多額の利益を得ているものである。

第二、本件は利得額であり各被告人の供述調書(記録第三五九丁乃至第五一〇丁)によれば、

(ロ) 被告人吉田定吉、同島村泰雄の利得額は第一回取引において二万一千九百六十円第二回取引において一万二千百五十円で各被告人共相当多額の利益を収めている。

と述べ以て第一審判決の量刑過軽を各被告人一律に主張している。

右検察官の主張に対し原審は第一点に述べたように何等の事実審理を行うことなく、書面上で検察官の主張を鵜呑みにして破棄自判したこと前述の通りである。

二、仍て記録を閲するに

第一審における第五回公判調書(記録五五三丁乃至五六一丁)には次の記載がある。

被告人吉田定吉の供述

笈川弁護人

ある一定以上の刑罰に処せられると営業を取消されて了うという事があるのか、

「米穀商は都知事の許可を受けてやつているのですが罰金壱万円以上の刑罰に処せられると営業を取消されて了うのです」

それは判決確定後か、

「左様であります然し判決が言渡されると事実上はお目こぼしで営業をやらして貰つていると云う始末です」

裁判官

罰金壱万円以上の刑に処せられると営業が取消されるいう事は間違いないか、

「間違いありません」

検察官の意見

本件控訴事実は各証拠により証明十分である、本件争点を要約すれば次の三点に帰着すると思われる。即ち第一は被告人吉田、島村、相関、渡辺の各行為は単に幇助に過ぎないや否や、第二は本件荷粉米は非常に粗悪であつたかどうか第三は本件荷粉米は食糧管理法の適用外のものであるかどうか、これら三点について考察するに、先づ第一点の幇助であるかどうかという点については何れも本件取引について直接に売買の交渉をし、そして利益を得ているのであるからこれは売買の当事者であることは疑問の余地はない。第二点については……中略……各被告人は本件取引によつて次の如く利益を得たものである。即ち斎藤栄治が八万四千円島村泰雄が三万一千九百円余、相関半左ヱ門が第一の取引において二万六千四百円第二回目は自家消費、被告人福地藤一が五万四千円千六百二十瓩は自家消費、渡辺豊四郎が二千円森下繁次郎、斎藤清吉、斎藤いつは何れも自家消費で、利益を受

けなかつたのは吉田定吉のみである。仍て相当法条を適用し……以下略

三、以上の記載によつても判るように被告人吉田定吉が寸毫も利益を受けなかつたことは論告において検察官自身が結論しているところである、検察官の控訴趣意書に引用されている記録第三五九丁乃至第五一〇丁の何れを精査しても被告人吉田が利益を得たことを証明する資料は存在しない、否反対に被告人吉田に関する限り利益を得ていなかつたことが立証されている。

そればかりではなく右記録を精読するならば被告人吉田は最初斎藤から唯単に本件外米の再搗精砂通しを頼まれただけに過ぎず作業の結果搗いても精白不能であつたので斎藤が他に転売することを決意し斡旋を依頼されたので被告人吉田の甥に当る相被告人島村泰雄にこれを話し、右島村が直接折衝して相被告人相関及渡辺に転売したものであつたことが明瞭に看取される。従つて被告人吉田は当初から自分自身が売買によつて利得を挙げようとの意思を持つたことは無く又売買の当事者となつたものでもないこと之れ亦明瞭である。唯問題の荷粉米が被告人吉田の工場においてあつたため島村が取り引するに当り吉田の名義を出したこと、及び授受に当り保管者の立場上吉田が関与せざるを得なかつた等のため本件被告事件に捲き込まれたに過ぎないことは容易に窺知出来るところである。

第一審の検察官が論告に於て被告人吉田のみは利益を受けなかつたことを論告しながら、何故に利益を受けなかつたかの根底を極めることをせず、論告前段において『何れも本件取引については指値がありそして自己の責任において直接売買の交渉をし、そして利益を得ているのであるからこれは売買の当事者であることは疑問の余地はない』と主張し相被告人島村、相関、渡辺と十把一束に論告した、ことは被告人吉田に関する限り首尾矛盾している。

四、第一審裁判所が直接審理の上本件取引の真相、就中被告人吉田の本件における立場及其の役割を究明し、且つ同人の経歴人格、事件に対する責任感、其の後の行動等を具さに審査した結果求刑懲役八ヶ月に対し罰金九千円の判決をなされたもので何等軽きに過ぐるものではない。殊に罰金九千円としたについては第一審裁判所の周到なる注意が窺知できる、それは前掲第一審第五回公判調書の冒頭に記載されているように罰金壱万円以上の刑罰に処せられると食糧管理法施行規則第二十条第一号により営業取消しを受けるので被告人吉田の情状を酌量し法の親心、法の温情を注がれたもので将に生きた判決というべきである。

五、以上要するに検察官が控訴趣意書に記載している事実自体が被告人吉田に関する限り検察官の主張（第一審論告の事実）と矛盾している、この矛盾した検察官の主張事実を其の儘鵜呑みにして破棄自判した原審判決は刑訴法第四百十一条に所謂判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認を犯し又そのために刑の量定を著しく不当にした違法があり破棄を免れない。

右陳述に及びます。

以上

昭和三〇年(あ)第三二五五号

判　決

本　籍　朝鮮全羅南道順天郡順天邑大手町二九番地
住　居　岡山市西大寺町六一番地　関貴星方
バチンコ店従業員
松岡徹こと
呉　徹
大正一四年四月二一日生

右に対する贓物牙保、たばこ専売法違反被告事件について、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被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。

被告人を懲役四月及び罰金五〇〇〇円に処する。

右罰金を完納することができないときは金二〇〇円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置する。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

弁護人神川貫一の上告趣意は、先ず贓物牙保の点につき違憲をいうが、被告人の自白が所論のごとく強制によるものであることは、これを認むべき証拠がないから、その前提を欠くものであり、その余の同点に対する所論は、単なる訴訟法違

反、事実誤認の主張を出でないものであり、次に煙草専売法違反の点につき判例違反をいうが、所論判例は、本件に適切でないから、その前提を欠くものであり、同点に対するその余の主張は、事実誤認、単なる法令違反の主張を出でないものであり、また、被告人本人の上告趣意は、事実誤認の主張に帰し、すべて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

しかし、職権をもつて調査すると、たばこ専売法二九条二項の販売とは、不特定、多数人に対してなす目的を以てなされる有償的譲渡行為を指すものであることは、当法廷の判例とするところである（判例集一一巻三号一二七五頁以下参照）。しかるに原判決の引用した第一審判決の判示第二事実中の金恒渡外一名が権奇雲に本件煙草を売り渡した行為が右のごとき不特定、多数人に対してなす目的を以てなされた有償的譲渡行為であることは、一件記録に徴してもこれを認めることができない。果たして然らば、同判示のごとく被告人がこれを周旋をしたとしても、同条項の販売をし又はこれを幇助したものということができない。従つて、この点の被告人の所為は、罪とならないものといわざるを得ない。それ故、原判決には、刑訴四一一条三号又は一号にいわゆる判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認又は法令の違反があつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。

よつて、原判決を破棄し、同四一三条但書により直ちに判決をするに、被告人の賍物牙保の所為は、刑法二五六条二項、罰金等臨時措置法二条、三条に該当するところ、被告人には、第一審判決判示の前科があるから、同法五六条、五七条に従い懲役刑につき累犯加重をした刑期、並びに、前示罰金額の範囲内で被告人を主文二項の刑に処し、罰金を完納することができないときは同法一八条により被告人を主文三項の期間労役場に留置すべく、訴訟費用については刑訴一八一条を適用すべきものとし、また、たばこ専売法違反の所為については、刑訴四一四条、四〇四条、三三六条により無罪の言渡をしなければならないところ、同違反の点は、前記賍物牙保の所為と一個の行為にして二個の罪名に触れるものとして訴因、罰条を追加したものと認められるから、特に主文において、無罪の言渡をしない。

この判決は、裁判官岩松三郎が退官につき合議に関与しないほか、裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官　大津民蔵公判出席

昭和三三年四月一〇日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野　毅

裁判官　斎藤　悠輔

裁判官　入江　俊郎

弁護人神川貫一の上告趣意

右賍物牙保、煙草専売法違反被告事件の上告趣意は左記の通りであります。

一、原判決中賍物牙保については重大なる事実の誤認があり且つ判決に影響を及ぼすべき法令の違反がある従つて右判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認むべきものあり即ち憲法第三十八条二項の強制による自白を証拠として採用し有罪の認定資料にいたしておる憲法違反がある。

煙草専売法違反については重大なる事実の誤認を為し最高裁判所の維持しておる大審院の判例と相反する判断をしておる之又破棄を免れぬと信ずる。

二、先づ賍物牙保の事実誤認等

賍物の知情の点については未必の故意を認むべきか否か太く疑わしいといふのが真相である、然るに原審は控訴趣意書にも記載しておるやうに検事の強制に基く被告人供述書を証拠としておる点を認容し抽象的な「独自の見解」とか「証拠の取捨選択価値判断を非難し延いては原審の事実認定を攻撃するに外ならない」などもんきり型の言辞を以て排斥し被告人の過失と見るべきを看過しておる。

被告人は

最初警察署に於て（記録一二五丁）「私は本年一月下旬頃知合の金谷の世話で伴つて来た中村から煙草ピース千個、光五百個を買つたことについて之が盗んだ品物だといふことは唯今調べを受けておるが私はその煙草は本人等が盗んだ物と

松岡徹こと

被告人　呉　徹

は知らずに買つたのです、（この買つたといふ供述をとることが既に誤認である）金谷が買つてくれといふたときおかしいなあと思い売買は禁止されておるが（さう言つたか疑問）どうして手に入れたかときくと金谷は実はわしも知らんのじや東京の友人が持つとるのじや怪しい物と思ふならその男を連れて来るから直接話を聞いてくれ金に困つとる。――風呂敷に包み運込んだ私はその時に若し偽物ではないかと中味を抜いて調べた、中村はそんなに疑うならあんたに売らなくともよいといふ私はどうして入手したかときくとバチンコが本職で一回に二三本（五十個入二三本の意）は取る自信がある、バチンコ屋で取つたといふ、私はその時さうとれることは普通ではあるまいとも思つたが又相手が上手に説明するので本職なら取れることもあるだろうと思つたので余り疑つても悪いと思いそれじや世話をしよう私は金がないから何処かへ話をしてあげる云々――煙草の売買は一般には禁止されてゐることを知つとるのかとお尋ねですがそれは煙草屋の外出来んことは能く知つとるが出所何処にせよ本人が盗んだものとは思いませんでした」ときつぱり知情の点を否認しておる。

ところが検事調べに於ては一つの調書に於て「他に売れば小遣儲けになると思い盗んで来たものであるかも知れんと思い乍ら売る世話をした中村も金谷も怪しいものではないといふていた私は右申した理由よりその煙草はひよつとしたら盗んで来たものであるかも知れんと考へ乍ら煙草は偽物ではなく小遣儲け位に思込んで――私は若しかしたら盗んで来たものであるかも知れんと思つて疑い乍ら受取つた」と供述しておる。

次で賍物を持参した中村等は（記録七十七丁）「私はその男に（呉）煙草が千五百個ある怪しい物ではないから買つてくれないかと頼んだのです所が相手は私を疑つて警戒して来た、私はバチンコ屋で取つたと言い自分はバチンコで二百ケ位取る自信があるとうまく申向けたのです相手はそれじや持つて来なさいと言ふことになつたのです」と供述しおる。

今その彼我全供述書を綜合し検討するに盗犯は絶対に賍物性を被告人に申向けていない否進んでバチンコ屋でスタンプ

入のない物を取り得ると自信たつぷりの申入を為し被告人又若干疑ふやうにもみられるがそれを又打消し盗犯の申入を信じたやうにもみられる、被告人は彼自身作成の控訴趣意書記載の如くにせ物か真物かそれを確めたといふ通り主として此の点に心理がうごいておるようである、従つて煙草の一般禁止云々で専売法違反になつて原判決の如く罰せられるなど感じなかつたのである、それは賍物といふ認識がないからである、弁護人の主張する点は右の供述書中未必の故意の具体的事実がしつこい程同一の調書に於て書上げられている点である、之は被告人が原審でも陳述しておるやうに検事が被告人の知情の否認に対し強いて自白させた実情そのものであるといふことが窺い知れると信ずる若し夫れ被告人が素直に自白したものならあゝ迄しつこく同じことの「ひよつとしたら」といふ趣旨の供述をならべて書上げられるわけがないと信ずる。この事は被告人が検事さんは一向信じてくれませんでしたいゝ加減な心にない事云々の被告人抗争の陳述の事実は肯定し余りあると信ずる。

之を要すにバチンコ華かなりし時代五十個入の箱を摑んで出入する事実珍らしからざる既往の事実を思へば被告人が知情の点を否認する理由もあり得ることで結局未必の故意ありと断定するには叙上の事実からしても洵に疑わしきものと言わなければならぬ、疑わしきは被告人の利益へといふ原則からして原審が被告人の知情の点を積極に確認した点は重大な事実の誤認と言わなければならぬ、尚右上申の要旨を裏づけするものは被告人の勾留当初はバチンコ経営を責任者として開業し早々五日目で被告人不在にしては店舗の経営十分ならざるため検事の言いなりになつたがそれでもこれ位の事

煙草代金として銀行支払の小切手額面五万参千七百円を受領するや自己名義を以て該金員を受領しおることなど夫が犯罪となると思惟しおるならば何で銀行より受領するが如き態度に出るであろうか又その紳士的行動として不法の利得は育児院に寄附した心掛など何卒之等の諸点を含み被告人名義の控訴趣意書御査閲あらんこと偏へに御願いして止みません。

三、次で煙草専売法違反につき

記録一九三丁に「売ってくれといふので私は断つたが間違ない品物だと言ふので私も一応断つたが一ヶ所心当りがあるのでそこをきいて見るから若しいけなければ持つて帰ってくれといふたのですそして結局世話するやうになつた」と供述しおり「売捌きの目標は」といふ問に対し「別に当もなかつたのです権奇雲といふ人を知つておるので心安くもありあの人に言へばどうかなると思いました」「それ以外は」といふ問に対し権の所へ行つて駄目だつたら持つて行くからと申し他に別に当はありませんでした」と供述しておる、抑も同法に謂ふ販売とは不特定多数の者に売渡す行為をいふので本件の如き一人の特定者を目当に売渡した行為は法の謂ふ販売といふことは出来ぬ然らば多数者に売渡す意思の下に権奇雲に先づ売買の契約をしたかの点につき右述ぶる通り権の所で引受けてくれなければ持つて行つて返すと申入れていたと主張している点から多数へ販売する意思を認容する余地はない、だから本件被告人の権奇雲に売買の周旋を為したりといふ売買が煙草専売法に謂ふ売買に該当しない以上原審が之を有罪と認定したことは重大なる事実の誤認であり従つて斯る事案に同法七十五条四十九条一項を適用したことは法令の適用に誤ありと言わなければならない且右積極に認定が著しく正義に反すること贅言を要せぬ、仮に百歩を譲り被告人が賍物の認識を有して売買の周旋を為したるものとせんか若しこの場合に於ては明治四十三年(れ)一八五二号同年十月十五日大審院第一刑事部の判決に謂ふ所の

葉煙草を窃取したる犯人がその賍物たる葉煙草を処分したるときは他人の財産権を侵害する関係に於て後の処分行為は前の窃取に因り既に領得したる目的物に対し横領の目的を実行したるに過ぎざるを以て前の窃取行為が窃盗の罪名に触

るゝの外後の処分行為は別に何等の罪名にも触るべきものに非ず従つてこの場合に於ては刑法第五十四条第一項後段の適用なきものとす。

といふ判例に従い被告人の行為は本犯の従属的行為で実行者が一身的理由に依り責任なき場合に於ては他の共犯者なる本件被告人の如き前示所為は矢張処罰されないと解すべきである、即ち最高裁判所が此の判例を維持に変更しない以上被告人の本件所為はこれにより罪とならず従つて原審は最高裁判所の判例と相反する判断をしたことゝなり刑事訴訟法第四百五条一項二に該当するので之又破棄を免れぬと信じます。

以上

昭和三〇年(あ)第三二五五号

被告人の上告趣意

右贓物牙保煙草専売法違反被告事件につき上告趣意書は左の通りです。

事件以来検察並に警察当局に種々御迷惑を御掛け致して居ります事を心から痛感して居る次第であります私は本事件について曩に第一審懲役一年第二審懲役六ヶ月の求刑を受け今更乍ら後悔して罪の深さ更に自己の如何に軽卒さに伸吟して居る次第で有ります。

然し乍ら私は本件に就て決して最初から故意や悪意を又は儲主義によりて此行為を敢行したものでない事を改めて申し上げます。私は過去に於て偶然にも意思なきにも不拘ず不良仲間の誘わくにかゝり浅墓の心間違から官に迷惑を御掛して未だ其当時の経験と責任と苦痛なりし事を苦慮致し更に日本国に在る私として社会に如何にして補ひ得るかに奔明に努力して来た者で御在居ます。此の時に当りて昭和廿九年一月廿六日岡山市西川町一〇に居住の際、何某から煙草を御世話致しました事が此の事件専売法違反並に贓物牙保に問われたので御在居ます。本件の相手方に対しては再三念を押し或は不正の無有又は当時は偽物が横行して居りましたので其煙草を自ら手を取つて真偽を正しましたが明かに正しい物でもあり更に同人は絶対に不正の物でもなければ自分もバチンコ屋に出入して一日に相当数の煙草も取得するしもし此の煙草が売れなかつたら明日の仕事にも困ると申して居りましたので私はそれ程困つて居るのなら自分の知つて居る処へ交渉して見て上げ様と但し万一売れなかつた時には君に返してもよいかと念を押しました同人も其れを納得致しましたので先方へ掛合ひましたら買つてもよいとの事で自分に之れが悪い品物と云ふ事が半信半疑であつたなら裏通りを歩いて行くのが当然と思ひますが正しいと

被告人　松岡徹こと　呉　徹

思ひます為めに昼堂々としても交番所前を煙草と言ふ事が確実にはつきり判る風呂敷包として運搬致したので御座居ます。尚煙草代も私の名義で小切手と引換に兵庫相互銀行より受取つております。其後私は人助けをしたかの感じを持つて忘れて居りました処、偶々昭和廿九年三月頃突然交番所の方から御呼出になりまして何の御用かと思つて出頭致しました処御前は煙草を他に売つて居るだろー、との御尋ねでありましたので自分としては不正の物を世話したのではないので其の事実を詳細に申し上げました、其の後検察庁の方から御呼出しになりまして検事様の御取調べを受けて第一審第二審とも有罪となつたのですが検事様の御取調も自分として不満の点は

検事問　盗難品と思つたか或は悪い品では無かつたかとの御尋ねでありました。

答　私は其んなあやしい品物ではないと度々主張致しました。

検事　ひよつとしたらあやしい物と思ひ小遣反分に世話する気になつたんだらう。

と検事は申されました。

更に検事様は其事のみを理由に強くひつこく取調べをせられ私も当時岡山市巌井寿町にて遊技場を経営して五日後の事であり何日も止め置かれたなら大事な事業が烏有に期するのでは無いかと心に心配があるのみでありましたので此の事件が此の様な事に成るとは思わなかつたので私は一日も早く出して貰ふ意味でハイハイと申しましたのが此結果となつたので御在居ます第一に売りに来たものを信用した事第二には事件を強要された事第三には一日も早く帰宅したかつたと言ふ事が今日取返しがつかない事になつて唯今では殆どその事のみを心配苦悶して神経衰弱にまで追ひ込まれ悶々の日をすごして若し私が不幸にして囹圄の身となりましたなら罪なき子供に将来の身を悪影響に落入、妻女にまで迷惑を掛けるのみか現在私は岡山市西大寺町六拾一番地遊技場ハワイ責任者の信用を受けて居る矢先きに此の様な事となりましたなら一家の不幸を見るのみか店に対しても申訳けなく今後は絶対に官に対し迷惑を掛ける事は絶対に御ちかいしてやみません如何か今日に限り御寛

大なる御処分を御願ひ致したいと心から念願して已みません今一度内容と事実を検討を御願ひする次第で御在居ます。

以　上

（昭和三十年十二月二十四日付）

昭和三一年(あ)第二八二一号

決定

本籍　横浜市保土ヶ谷区釜台町五番地
住居　大阪市浪速区塩草町一一五〇番地　塩草第一住宅四五号
薬品商　武内正治
明治四五年一月一日生

本籍　大阪市東区平野町三丁目二五番地
住居　神戸市東灘区本庄町青木四六番地　青和荘アパート
会社員　南野正博
大正三年二月一四日生

本籍　神戸市葺合区八雲通一丁目一番地の一
住居　同市同区旭通二丁目二四番地
貸ビル業　川辺徳太郎
大正元年一〇月一六日生

本籍　島根県邇摩郡温泉津町湯里大字西田二一六番地
昭和三三年四月一〇日決定　昭和三一年(あ)第二八二一号

住　居　神戸市兵庫区下祇園町市営住宅二号

会社員

内田敏

明治四〇年七月一四日生

右に対する麻薬取締法違反各被告事件について、昭和三一年六月一八日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人武内正治の原審弁護人表権七、被告人南野正博の原審弁護人市井栄作および各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人武内正治の弁護人表権七の上告趣意は、単なる法令違反、量刑不当の主張を出でないものであり（第一審判決の擬律に関する原判決の判示は正当であり、また、他へ売却斡旋方を依頼して引渡すがごときは、麻薬取締法の譲り渡しに当ることというまでもない。）、被告人南野正博の弁護人市井栄作の上告趣意は、量刑不当の主張であり、被告人川辺徳太郎、同内田敏の弁護人中垣清春の上告趣意は、事実誤認、量刑不当の主張であつて、すべて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また所論につき記録を調べても同四一一条一号ないし三号を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三三年四月一〇日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野毅

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　入江俊郎

裁判官　下飯坂潤夫

昭和三一年(あ)第二八二一号

被告人　武　内　正　治

弁護人表権七の上告趣意

右の者に対する麻薬取締法違反被告事件に付き左の通り上告の申立を致します。

原判決は第一審の懲役壱年弐月の実刑の判決に対し控訴棄却の言渡をしたのであるが其の刑の執行を猶予しなかつた事は量刑甚しく苛酷に失し社会正義に反する程度の量刑不当があり破毀を免れないものと信じます。其の理由は

第一、本件の麻薬は麻薬取締法別表第二十三号に基き昭和二十九年三月一日政令第二十二号により同日新たに指定された（同政令の指定の六）麻薬であり、同法（本法）第二十四条第一項、第二十六条第一項、第二十八条第一項により許可を受けた麻薬営業上等の所定の資格を有するものにあらずして譲渡、譲受け、所持をしてはならない麻薬であり之れに違反した時は同法六十五条により五年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処すべき麻薬である、而して同法第十二条及第六十四条を適用し七年以下の懲役に処すべき麻薬でない事は原審が之れを認めてゐる通りである。

尚本件麻薬取締法第六十五条を適用すべき麻薬も、同法第六十四条を適用すべき麻薬も之れを営利の目的を以つて違反取扱ひをした時には同法第六十六条を適用すべきものである点に於ては同一である。

而し第六十六条の法定刑は七年以下の懲役及罰金五十万円以下に処すと規定し、懲役刑の点に付いては第六十四条と同一であり、只罰金刑についてのみ営利目的の場合限度額を高めてある丈である、処が同法第六十五条を適用すべき麻薬は非営利の場合は五年以下の懲役で営利を目的とする場合に初めて同法第六十六条により懲役七年以下の適用を受くるものである。

即ち同第六十六条は営利目的の場合は法第六十四条を適用すべき麻薬も、法第六十五条を適用すべき麻薬も同一法条の

下に処罰するとは云ふものの、其の犯状は自ら差があり実際の量刑については巾の広い法定刑内に於て其の量刑の手加減は裁判官に委されてあるものである。

処が第一審判決は本件麻薬につき同法第十二条を適用すべからざるにこれを適用して同法第六十六条を併用し懲役一年二月を科したのは過まりであつて同法第二十四条第一項、第二十六条第一項及第二十八条第一項とを適用すべきものであつた事を認め乍ら、営利の目的の為め結局第六十六条を適用せねばならないから判決主文に影響を及ぼすべき程の法令違反とはならない旨判示した事は、明らかに判決理由のくひ違である。

営利の目的の有無に不拘、本来七年以下の懲役に処すべき重要な麻薬を違反取扱ひしたものと、営利の目的がない場合には本来五年以下の懲役に処すべきものを営利の目的がある場合に於てのみ法定刑の最高限度を七年以下の懲役に高め得るものとが仮りに同じ営利の目的が伴つた故に刑式上は同じ同法第六十六条を適用するとしても、どうして其処に両名の麻薬のいづれに認定するかにより判決主文に影響を及ぼさないのかの実質理由の説示としては原判決が明かに理由不備か、理由に喰ひ違ひのある判決であつて、斯くの如き明かに理窟の通らない理由を以つて不当に第一審判決を支持した原判決は正に判決の尊厳を害し裁判に対する国民の説服を妨げるものであつて、正に社会正義に反する程度の情状の違反あるものとして破毀を免れないものと信じます。

第二、次に何故に麻薬取締法は同法第十二条を適用すべきものと同法第二十四条、第二十六条、第二十八条の各第一項を適用すべきものとを区別したかを按ずるに、原審控訴趣意書提出後に入手した資料（別紙添付の窪田彌太郎と云ふ別件の麻薬取締法違反の被告人の書簡）によれば麻薬取締法第十二条を適用すべき塩酸ヂアセチールモルヒネの麻薬は普通人に対する鎮痛作用の有効量は千分の一及千分の〇・五瓦で、致死量は千分の五瓦位で、塩酸モルヒネの鎮痛作用有効量は千分の二又は千分の一瓦にして致死量は百分の三瓦位である等に対して、オートロン（本件スパトナールと同じもので商品名

だけ発売者によつて命名が違ふもの）の鎮痛作用有効量は五十分の一・五瓦又は五十分の一瓦を要し致死量は十分の一瓦を要する位であつて、

即ち後者の麻薬は前者の麻薬に比して其の中毒作用に格段の相違あるものである、此の点は第一審証人金森豊の証言によつても、オートンも禁断症状を伴ふ作用はあるが其の症状は他の麻薬類及覚醒剤等に比較し比較的軽度に終ると漠然乍ら云うてゐる証言と一致するものであり、

又本件麻薬が麻薬に指定された経過、殊に他の麻薬は明治政府に於ける大政官布告以来取締られて来たのに対し本件麻薬は漸く九十年も遅れ、国連事務局総長の通牒により漸く麻薬に指定されたものであり、而も他の麻薬法は麻薬取締法の本法の別表に直接別記されてゐるのに本件麻薬は右別表第二十三に基き政令により指定された位のもので、いはば本来の麻薬に準じて漸く取締の対象に入れる様になつたが、其の格合に於ては自ら軽重の区別あることは法令自体の示す所である。

麻薬とは云へ覚せい剤よりも禁断症状も軽るく、又濫用の虞れについては覚醒剤は快楽的作用が強く此の点塩酸ヂアセチルモルヒネと似ており、甚だしく濫用の危険が多く、他戒の為め厳罰を要する必要性の切なるものがあるのに対し、本件麻薬は鎮痛作用、主として外科医の手術用等に用ひられ快楽作用と反対の作用のものであつて濫用の虞れも少く他戒の必要性も軽度である事は比較にならない位である。

只、覚醒剤や他の麻薬が厳重に取締られてから、其の検挙を虞れるものが自由使用を許されていた本件麻薬を安心して使へるので覚醒剤や他の麻薬の代用に用ひるものが出て来て其の中毒患者が数字に表はれる様になつた事は第一審証人金森豊の云ふ通りであるが、本件麻薬も取締りされる様になれば、同じ検挙の危険を犯してまで敢へて、快楽を伴はない本件麻薬を使ふ者は殆どない訳であつて、他戒の必要は少いのであります。

以上の如く中毒效果も少く他戒の必要性も薄いものと其の反対のものとの法令の適用の間違つてゐた事を発見し乍ら判決主文に影響のない法令適反だと云ふ原審判決の如きは文明国の裁判としては到底存在を許し得ない無暴な事を宣言した判決として社会正義の許し得ないものであつて破毀を免れないものである。

宜しく原判決を破毀差戻し今一度前記窪田彌太郎書簡記載の本件麻薬の性能に関する専門家の証言又は鎮定取調べの上にて量刑を再考すべきものであります。

第三、第一審判決は被告人等が本件麻薬含有のスバトナール注射液を「引渡して譲渡し」と判示したが、譲渡は所有権の移転を意味するものである、従つて麻薬取締法第十二条は譲渡、譲受の外に交付を別に規定しており交付を処罰するは同条を適用すべき前叙の重要な麻薬についてであつて同法第二十四条第一項は譲渡を処罰しているが交付を処罰していない。

而して本件に於ては被告人武内は相被告人南野に対し売却方を依頼して交付した丈であつて所有権を移転したものではなく売れなかつたら戻せと云つてゐるので関係人の供述によつても売却委託の為め交付したに過ぎない事は明かである、然るに第一審は同法第十二条を適用したが故に交付も違反としたが、同条を適用すべきでなく、同法第二十四条を適用すべき事を明かにしながら、本件が交付に過ぎない点を見逃がした点は罰すべからざるものを罰した重大な違反がある、仮に同法第二十八条を適用し其の所持を処罰する場合は訴因変更を為さずしては公訴事実外の事実を処罰する事となるものである。

如斯重大明白な事実誤認は判決の尊厳を害し社会正義に反するものである。

第四、其の外被告人は本件麻薬を医師に売るのだとの相被告人南野の言を信じ依託したのであるが、その言が信じられなくなつた時取戻しを計つた位である、麻薬取締法は医師の取扱ひを特別扱ひにし之れを信用する建前で規定しており被告人も亦医師に売るなら治療上用ふる以外濫用の虞れなしと考へた事も穏当な考へであり社会を害しない事を注意した情状がある。

其の外控訴趣意書記載の一面の情状を玆に引用する、之等の情状と前記事情を綜合した時、原審が被告人を懲役壱年弐月の重刑に処して省みなかつた事は正に量刑苛酷に失し社会正義に反する程度のものであつて到底破毀を免れないものである。

仍つて上告をする次第であります。

以上

昭和三一年(あ)第二八二一号

被告人　南　野　正　博

弁護人市井栄作の上告趣意

右之者に対する麻薬取締法違反被告事件に付き左の如く上告趣意を申述する。

原判決は著しき量刑不当であり、刑事訴訟法第四百十一条に該当するから破棄さるべきである。

即ち原判決は被告人南野を懲役一年に、川辺、井手を各懲役六月に処して居るが、此の量刑は明かに事案の真相を突き止めず、川辺、井手の陳述書と提する事実に則せない供述書を過信した結果である。

川辺、井手に命せられ使ひ歩きした被告人南野が主犯よりも重く罰せられた如きは裁判の公正の原則に反するものである、即ち量刑不当と謂はさるを得ない。

尚本件の麻薬の製造元である訴外西村正が八万五百本もの大量を製造したに拘はらず懲役一年六月であるに比し、被告人の取扱つた数量が尠い点より見ても被告人の懲役一年は重きに失する。

以上の理由を以つて上告人の趣旨と致します。

以　上

昭和三一年(あ)第二八二一号

被告人　川辺徳太郎
同　内田敏

弁護人中垣清春の上告趣意

右麻薬取締法違反被告事件について上告の趣意を次の通り陳述する。

一、被告人両名は第一審京都地方裁判所において被告人川辺徳太郎は懲役六月に、被告人内田敏懲役八月にそれぞれ処せられ之を不服として大阪高等裁判所に控訴の申立をなし同裁判所において控訴を棄却する旨の判決を受け之に対し本件上告の申立に及びました。

二、原判決は、(一)判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり且、(二)刑の量定が甚しく不当であつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。

第一、本件薬品が麻薬であることの認識については第一審は

(A)　被告人川辺が五月二十二、三日頃すでに井手、南野、小海のいる席上で本件薬品について聞知していたこと。

(B)　五月三十日頃京都の中村船長が布引ビルに来たさい被告人川辺が積極的に中村に本件薬品の売却方を申込んだこと。

(C)　五月三十日頃井手、南野、小海のいる席上で南野から本件薬品が市販禁止の麻薬の一種であることを告げられ且井手、南野が薬を舐めてみたこと、被告人川辺も舐めんとしたこと、井手が二度なめて舌がしびれると云つたこと。

(D)　被告人川辺が被告人内田に対し紙片（本件薬品について記載したもの）を渡し且それを破らせ又これは麻薬の一種であることを告げたこと。

等の事実によつて両被告人にその認識があつたものと判断したものと認められる。しかし乍ら

(一) 本件薬品は昭和二十九年十二月に大阪の西村某がその製造販売を取締られるまで市販せられていたものであり、そのさいも西村の販売先である本件相被告人武内その他の薬局はいづれも所持薬品の任意提出により（おそらく知情の立証が不能であつたことが根本原因であつたと推定しうるが）何等の刑事処分を受けずに済んだのである。かような薬品について薬学上の知識のない被告人川辺が仮に南野から若干の示唆をうけたとしても根本的にそれが麻薬であると認識しうる筈はない。（被告人川辺は本件薬品につき歯痛や胃けいれんに効く鎮痛剤ときいていた）

(二) 前記五月二十二、三日の出来事は被告人川辺としては全く関知しないことである。

これは南野が本件薬品を大阪の武内方から布引ビルに持参しない以前のことであつて被告人川辺は何等関知していない。

被告人川辺が本件薬品を知つたのは五月二十八日であつてそのさい南野から「胃けいれんや歯痛によく効く鎮痛剤である」と告げられたものである。五月三十日頃中村船長が来たさいの事情は被告人川辺が積極的に中村に薬品の売却方を交渉したものではない。井手、南野、その他数名が三階事務所に居合せ井手から被告人川辺に中村に対し席を外して一寸聞いてくれと云われたので被告人川辺が中村を二階事務所に連れてゆき間もなく井手が降りて来て井手、中村との間で話がすんだのであつて被告人川辺は単に中村に席を外させる役をしたのに止るのである。

薬をなめた点については被告人川辺が偶偶井手、南野が薬をなめている所に行き合せた丈で自らはなめていない。

被告人内田に対しては南野を紹介したに止る。別段薬の説明はしていない。自己が南野から聞知した程度を伝えているに止まる。もとより麻薬の一種であると言つたことはないのである。

もつとも相被告人南野、井手は前記(A)(B)(C)(D)記載事項に符合する法廷外供述をしているけれどもこれらの供述は後記の

如く措信できないものである。

次に被告人両名と相被告人等の法廷外供述についてであるが当初被告人内田敏が六月一日に逮捕せられている。そのさい京都の中村船長も同行せられているが直ちに帰宅せしめられその後被疑者とはなつていないようである。被告人内田は自己の逮捕を被告人川辺の密告によるものと誤信したのである。従つて被告人川辺に対し強い憎悪を感じ終始その供述は被告人川辺との関係のみを強調し南野のことには殆どふれていない。南野、井手も又被告人川辺が本件を密告したものと誤信し被告人川辺も麻薬であることの認識が十分である旨強調しているのである。南野としてはおそらく本件が麻薬であることを知らなかつたということは極めて困難な事情にあると思われる（武内と共に西村某の事件に関連しているため）若し南野、井手が川辺の本件薬品に対する知情の点について川辺に有利な供述をしたと仮定すれば（真実は有利な供述をすべきであるが）おそらく川辺の容疑ははれたと思われる。しかし南野、井手としては川辺に密告されたと思つていたので右の点について川辺に極めて不利な供述（虚偽の供述）をしたものと認められる。

被告人内田についても本件薬品が麻薬であることの情を知らなかつたものであることは、被告人川辺との関連において本件薬品に関係していることから当然である。

以上被告人両名としては本件薬品が麻薬であることを知らなかつたものと認定すべきに拘らず原審が有罪の認定をしたのは重大な事実の誤認である。

第二、量刑不当について

仮に右事実誤認の主張が認められないとしても左の事由によつて原判決は量刑不当であつて被告人両名に対しては刑の執行猶予が相当であると思料する。

(一) 本件事犯の内容について

本件麻薬が昭和二十九年十二月頃まで事実上市販せられていたもので通例の塩酸ヂアセチルモルヒネと異なり国連の特別の要請で麻薬取締法中に加えられたものである。このような薬品について被告人が明確に麻薬性を認識しなかつたことは常識的にも十分考慮しうることである。

殊に前記の如く西村某の事件については相被告人武内、南野は格別被告人等二名としては直接関係しないことで同事件の内容、性質を知りうる筈はないのである。仮に被告人川辺が南野から若干の知識を得ていたとしても、おそらく南野も麻薬性を強調したものとは考えられない。要するに本件薬品の従来の取扱い、従つて之に対する両被告人の認識からすれば本件は通常の麻薬事犯と同様に厳罰性を妥当と考えることは相当でない。

(二) 被告人川辺には

(イ) 前科その他何等の刑事処分がないこと。

被告人は当四十二年であつて現在社会的に中流階級の地位を占め従来麻薬事犯は勿論何等の前科非行はなく本件の如き事案でたとい懲役六月としても従来の地位、経歴を一朝にして喪失せしめる前科者とすることは余りに酷である。

(ロ) 被告人の家庭は実父（当七十七年）を始め妻（当四十二年）及び男子（十七才より八才まで）六名を扶養し被告人は一家の支柱であり、被告人が実刑に服せんか全家族は精神的に又経済的に全く疲弊してしまうことは火をみるより明らかである。この家族のためにも何とか被告人を救済して然るべきであると思います。

(ハ) 本件の動機及び結果

被告人が貸ビル業を営み井手、南野とその事務所を同一建物内に持ち且電話が被告人の事務所に一本より設置されてなく井手、南野等不在の場合被告人が取次いでいたことが被告人を本件の如き事犯にまきこましめられた尤も

特異な条件であつてこのことは本件の犯情としても十分同情しうる。又井手が事務所使用料六ヶ月（昭和二十九年十二月以降同三十年五月まで）合計金六万二千円を延滞しており井手が本件薬品を転売してその利益中より右延滞使用料の一部を支うこと申向けたので被告人もついその売買斡旋に口をきいたのである。本件の結果は幸にして他に転売されず現物を押収せられ実害なきに終つている。右の如き事犯の動機及び結果からしても刑の量定上十分斟酌しうると思います。

(三) 被告人内田について

被告人内田は前科なく且最高学府を出て、現在高校一年生、中学二年生、小学六年生の三児を養育し、三栄建設株式会社総務課長として相当の社会的地位を有している。

本件は偶々被告人川辺と知己であつた関係上一時的に関係したもので何等計画的又は悪質のものでない。本件によつて何等現実の利得なく又社会的実悪を与えるに至つていない。

本件によつて被告人をして一朝にして前科者とすることは酷である。

以上原判決には著しい刑の量定不当である。

三、前陳の如く原判決にはその判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認むべき量刑不当又は事実の誤認があるので本件上告に及びました。

以上

昭和三一年(あ)第三三五九号

判　決

本　籍　福島県郡山市字方八丁四番地
住　居　同県同市字兵庫田五番地
新聞記者
河　野　勝　平
明治三〇年一〇月一日生

右に対する名誉毀損被告事件について、昭和三一年七月一二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

被告人の上告趣意は、憲法二一条違反の主張を除く以外は、事実誤認の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

また、憲法二一条は、言論の自由を無制限に保障しているものではない。そして、原判決の是認している第一審判決判示のごとき記事を新聞紙に掲載しこれを頒布して他人の名誉を毀損することは、言論の自由の乱用であつて、憲法の保障する言論の自由の範囲内に属するものと認めることができない。このことは、当裁判所大法廷判決の趣旨とするところである（民事判例集一〇巻七号七八五頁以下参照）。されば、右違憲の主張は、採ることができない。

昭和三三年四月一〇日判決　昭和三一年(あ)第三三五九号

昭和三三年四月一〇日判決　昭和三一年(あ)第三三五九号

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。

昭和三三年四月一〇日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野　毅

裁判官　藤　悠輔

裁判官　斎　入江俊郎

裁判官　下飯坂潤夫

昭和三一年(あ)第三三五九号

被告人の上告趣意

右に対し昭和三十一年七月十二日宮城県仙台高等裁判所に於て名誉毀損罪の下に懲役三ヶ月三年間の刑の執行猶予の判決を受けましたが、左記の理由に依り上告致しました。

理由

一、被告河野勝平は本事件には何等関係のない事は第一、二審共相被告武藤長次郎が証言して居る通りで河野は岩代毎夕新聞社の代表者であつて、直接取材編集は武藤の言う通り全責任は武藤にあるので、何等関係のない事は明確である事。

一、万一被告河野勝平が共犯なりと断定されても本裁判は憲法第二十一条に違背した裁判であつたと申上げる。

一、憲法二十一条に明らかに言論の自由を認てある同法の精神は悪人は現行犯を以て処断出来得るが我々人類社会に害悪を流布する悪人以上の不善者に対しては現行法に於て何等制裁を加える何ものもない只一つ此の不善者に対しては正しき言論を以て輿論に訴えて反省を促し以外に途がないのである。故に正しき言論は自由であるとされたものと信ずる。

一、然るに本件は告訴人が市長なるが故に正しき人物なりと盲信して告訴人の身辺を何等調査もなく一方的に有罪と為したるは明らかに憲法第二十一条を無視した裁判である。

一、告訴人郡山市長丹治盛重は現職を悪用して同市燧田町寿泉堂綜合病院長医学博士湯浅大太郎氏が高血圧病にて全身不随であるを奇貨として同氏夫人である当時教育委員長の湯浅音枝と醜交を結び同夫人は病夫を置きざりに毎日毎夜丹治盛重と遊び廻り公式の席上へも何のおくめんもなく二人手をつながんばかりの態度で出席するなど常識を以て考え得られぬ醜行は市民衆知の事実である。

被告人　河野勝平

一、本社同人は此の醜行を見るに見かねて此の不善者に対し断呼言論機関を通して輿論に訴えて反正をうながさんとした。
一、だが市長丹治盛重と教育委員長湯浅音枝の地位を考慮して、只ペロ丹市長深夜墓所散歩と云うゴシップ記事を掲載して
両名に反省を求めたものでいわゆる警告を発した警告文に過ぎないものである。
一、告訴人は自己の不善行為は何等反省するまでもなく却つて本社を告訴するなぞ言語同断の行為と言わざるを得ない。
一、以上のゴシップ記事を以て告訴人の素行も調査せず愚にもつかぬ記事を証拠として言論機関を有罪にするならば中央に
於て発行される大新聞大雑誌は毎号毀損罪に問われる事は必至で引いては言論の弾圧ともなると思う。
一、以上を以て被告人は人間社会の癌である不善行為者に反省を求めただけで敢えて他意のない事はお判りの事と思う。
依つて原審破毀無罪の御判決を賜り度上告致した次第であります。

以　上

昭和三二年(あ)第一二〇号

判　決

本　籍　青森県五所川原市大字飯詰字福泉七三番地
住　居　函館市堀川町五八番地
　　雇　春藤清
　　大正一四年一〇月二六日生

右に対する強盗殺人、死体遺棄被告事件について昭和三一年一二月一八日札幌高等裁判所函館支部の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人丸尾美義の上告趣意について。

死刑を定めた刑法の規定が憲法九条、一三条及び三六条に違反するものでないことは、当裁判所昭和二四年新(れ)第三三五号同二六年四月一八日大法廷判決（刑事判例集五巻五号九二三頁以下）及び昭和二二年(れ)第一一九号同二三年三月一二日大法廷判決（刑事判例集二巻三号一九一頁以下）の示すところであり、又憲法二五条に違反するものでないこともこれらの大法廷判例の趣旨により明らかである。（なお、憲法二五条一項の法意は、個々の国民が国家に対し具体的、現実的権利を有するものでない旨の大法廷判決判例集二巻一〇号一二三五頁以下参照）されば、被告人を死刑に処した第一審判決を是認し

昭和三二年(あ)第一二〇号

昭和三三年四月一〇日判決　昭和三二年(あ)第一二〇号

た原判決をもつて、所論憲法の各規定に違反するものということはできない。

被告人の上告趣意について。

所論は事実誤認及び量刑不当の主張に帰し、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また、記録を調べても、同四一一条二号、三号を適用すべきものとも認められない。

よつて同四一四条、三九六条、一八一条一項但書により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　吉河光貞公判出席

昭和三三年四月一〇日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野　毅

裁判官　斎藤　悠輔

裁判官　入江俊郎

裁判官　下飯坂潤夫

昭和三二年(あ)第一二〇号

強盗殺人、死体遺棄

被告人　春藤清

弁護人丸尾美義の上告趣意

原判決は違憲であるから破棄せらるべきである。

第一、本件第一審判決は昭和三十年十月廿四日被告人に対し死刑の言渡をなし同年十月廿六日被告人は控訴の申立を為したるに対し原審札幌高等裁判所函館支部は昭和三十一年十二月十八日控訴を棄却し第一審死刑の判決を維持する言渡をなしたものである。

然れとも日本国憲法では死刑を規定した刑法の規定は同法第九十八条によつて無効であるから原判決は破棄せらるべきである、その理由概ね左記の通りである。

第二、日本国憲法（以下単に憲法といふ）第二章第九条は戦争の放棄を規定したか、この戦争の放棄は憲法の根幹の一つである平和主義を表示するもので平和主義は新しい日本国家か普遍的な国際政治道徳の原則を遵守して「自国のことのみに専念して他国を無視」するか如きことをやめ暴力主義を否定し「専制と隷属、圧迫と偏狭を永遠に除去しようと努めてゐる国際社会」の各誉ある一員として他国の主権を尊重すると同時に「自国の主権を維持し他国と対当関係に立たん」とするものでその本質は暴力を排し理性を本旨とし各国の平等と自律、自由の原則を根本とする国際的民主々義に外ならない斯る戦争放棄といふ民主々義を一方に於て強調する憲法か他方に於て国内的に死刑を認むることは彼此矛盾するものと謂はねはならない戦争は国家の絶対性の為めに個人に対し生命の犠牲を強制するもので戦争の放棄は之と反対に国の絶対性を否認し個人と生命、自由の優位尊貴性を肯認するものとも謂ふ可く国際的民主々義、平和主義に立つて戦争を放棄し乍ら個人の生命を奪ふ死刑を肯認することは根本且深刻な矛盾と謂はねはならない。

憲法は死刑の存在を否認する前提の下に戰争を放棄したものと解す可きである。

第三、個人尊重の原則と死刑との関係。

憲法第十三条は個人尊重の原則を宣言してゐる「すべて国民は個人として尊重される」と表現してゐる原則の根抵には
いかなる国民も社会の一員として生存を認めるといふことか前提とせられてゐる。
個人の生存を否定することによつて＝死刑を認め乍らその個人を尊重するといふことは論理上あり得ない従つて犯罪人
特に殺人犯人にあつても彼か国民の一員であることに変りはないのであるから彼も個人として尊重し生存を承認せられな
ければならないから犯罪人たる国民の一員に対し死刑を科することは個人尊重の原則を認むる憲法の精神に反するものと
謂はねばならない。

同法第十三条后段には「生命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」と規定されてゐる。

この生命に対する権利は自然権の一つであり憲法以前の権利で生命を維持し保持する権利である。
公共の福祉とは単に多数者の利益の意ではない。
若之を多数者の利益と解すれば憲法第十三条后段は一人の国民を生かして置くことか多数者の利益に反する場合には生
命に対する権利も保護しないとの結論になるかこの結論は誤つて居る何んとなれば憲法第十三条は絶対的個人主義、絶対
的個人尊重主義であるからである国家の絶対性は否定され個人の絶対優位性か認められてゐるからである公共の福祉は最
后の一人の利益をも無視しない看過しないところの全体の利益である従つて個人の最後の一人に至るまでその最后の一人
か殺人犯人であつてもその者の生命を無視しないことか公共の福祉である故に一人の国民か生存することか公共の福祉に
反するとの理はあり得ない。

憲法第十三条の個人尊重の原則の根抵はすべての国民に生きる権利を承認する思想によつてゐることを見ねはない。
茲にも死刑を否定する憲法の精神かあると謂ふ可きである。

第三、死刑は残虐刑であるから憲法第三十六条により絶対に禁止せられたものである。
憲法三十一条は形式的には法律をもつて規定すれば死刑は罪刑法定主義に反するものでないかの如き外観をなしてゐる
か第三十一条は第三十六条残虐刑絶対禁止の原則により実質的に制限を受け死刑を規定した刑法条規は憲法に違反すると
解する。

日本国憲法の母法は米英国の憲法で憲法三十六条は之等の国の憲法に由来する然る所米英国の憲法は端的に残虐刑を禁
止してゐない「残虐にして且異常」な場合に禁止せられてゐる異常性の制限内に於ける残虐刑を禁止してゐる。
憲法第三十六条は異常性の有無に関せすいやしくも残虐な刑罰は無条件に端的に之を絶対に禁止する旨を宣言してゐる
茲に彼此母法と異るものあるのである。
従つて我国に於ては異常性に関らず残虐なるか否かによつて岐れるのである。
然らは問題は死刑か残虐なるか否か死刑かそれ自体に於て残虐なものであるか否かに帰する。
人か人を作為的に殺す死刑か残虐であることは人の社会通念上残虐に該ること明瞭である若し之を残虐ならずと謂ふ者
あらは彼は精神的欠陥者か嗜虐性精神倒錯者であることは常識の頼く了承する所である。
死刑か残虐ならすと結論つける者あらは世に残虐な刑といふものは存在しないと謂はねばなぬ。
貴裁判所は数次の死刑判例に於て
死刑は窮極の刑罰であり冷厳な刑罰であると宣言せられてゐる冷厳な刑罰とは冷酷厳粛な刑罰との意とせは貴庁は既に死
刑か冷酷なもの厳粛なものなることは宣明せられたのである。

冷酷厳粛なものと残虐なものとは社会通念上一体その表現の方法の差異あるのみその実体は同一なりと思料するか何処にその差異を見出す可きか、

死刑は洵に残虐刑に該ると確信する即憲法第三十六条の絶対に禁止する所であると思料する。

第一、刑罰の根本理念たる教育刑の観念よりするも死刑は違憲に該る。

刑罰の本質か応報か教育かは古くから争はれた所である憲法第三十六条の残虐刑禁止の宣言は応報刑を禁止排斥したと共に憲法第十三条と第二十五条（生活権保証の原則）の精神に照して考察すれは我憲法は教育刑の理念を採つたものと謂はねならぬ而して十三条の精神に依れは犯罪人と雖も個人として尊重するとのことは犯人が再ひ善良なる国民の一員として社会に復帰するものとして尊重するの意であり同二十五条の生活権保証の精神は受刑者をして精神的に健全に文化的社会の正常な一員に復帰するの権利を保証したもので之か為めに国家は最善の努力を払ふことを保証したのである。

法は刑罰の本質を教育刑に置く変革を明かにしたものである。

既に教育刑理念を採つた以上国家は犯罪人の社会復帰のため最善の努力を保証し犯人たる国民に対し善良て有用な社会の一員として社会に復帰し得る能力を認めたものでこのことは犯罪人の改善、教育、希望、道徳的再生を所期するものであるこの理念よりするも死刑は存置す可きではない。

以上叙述の如く憲法の下死刑を規定した刑法の規定は憲法第九十八条により無効とせられたものであるから原判決は違憲に該り原判決は破棄せらる可きものと思料する。

以　上

昭和三二年(あ)第一二〇号

強盗殺人、死体遺棄

被告人の上告趣意

私の「強盗殺人死体遺棄」被告事件に係る上告趣意書左の通り提出する。

記

一、前判決に於ける誤認指摘（左記（一）内は判決謄本の記載に依る）資料に供する。

1　（被告人茂木、同春藤は二十八年二、三月頃山本健次と共に三、四十万円の纏つた金を一儲けしようとその手段を謀議した）……とあるが、二十七年の誤りと思う。茂木から犯行に参画の慫慂を受けたが三人で謀議した事実はない。犯行の献立は茂木一人の画策に依るもので彼は此の事件に関しては口癖のように万事俺の指示通りやれば絶対曝露の懸念はないと豪語していたもので私は被害者の名前も事件当日知つたのでした。

私は当時安定所通の日雇人夫として親子三人の貧しい家計を維持し偶々非番の折は「アテトーゼ病」にて軀の自由の利かない茂木の伴呂として手伝い若干の報酬を得てゐたので謂わば主従関係の立場にあつた為、私の一方的な打算的利害関係を顧慮し、又一方彼の企画も彼の病体に基因する性格の齎らす盲想で実現性に乏しいものと重視しませんでした。因みに犯罪に使用した薬品は二十七年の四月頃、茂木に「これは大切なものだから粉くしないで保管して呉れ」と依頼され所持していたが同年六月頃何んな薬か試す積りで生後五、六月位の自分の飼犬にその薬品を小量牛乳に混せて飲ませると即死したので怖気が付いてその一部を市内西署の大東刑事に提示し他に未だある旨告げたが残りの薬品に付いては同刑事より何等の指示なくその儘所持し事件に使用された訳です。以上の事実に徴しても私は茂木の殺人に付いて謀議してゐない事が肯定される事と思います。犯行の折も負傷の為入院してゐた私を訪れた茂木が、私に犯行に使用

被告人　春藤　清

される家の主人になり済してゐる丈で宜いからと依頼されその時も何処の誰が如何なる経路を踏んで俎上に乗せられるのか全然解らず相変らず茂木の宿痾に基因する異状性格の反影だと彼の希薄な社会的信用状態に鑑み必ずしも実現可能性なしと思料され深い思慮もなく漫然と参画したのでした。

2 （被告人春藤が被告人岩川を死体遺棄に遺した後同人の分配金から一万五千円をピン刎し、或は被告人茂木が春藤を除外して岩川と第二の犯行を企図せる様子を察知して山中健次を唆かして茂木を恐喝せしめた）……とあるが、岩川が死体遺棄に行つたのは茂木と岩川との間に既定された方針で私は全然介入してゐません。

次に岩川の分配金から左記の実状に基いて岩川から五千円受領したが一万五千円ピン刎した事実はない。

岩川が二十九年二月頃刑務所から出所し身寄のない実状を訴え同居方を依頼されたが、私も家族三人で一間切りの狭さで而も余裕もない惨状を岩川に見せたくもない嘘栄もあつて妻の実家に依頼し寄遇させてゐたのです。斯くして二ヶ月位後に岩川が突然仕方が見付かつたと云うので義母が吾がことの様に喜んで弁当を拵え持参させたが、その儘姿を晦まし沓として音沙汰なくその不人情さは恰も飼犬に手を咬まれたようなもので、其後義父母に会う度毎に嫌味を云われてゐるので、此の度の頒け前で岩川に金が入つたので、すかさじ此の事を詰り義理立の必要を説くと、これで義理立をして貰え度いと五千円丈受領したのです。

尚茂木と岩川が第二の犯行を企図してゐた事に付いては後日岩川から聞えて知つた訳だが、その由を以つて山本健次を唆かして茂木を恐喝せしめた事実はない。それどころか左の如く山本を茂木に会わせまいとした事実を認めて戴きたい。

犯行後一ヶ月位後に前記山本が突然訪れ一例の犯行を実施したそうだが私の用意した「ダイナマイト」を使用したのか？　あれは仲々手に入らないものであれ程俺の承諾無しでは使用してはいけないと釘を打つてあつたのに困つたもの

だ。今俺の働いてゐる現場は金にならず旅費も借りて来たので宿料は勿論帰りの汽車賃も無い状態だから、是非茂木に話して「ダイナマイト」の代価を幾らか貰つて呉れ」と依頼されました。併し茂木は既に私と一緒に十日程も料理屋に居続けて消費し尽しそれでも足りないので私の犯行の金で買つた私や家内の衣類を全部売却して間に合せた事を話し、今茂木に会つても金は無く無駄だから私の時計と衣類を売ると二千円位は都合出来ると思うから一先づ帰るよう話したのでした。然るに山本は「春藤君の気持は良く分るが君から金を貰う筋合はなく「ダイナマイト」は茂木に頼まれて都合したものだから使つた使わないのは別として茂木に交渉するのが当然なのだ」と聞き入れじ仕方なく茂木に会わせたのでした。山本は結局茂木から二千円工面させて貰つたようだが、そればかりでは何うにもならないと思つたので私の時計と衣類を二千五百円で売捌き、依前茂木と二人で豪遊した「美津の屋」に案内して山本の宿泊料並飲食費として千五百円前渡して別れた次第で、同君を唆かして恐喝させた事実は絶対にない。

以上で控訴審に於ける誤認否定趣意の骨子を致しましたが、惟うに私は過去に「メチール」中毒で眼及耳に障害を受け其の機能著しく減退し為に公判に臨み共犯者の嘘偽な答弁も指弾出来ず、或は聞き誤りから要旨を外らした答弁もなして保証し得ず前審の如き誤審になつた事と思意され遺憾に堪えません。畢竟、私の庶幾の主旨は単に人間本来の慾念に基く生えの執着からではない。私は過去に卑劣にも死に安住を求めて自殺を試みた事もございます。死には瞬時に於ける苦痛は有つても永劫の償にならず、私に賦与された生涯に於て此の大罪を償う事は最も妥当な事と推意日夜被害者の霊に心から謝罪してその冥福を祈念してゐます。

以上を綜合し、主導者の茂木と同様な極刑に処せられた事は右趣意として認めた事実を等閑視した事に基因する事と思意されますので、詳細審理の上権衡を欠く課刑なからん事を希み右趣意と致します。

以上

昭和三二年(あ)第三七一号

判　決

本　籍　東京都豊島区長崎二丁目二四番地の一
住　居　不　定
無　職
矢　部　鉄　夫
昭和二年五月一七日生

右に対する強盗殺人、窃盗被告事件について、昭和三二年一月二一日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人の上告趣意は量刑の非難に過ぎず、弁護人柳原武男の上告趣意は単なる法令違反（第一点所論の検証調書は第一審で証拠とすることに同意されており、その作成日附の点についても何ら異議の申立がなかつたばかりでなく、原審で何ら主張判断されておらない。而も右検証調書の日附が検証当日に遡らせてあつたとしたところで、それが相当でないことは別として、証拠能力にも影響なく、本件においては証明力にも影響がないことである。また第二点所論の原審の弁護人選任時期については、控訴趣意書最終提出日までに少くとも二一日の期間があり、弁護人は右期間の末日に趣意書を提出し、異議なく弁論をしているので弁護権の不法制限といえない。）、事実誤認の主張であつて何れも上告適法の理由にならない。また記

昭和三三年四月一〇日判決　昭和三二年(あ)第三七一号

録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四一四条、三九六条、一八一条一項但書により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検事　吉河光貞出席

昭和三三年四月一〇日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野　毅

裁判官　斎藤　悠輔

裁判官　入江　俊郎

裁判官　下飯坂　潤夫

昭和三二年(あ)第三七一号

強盗殺人、窃盗

被告人の上告趣意

一、私の事件の内容に付いては警察の調書に細かく記されて有る通りですが只此々に次の二つの点を強調したいので有ります。

1　犯行寸前迄私の気持は強盗をする等及びも付かずましてや殺人等全く私の意識の内の何処にも無かつた事です。只窃盗をする事だけを考えて居たのです。

2　犯行当時私は数日の絶食と疲労に依つて私の身体はぎり〳〵一杯の最悪の状態の所迄追い結められて其の為に私の精神は困乱状態に有つて私は私なりに持つて居た人間らしい精神を犯行の其の当時無くして仕舞つた事で有ります。

右申上ました事に付き一日も早く御寛大なる御調べのある事を御願い致します。

以　上

被告人　矢部鉄夫

昭和三二年(あ)第三七一号

強盗殺人、窃盗

被告人矢部鉄夫

弁護人柳原武男の上告趣意

第一点　原判決及び第一審判決には理由不備の違法があり刑訴法四一一条一号により破棄を免れない。

原判決及び第一審判決が本件起訴の強盗殺人の事実（昭和三一年七月一七日附起訴状の事実）を認定するについては昭和三一年六月二二日附司法警察員警部補福井優作成（補助者司法警察員巡査部長内藤勘造外三名）の検証調書（記録一二八丁）がその重要な認定資料の一つであつたことは言う迄もない。然るに右検証調書はその添附写真の説明自体（但し抹消されている）からも明瞭な如く被告人が逮捕された昭和三一年六月二六日以後に作成されたものであつて、六月二二日に作成されたものでは断じてない。この様に作成日附が誤魔化された検証調書についてはその内容も措信すべきものでない（証明力はない）のみならず証拠能力を欠くものと言わなければならない。即ち犯人の自供前に作成された書面と自供後に作成された書面とは信憑力に雲泥の差があることは言うまでもなく、若しも犯人の自供に沿う検証調書が犯人の自供前の日附で作成されるとすると、その弊害は測り知れず此の様な調書には証拠能力を認むべきではないのである。

従つて原判決及び第一審判決の証拠の重要な一角は崩れ去り各判決には理由不備の違法あるに帰し、第一審判決は被告人に対し死刑を科し原判決は之を認容したものであるから此の様な理由不備が判決に影響を及ぼし且つ破棄しなければ著しく正義に反すること勿論である。

第二点　原判決は訴訟法違反の手続によりなされたものであるから破棄すべきである。

一、刑事訴訟法二七二条、二八九条、同規則一七七条、一七八条は法四〇四条、規則二五〇条により控訴審にも準用されるので右第一審の諸規定は「公訴の提起」を「控訴の申立」と読み替えて控訴審にも適用すべきである。控訴審にお

る公判の中心をなすものは控訴趣意書であり（法三九二条一項参照）控訴審における審理は趣意書を中心として進められる（法三九八条参照）のであるから、控訴審における弁護活動の核心をなすものは控訴趣意書の作成であり、強制弁護事件につき弁護人の選任ない儘控訴の申立があつた場合には以後の手続（特に控訴趣意書提出の最終日の指定の如き）は先づ弁護人を選任することから始めなければならないのである。

二、然るに原審では本件が強制弁護事件であるにも拘らず弁護人の選任があつた昭和三一年一一月一六日（記録二九五丁）よりも遙に早く同月二日控訴趣意書差出期間最終日を同年一二月一四日と指定し（二九〇丁）即日被告人に対し右最終日を通知し同時に弁護人選任に関する通知もしているのである。

三、従つて原審は本件につき先づ弁護人を選任した後控訴趣意書差出期間最終日を指定すべきであつたにも拘らずその順序を誤り規則二五〇条により準用される規則一七七条、一七八条に違反したものである。

右違法は実質的には弁護権行使の不法制限となるのでこれが判決に影響を及ぼすべきことは明らかと言うべく破棄しなければ著しく正義に反するものと言うべきであろう。

第三点　第一審判決及び原判決には判決に影響を及ぼすべき事実の誤認があり破棄しなければ正義に反するものである。

飢餓と言うものが人間に対し如何に大きな影響を与えるものであるかは世界の名作「レ・ミゼラブル」を俟つ迄もない。後年超人的意思力と高傑な人格とを示したジャンバルジャンにおいてすら飢えのためには一片のパンを盗まざるを得なかつたことは全人類が等しく同情を禁じえない処であつて、凡人が飢餓に瀕した場合如何なる行動に出ずるかは想像に難くないと言わなければならない。まして被告人の如き若年且つ意思薄弱なる者が飢えのため如何な心理状態に至るかは常識も及ばないものと言わなければならないのである。

原判決も言う如く被告人の殺害方法は真に「残忍この上なきもの」であつたが、その被害者の死体のある部屋でその血

に汚れた手で僅かの米を炊いて食つたと言う事実が如何に異常であり通常人の感覚では不可能のことである点について更に考察を加うべきであろう。

此の点のみを考慮しても当時被告人は通常人の感覚を全く失い是非善悪を判断する能力を欠く状態にあつた即ち心神喪失の状態にあつたことが推認されるのである。少くとも心神耗弱の状況にあつたことは万人の認めうる処ではなかろうか。

依つて被告人に対しては無罪少くとも死一等を減ずる判決があるべきものであるから、原判決及び第一審判決を破棄すべきことは多言を要しない。

以　上

昭和三二年(あ)第九〇八号

判　決

本　籍　愛知県半田市大字亀崎町鳥の尾二七番地
住　居　名古屋市中村区大秋町三丁目以下不詳
　　山下一夫こと
　　間　瀬　明　雄
　　昭和五年六月一五日生

右に対する窃盗、住居侵入、窃盗未遂被告事件について、昭和三二年三月二〇日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し検察官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

原判決中「当審における未決勾留日数中百弐拾日を原判決の本刑に算入する」との部分を破棄する。
その余の部分に対する本件上告を棄却する。

理　由

名古屋高等検察庁検事長代理次席検事中条義英の上告趣意について。

記録によれば、被告人は本件につき起訴前の昭和三一年五月一五日勾留状の発布執行を受け、爾来第一審並に原審を通じて、勾留を継続されているものであるが、これよりさき、被告人は昭和二六年八月二四日名古屋地方裁判所において住居侵入、強盗未遂罪により懲役三年の言渡を受け右判決は同年九月八日確定（右はその後昭和二七年四月二八日政令第一一八号減刑令により懲役二年三月に減刑された）したので昭和二九年八月一八日から右刑の執行を受け、次いで昭和三一年二月二

昭和三三年四月一〇日判決

日仮出獄を許されたが右刑の刑期満了予定日であつた昭和三一年一一月一七日までの期間中に右仮出獄を取消されたため更に本件被告事件について勾留中の同年八月三一日から右仮出獄取消による残刑の執行を受けることとなり、その刑期は昭和三二年六月一五日に終了すべき筋合であつたところ、被告人は本件第一審の判決に対し昭和三一年九月二九日控訴を申立て原審はこれに対し昭和三二年三月二〇日控訴を棄却するとともに原審における未決勾留日数中一二〇日を第一審判決の本刑に算入する旨の判決を言渡したものであることが明認できる、さすれば原判決は原審における未決勾留の全期間が前示確定刑の執行と重複執行されていたにも拘らずこれを前示の如く第一審判決の本刑に算入する旨言渡したものであることが明らかである。思うに、右のように刑の執行と勾留状の執行とが競合している場合には懲役刑の執行としては一個の拘禁のみが存在するものと解すべきであるから、かかる場合に重複する未決勾留日数を本刑に算入することは不当に被告人に利益を与えることとなり違法と云わざるを得ない、されば原判決は刑法二一条の適用を誤つた違法があり且所論判例にも反するが故に論旨は結局理由があり原判決の前記未決勾留日数を算入した部分は破棄を免れない。(当庁昭和二九年(あ)第三八九号同三二年一二月二五日大法廷判決参照)

よつて刑訴四〇五条三号、四一〇条一項本文、四一三条但書により、原判決中「当審における未決勾留日数中百弐拾日を原判決の本刑に算入する」との部分を破棄し、その未決勾留日数を算入しないものとし、その余の部分に対する上告は、上告趣意として何ら主張がなく、従つてその理由がないことに帰するから刑訴四一四条、三九六条により主文二項のとおり上告を棄却すべきものとする。

よつて裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　酒井正己公判出席

昭和三三年四月一〇日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　下飯坂　潤夫

裁判官　真野　毅

裁判官　斎藤　悠輔

裁判官　入江　俊郎

昭和三二年(あ)第九〇八号

窃盗、住居侵入、窃盗未遂　　被告人　間瀬明雄

名古屋高等検察庁検事長代理次席検事中条義英の上告趣意

原判決は、左記各高等裁判所の判例、すなわち

(一) 昭和二十五年七月十七日言渡の東京高等裁判所の判決（同裁判所昭和二十五年(う)第四六〇号傷害致死被告事件判決、高等裁判所刑事判決特報第九号一九頁以下参照）

(二) 同年十一月二十八日言渡の札幌高等裁判所の判決（同裁判所昭和二十五年(う)第一一八七号詐欺被告事件判決、高等裁判所判例集第三巻第四号六〇八頁以下参照）及び

(三) 昭和二十八年十一月三十日言渡の名古屋高等裁判所の判決（同裁判所昭和二十八年(う)第一〇三七号放火未遂被告事件判決、高等裁判所判例集第六巻第十二号一七五五頁以下参照）

と相反する判断を為した違法があり、その違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるのみならず、右三つの判決は飽くまでも正当として維持せらるべきものなること論なきをもつて、とうてい破棄を免れないところと思料する。

本件は第一審岐阜地方裁判所が被告人に対し公訴事実全部を認め「懲役四年に処する。未決勾留日数中昭和三十一年八月三十日以前の分はこれを右本刑に算入する、訴訟費用は被告人の負担とする」との判決を言渡したのに対し、被告人より控訴を申立てたところ原審は更に審理の上「本件控訴を棄却する。当審未決勾留日数中百弐拾日を原判決の本刑に算入する」との言渡を為した。併しながら被告人の原審における未決勾留は被告人に対する別件確定判決による懲役刑の執行と重複して執行を受けていたものであることは記録上明白である。すなわち被告人は本件につき起訴前の昭和三十年五月十五日より

勾留状の発布執行を受け同月二十二日の起訴後は継続して該勾留の更新決定が為され第一審並に原審を通じて引続き勾留されて来たものであるが、之より先に被告人は昭和二十六年八月二十四日名古屋地方裁判所において住居侵入、強盗未遂罪により懲役三年の言渡を受け、右は同年九月八日確定（その後昭和二十七年四月二十八日政令第一一八号減刑令により右刑期は懲役二年三月に減刑）したので右につき昭和二十九年八月十八日よりその執行を受け始めたがその刑期の満了予定日（昭和三十一年十一月十七日）の前に同年二月二日仮出獄を許されたところ、その期間中に右仮出獄を取消されるに至つたため、更に本件被告事件にて勾留中の同年八月三十一日より該仮出獄取消による残刑の執行を受けるに至つたものであつて、その刑の終期は昭和三十二年六月十五日であることは、記録中の検察事務官の被告人に対する前科調書（記録第六〇三丁）名古屋地方検察庁犯歴係発信岐阜地方検察庁受信の刑の始期終期についてと題する書面（同第六〇二丁）及び、岐阜地方検察庁検察官より岐阜地方裁判所宛の「刑執行指揮通知書」（同第六〇四丁）により明白である。然も被告人に対し昭和三十一年八月三十一日より右仮出獄の取消刑の執行を開始したことについては、右の刑執行指揮通知書により第一審検察官より第一審裁判所宛に、その公判審理中に遅滞なく通知を為したところであり、従つて第一審裁判所は同年九月二十五日言渡の本件判決において未決勾留日数の本刑算入につき、之を考慮の上前記の如く未決勾留日数中昭和三十一年八月三十日以前の分のみを本刑に算入するとの言渡を為したものである。而して、原審裁判所においても被告人が別罪懲役刑を受刑中であることを知悉していたと認められることは、原判決冒頭に被告人の肩書として「現在岐阜刑務所在監中既決囚」と表示したことによつても明瞭であると謂わなければならない。

右の如く原審に於ける未決勾留はその全期間が確定刑の執行と重複し執行されているにも拘らず、原判決は、本件控訴棄却の判決において刑法第二十一条を適用して当審における未決勾留日数中百弐拾日を原判決の本刑に算入するとの言渡を為したのである。

刑法第二十一条の未決勾留の通算は、勾留が被告人の身体を拘束する点において自由刑の執行に類似しているので公平の観念からその全部又は一部を本刑に算入することにより、その日数に相当する刑の執行を受けたと同一の効果を認めたものであることは謂うまでもない。凡そ他罪の自由刑の執行中において新たな被告事件につき勾留状の執行を受けるに至つた場合、若しくは被告事件の勾留状の執行中において前刑につき自由刑の執行を受けるに至つた場合において、爾後各執行が併行して行われうることは争いない点であるが、かかる重複拘禁の場合その期間を含めた未決勾留を本刑に算入することは、本来同一の身柄拘禁によつて確定刑の執行と算入による本刑の執行とが二重に執行せられることとなり、かかる結果は被告人に対し不当の利益を供与することとなつて、却つて公平の観念に反し実質的にも不当であるばかりでなく前示の如く、未決勾留の本刑算入を未決勾留を以て本刑に換えるものとする刑法第二十一条の法意に適さないものと謂わなければならない。

きればこの点に関し、前掲各高等裁判所の判例は何れも被告人に対する未決勾留と確定刑執行の重複拘禁の場合における未決勾留日数は、これを本刑に算入すべからざるものであつて、これが算入をした第一審の判決は刑法第二十一条の適用を誤り違法である旨判示しているのである。

すなわち前記東京高等裁判所昭和二十五年七月十七日言渡の判決は、

「既に確定した他罪の刑の執行と新たな被告事件における勾留状の執行とは、その性質を異にするものであるから、両者共に執行されても毫も不当でない。しかしこのことは該勾留の執行を本刑に通算する場合、即ち所謂未決勾留の本刑算入と右確定刑の執行とが併立重復しても不当ではないという趣旨ではない。蓋し未決勾留の本刑算入は未決勾留をもつて本刑に換えるものであるから、同一の拘禁について未決勾留算入によるその本刑の執行と、右確定刑の執行とが二重に執行されること、即ち異なれる二個の本刑が同時に行われる不合理の結果を招来することになるので、斯かる場合には未決勾

留の本刑算入は不当違法であると謂わざるを得ない」

旨判示し、同札幌高等裁判所昭和二十五年十一月二十八日言渡の判決は、

「甲事件につき言渡された懲役刑の執行を受くる者が乙事件について勾留状の執行を受けたとしても、刑の執行と未決勾留とは観念上併存するに止まり、事実上は只懲役刑の執行としての一個の拘禁が存在するのであるから、この場合の未決勾留を本刑に通算することは違法である」

旨判示し、更に同名古屋高等裁判所昭和二十八年十一月三十日言渡の判決は

「被告人が勾留状の執行により未決勾留中他の事件の確定判決により懲役刑の執行を受けるに至つたときは、爾後懲役刑の執行と未決勾留とは観念上併存するが、事実上は懲役刑の執行としての一個の拘禁のみが存在するに過ぎないのであるから、懲役刑の執行と重複する未決勾留日数は本刑に算入すべからざるものであつてこれが算入をした判決は、刑法第二十一条の適用を誤つたものというべきである」

旨判示しているのであつて、これらの判例はまさに正当な解釈として維持されなければならないところである。尤も刑の執行に対する異議事件に関し大正十五年八月二日の大審院決定（大正十五年(つ)第十九号）及び昭和二十八年十一月七日の福岡高等裁判所決定（昭和二十八年(け)第二四号）は、刑の執行と重複する未決勾留を本刑に算入する旨言渡した判決といえども確定したときは、これを本刑に算入して執行するの外ないものと説示しているが、右両決定はもとより右確定判決の執行に関するものであり、基本たる未決勾留通算の判決を相当となしたものではない。すなわち右の大審院決定においては「未決勾留日数ヲ本刑ニ算入スル立法上ノ理由ニ鑑ミレハ叙上ノ場合（甲事件につき言渡された禁ご刑の執行を受ける者に対し乙事件につき勾留状を発し之を執行するとき）乙事件ニ付判決ヲ為スニ当リテハ未決勾留日数ヲ本刑ニ算入セザルヲ相当トナスト雖既ニ判決ニ於テ未決勾留ノ日数ヲ本刑ニ算入スル旨言渡シタル以上ハ現ニ乙事件ニ付未決勾留存スルコト前説示ノ如ク

ニシテ其ノ判決ノ執行ハ決シテ不可能ニ非サルヲ以テ之ヲ本刑ニ算入シテ執行スルノ外ナキモノトス」と説示し（大審院判例集第五巻四〇一頁以下）、又右の福岡高等裁判所決定においては「自由刑の執行もしくは既に本刑たる自由刑に算入された未決勾留と重複する未決勾留を更に本刑たる自由刑に算入するが如きは、刑法第二十一条刑事訴訟法第四百九十五条の規定本来の趣旨に違反する違法の措置というべきであるが、右のような判決であつても既に確定するに至つたときは、検察官としてはもはや判決に示されたところに従は執行を指揮するのほかなきものと解すべきである」旨を説示（高等裁判所判例集第六巻第十号一三七八頁以下）しているところであつて、何れも右の自由刑執行と重複せる未決勾留の本刑算入を違法としている点においては、前掲の各高等裁判所判例とその軌を一にしているのである。

これを要するに本件につき刑の執行と重複する未決勾留を本刑に算入するとの言渡を為した原判決は、前掲各高等裁判所の判例に背反し刑法第二十一条の解釈適用を誤つた過誤を冒したものというべく、その判決に影響を及ぼすこと明らかであり、且つ前示各高等裁判所の判例は正当として維持さるべきものなること論なきにより、所詮破棄を免れないところと思料し、刑事訴訟法第四百五条第三号により上告に及んだ次第である。

以　上

昭和三二年(あ)第二三七七号

決　　定

本　籍　山形県山形市大字志戸田一五八一番地
住　居　横浜市南区堀之内町二の一二二番地
　　自動車運転者
　　旧姓　佐藤こと
　　栗　原　　清
　　大正一三年一一月一七日生

右に対する業務上過失致死、業務上過失傷害、道路交通取締法違反被告事件について、昭和三二年八月二六日東京高等裁判所の言渡した判決に対し原審弁護人尾中勝也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

弁護人尾中勝也の上告趣意一は、第一審判決の判示に副わない事実関係を前提とする（第一審判決は、判示業務上の注意義務を怠り判示のごとき無謀運転を為し、その結果まず小沢の自転車に追突し同人を路上に転倒させて傷害を負わせ、更に、石黒の自転車に追突して同人を即死させた旨認定している。）法令違反並びに判例違反（従つて、所論判例は、本件に適切でない。）の主張であり（原判決の控訴趣意第一点についての判示は正当である。）、同二は、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（原審で所論の期待可能性のない情況又は所論の心神喪失状態であつたとの主張をなし

た事実は認められないから、原審がこれにつき何等の判断も手続もしないのは当然である。)、同三は、違憲をいうが、その実質は、量刑不当の主張であつて、すべて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条一号ないし三号を適用すべきものと認められない。

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

昭和三三年四月一〇日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　斎藤悠輔

裁判官　入江俊郎

裁判官　下飯坂潤夫

業務上過失致死、業務上過失傷害、道路交通取締法違反

弁護人尾中勝也の上告趣意

被告人　栗原清　旧姓佐藤こと

一、原判決は法律の適用及び解釈の誤りがあり、しかも、これが判例に違反すると思料する。

(1) 原判決は業務上過失致死と同傷害との間には想像的競合(観念的競合)が成立しないと解しているが、これは法律の適用を誤るのみならず高等裁判所の判例と相反するものであつて判例違反がある。

本件事案において、被告人は自動車の「進路前方をそれぞれ自転車に乗つて同方向に進行している小沢安正(当二十七年)及び石黒清三(当四十二年)の姿に気付かず、自己の操縦する自動車の前部を、まず小沢の自転車に追突させ同人を路上に転倒させ更に石黒の自転車に追突して同人をボンネット上にはね上げたのち自転車諸共ひきずつて約四十米前方軌道上に転落させ因つて小沢に対し治療約二十日間を要する左腰部及び臀部打撲の傷害を負わせ石黒をして同所において頭蓋底骨折により即死するに至らしめた」ものである。これは被告人に「……一旦運転を中止して、もつて、事故発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるにかゝわらず、これを怠り、仮眠状態のまゝ漫然運転を続けた」という一個の過失行為によつて、業務上過失致死と同傷害の二個の結果を発生させたものである。この場合追突は結果であつて過失行為ではない。従つて、業務上過失致死と同傷害とは想像的競合の関係にあると解するのが相当である。然るに、原判決は本件事案のいわゆる「……まず……し、更に……した」における「更に」に重点をおいて、これを「次いで」の用語を以つて示し、「右業務上過失致死と同傷害とは時間的に前後しており、法律的観察においては、……その間には……想像的競合の関係を肯認することはできない」としている。

しかし、この見解は独断である。本件事案においては、むしろ業務上過失致死と同傷害とは場所的に同じであることはもちろん時間的にも同時であると考えるのが実際的である。又仮に時間的に同時でなかつたとしても、それをもつて直ちに想像的競合の関係を否定することは判例に反する。すなわち、東京高等裁判所はその判決で「被告人の過失による行為は自然的事実としては一個」で「これによつて数個の結果を発生せしめた」場合には「その数個の罪は刑法第五十四条第一項前段のいわゆる観念的競合（想像的競合）の関係に立つものであつて」しかも、その「結果の発生が同時でなかつたということは別に観念的競合の関係の成立を妨げるものではないのである。」としている（昭和二十八年(う)第一四五四号、同年七月二十日東高刑七判、東高刑時報四巻二号四四頁）。

(2) 又、原判決は前述のように、業務上過失致死と同傷害との間には想像的競合の関係は存しないとしながら、「右業務上過失致死と無謀操縦、右業務上過失傷害と無謀操縦はその間にそれぞれ想像的競合の関係にありと認め……」しかも、このように「……一個の無謀操縦行為と二個の刑法第二百十一条違反の行為とがそれぞれ想像的競合の関係にある場合には、……結局一罪……」であるとしているのは法律の解釈を誤つた全く特異な独自の見解であつて到底賛同しえない。

二、原判決は法律の定めた手続に従わず、憲法に違反する。

(1) 被告人は本件犯行の前日の午前八時より、流し営業に従事し二十四時間勤務の終らんとする翌日午前五時頃本件犯行に至つたものであるが、その間殆んど一睡もできないような状態にあり（記録十四丁）、しかも前日は病気の妻を看護したゝめ、充分な睡眠がとれず（十六丁）、激しい睡魔の下に本件に及んだものである。勿論このような事情に際しては、運転者としては駐車して睡眠をとればよいことは当然であるが、稿ぎ高が直接収入に影響するタクシー会社の制度、特に当時会社はトップ賞の制度を設けて運転手を競争させていた事実があり（十六、十七丁）、生活に追われる被

告人に対して、駐車睡眠という行為は強く期待しえないものであつた。即ち本件は被告人にとつては期待可能性のない情況において発生した事故なのである。

(2) 本件は、いわゆる「居眠り運転」によるものである。これは前述のような理由からである。このことは第一審の記録上も明白であり、又、弁護人も第一審公判廷においては勿論、控訴趣意においても、これを主張している。心神喪失又は心神耗弱という明確な法律的用語を以つて示していないが、実質的にはこれらのことを主張したものである。刑法上心神喪失とはその犯行当時において行為の違法性を認識することができず又はこれに従つて行為をすることができなつたような無能力者をいうのである（昭和二十九年(れ)第四一号、同年七月二十日最高裁第二小法廷、最高裁刑集八巻七号一二三一頁）。従つて、たとい、法律的用語を以つて、これらの事実を主張していなくとも、被告人は正に心神喪失の状態であつたといわなければならない。このことは、被告人が「自己の無謀操縦行為の惹起した結果の重大性を認識することなく、只何らかの事故を起したということにおどろいて、夢中で会社に帰つた旨一貫して供述している（十五、七十七、八十二丁等）ことゝ適合する。

しかるに、原審においては、これらの点について何等の判断も手続もせずに判決をしている。これは近代法の原則である、有罪判決には理由を明示しなければならないとする思想をうける、刑事訴訟法第三三五条第二項に反するばかりでなく、憲法第三十一条にも違反するものである。

三、被告人は、本件事故により、運転免許を取り消され同種事犯を惹起する可能性もなく、又、現在は失職し、友人、知己の援助により前途の希望もなく辛うじて、病身の妻とゝもに最低の生活を送つている（十五―十七丁）。又、被告人は、本件犯行後十二分に自己の行為を後悔しており（七十二、八十九、九十三、九十四丁）、教育的見地からも、応報的見地からも既に法の目的は達成されている現状である。従つて、このような被告人に更に実刑を科することは、無意味である

のみならず、残酷である。又、ひいては、収入の基をなす夫を失わせ、妻の最低限度の生活の保障をも奪うことゝなつて、憲法第二十五条にも反することゝなる。

以　上

昭和三〇年(あ)第三七〇八号

決　定

本籍並びに住居　和歌山県東牟婁郡明神村大字立合川二二七番地

農　業　筒　竹　健　一　明治三七年一二月二四日生

本　籍　和歌山市和歌浦一六八一番地

住　居　和歌山県東牟婁郡明神村大字立合川一六九番地　滝本安二郎方

無　職　滝　本　哲　也　大正八年三月七日生

右の者等に対する虚偽有印公文書作成、同行使、詐欺被告事件について昭和三〇年一一月一一日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人等から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件各上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人筒竹健一の負担とする。

理　由

被告人筒竹健一の弁護人音喜多賢次の上告趣意第一点について。

昭和三三年四月一一日決定　昭和三〇年(あ)第三七〇八号

論旨は、判例違反をいうが、控訴趣意において主張せず原審の判断を経ていない事項に関するものであるから、上告適法の理由とならない。（一審判決認定によれば、被告人筒竹は判示明神村々長として同村を統轄代表していたものであるから、判示村長名義の各文書を作成する職務権限を有することは明らかであり、従つてその作成した右文書の記載内容が虚偽であるに止まりその作成名義には何らの偽りがないのであるから、たとえ右被告人において所論のように専ら第三者の利をはかる等不法な意思に出でその職務権限の乱用と認むべき場合であつても、刑法一五六条の罪が成立し、同法一五五条の罪が成立するものではない。大正一一年一二月二三日大審院判決、判例集一巻八四一頁参照。所論引用の各判例は、本件とは事案を異にし適切でない。）

同第二点及び被告人滝本哲也の弁護人野本豊の上告趣意について。

論旨は量刑不当の主張を出でず、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四一四条、三八六条一項三号、一八一条（被告人筒竹健一のみ）により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和三三年四月一一日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　河村大助

裁判官　奥野健一

弁護人音喜多賢次の上告趣意

右の者に係る虚偽有印公文書作成、同行使、詐欺被告事件につき、弁護人は左記の通り上告の理由を開陳する。

第一点　第一審判決は、被告人筒竹は明神村々長として「村を統轄代表し、その行政事務を管理執行していたもの」であるが「村長の職務に関し」本件公文書を偽造した旨判示し刑法第百五十六条を適用している。しかし一方、被告人筒竹及び滝本両名は共謀の上「古軽便軌条の払下を受けこれを私せんと企て」たと判示しているように、本件は被告人滝本の前犯の被害弁償金を獲得するために目論まれ且実行されたもので、そのため、村議会の承認を得てもいなければ、村の助役及び収入役すらこれを関知していないし、又被告人側からも報告もしなかつた。

和田弘一及び前田喜作（村会議員）、木本栄五郎（助役）の各検察官に対する供述調書によれば、村長が本件の如き村としての契約及び支出をするには村条例により予算に編成計上して議会の承認議決を得なければ為し得ないことは明らかである。この種の事項については村長としても村議会の承認事項に基いて、それを執行するにすぎないのであつて、村長独自で自由に契約及び支出を為し得ないのである。

本件についてはかかる手続及び承認は何ら為されていなかつたのであり、且又専ら第三者（被告人滝本）の利益を図る目的のもとに為されたものであつて、本件被告人の所為は、村長名義を冒用して擅にその権限外の文書を作成した場合に外ならないのであるから、かかる行為は何ら職務の執行に関しないものと云うべきである。結局本件被告人の所為は「公務員に非ざる者が公務員の作るべき文書を偽造したると何等異る処なきが故に刑法第百五十五条に問擬すべきもの」であることは大審院及び御庁判例に幾多判示されたところである。

被告人　筒竹健一

大審院　大正　七年一一月二〇日刑三判決、刑録二四輯　一三七八頁
同　昭和　八年一〇月　五日刑二判決、新聞三六二四号　一六頁
同　昭和一〇年一〇月二四日刑二判決、新聞三九三五号　九頁
最高裁判所昭和二五年　二月二八日三小法廷判決、刑集四巻二号二六八頁

然るに第一審判決並にこれを是認した原判決は右判例に反し、被告人の文書偽造の所為につき刑法第百五十六条を適用した違法があるので破毀を免れない。

第二点　第一審判決は被告人筒竹及び滝本は共謀の上本件犯行に及んだものとして被告人筒竹を懲役一年六月、被告人滝本を懲役一年に処した。本件記録を精査すれば、本件は当初より、被告人滝本の発意及び計画に基いて為され、被告人筒竹はその中途から加功し、むしろ利用せられたのであり、実行々為の主要部分も被告人滝本によつて為された。而もそれは被告人滝本の前犯の被害弁償に充てるべき金を獲得するため、即ち専ら被告人滝本の利益の為に為されたのである。

のみならず本件において被告人は一銭の利得もしていないのみか、却つて多大の損害を蒙つている。又その所為は非難さるべきとしても、実質的には他に損害を与えず、被告人の負担において一応の解決をしているのである。被告人の明神村に対する貢献も少なからざるものがあり、その村長としての仕事の成功による自信が却て本件犯行に及ぶことになつたのである。

被告人滝本には併合罪関係にある前犯があり、それを考慮するとしても、被告人筒竹を被告人滝本より重い刑に処すべき理由はないと考えられる。このことは被告人筒竹に対する刑の執行を猶予するということだけによつて償うことができない。

即ち第一審判決の刑の量定は著しく権衡を失し不当であり、これをそのまゝ是認した原判決はこれを破毀しなければ著しく正義に反すると認められるので、その旨の職権の御発動を求めるものである。

以　上

昭和三〇年(あ)第三七〇八号

被告人　滝本哲也

弁護人野本豊の上告趣意

右虚偽有印公文書作成同行使、詐欺被告事件について左の通り上告趣意書を提出致します。

本件は量刑甚しく不当でありますので原判決を破棄せられ更に相当の御裁判を求めます。

第壱点　原判決は左の理由により量刑甚しく不当であつて著しく正義に反するものと思料致され当然破棄せらるべきものであつて更に相当の御裁判を為さるべきものと信じます。

即ち

(一)　被告人滝本は昭和二十六年六月二十九日和歌山地方裁判所田辺支部に於て有価証券偽造、同行使、詐欺及び公印偽造の罪により懲役二年に処せられ右裁判は翌二十七年四月三十日確定したものであることは和歌山地方検察庁田辺支部検察事務官作成の被告人滝本に対する前科調書により明白であつて本件公訴に係る被告人の犯罪事実は総て右既に処罰を受けた犯罪と併合罪の関係にあるのであります。

(二)　而も被告人が曩に処罰を受けた犯罪は本件相被告人箇竹健一も事実上共犯者であつたのでありますが相被告人箇竹と被告人滝本とは親戚の間柄でもあり、被告人滝本が選挙事務長となつて当選せしめた村長として在職中でもあり又被告人滝本は同被告人の私設秘書となり同村長を守り立てゝ来た関係もあつたので自ら被告人滝本のみが罪を一身にかぶり処刑を甘んじて受けたものであることは検察官作成の被告人滝本に対する第一回供述調書により明白であります。

(三)　本件公訴に係る犯行は要するに被告人滝本の曩の公訴事件被害弁償金捻出の為め計画せられたものであるけれ共

(イ)　本件公訴第一の犯罪事実の如き形式的には合法的であつて国鉄の払下価格又相当にして国鉄は其の対価を完全に収

得して居り、仮に他に払下けられることゝなつても同一価格であつたことを窺知するに足り国鉄としては何等損害を蒙つて居らぬ事実。

(ロ) 本件公訴に係る第二の犯罪事実は被告人は必すしも虚無の中古六瓩レールを目的として被害者たる松岡産業株式会社々長取締役松岡武一郎と売買契約を締結したもので無く寧ろ第一犯行に依り獲得した九瓩レールを交換契約した株式会社東洋交易社長小島良の朦昧にして不誠実なる言動を過信し其の欺瞞に満ちた術策に乗せられた結果松岡に対する六瓩レールの引渡が遅れるようになり或は又全部履行困難の事態に突き落されたのであるが一方前刑を受けた事件は公判中であり之が被害弁償の為め一時契約金を流用し被害物件を買戻し之を更に他に転売して利益を得て早急に小島に対する代金の調達を試みたるも鉄類暴落の結果其の意を得なかつたこと竝に小島に対しては六瓩レールの引渡方を遂及督励し多少にても之が引渡を受けんと試み且つ不足分は他より入手して松岡に対し契約の履行を為さんと試みつゝあつた事実。

(ハ) 本件第一公訴事実により得たる利益は相被告人筒竹に於ても同人の要求もあり分配を受くることになつて居る事実。

(ニ) 本件被害は総て事実上皆無であつて形式的に犯罪となること。

以上は被告人滝本哲也に対する検察官作成の第一回乃至第六回供述調書及相被告人筒竹健一、証人小島良、松岡武一郎の各供述調書を綜合して認められるところであります。

而して右事実を綜合して勘案致しまする場合本件は相被告人筒竹健一は現職村長として最も重き責任を問はれること固よりであるが被告人滝本は既に相関聯の事件により実に懲役二年と云う実刑の言渡を受け服罪して居るので本件に於ては軽き御処分を賜るへき筋合であると思料致されますのに不拘第一審に於ての検察官は重かるへき相被告人筒竹に懲役一年を又軽かるへき被告人滝本には却て懲役二年と云う実に意表に出た求刑があり弁護人は痛烈に求刑の出鱈目であり不当であることを主張致したのであります幸にして第一審裁判所に於かれても之を認められてか相被告人筒竹には求刑より重く懲役壱年六月被告人滝本には求刑の半分である懲役壱年の言渡を受けたのでありますが相被告人筒竹には前科なきの故を以て三年間執行猶予の恩典を賜つて居ります、茲に於て被告人滝本は自分の犯した罪の恐ろしさに今更の如くものゝき自責の念に満ちて居りますが尚ほ之を客観的に考察致しまするとき被告人滝本は前刑共に実に懲役三年の実刑となり之に反し相被告人筒竹は被告人滝本が前刑を受けた犯罪につき事実上共犯者でありながら被告人滝本が当時一身に罪をかぶつたが為め罪を免れ本件に於てのみ始めて処刑を受けることとなり懲役壱年六月て而も執行猶予の恩典に浴すると謂う結果と相成る如きことは具体的妥当性を失はぬ判決てあると謂ふことが出来ぬのであることは固より著しく正義に反するものと思料致します。

以上

昭和二九年(あ)第三三三五号

判　決

本　籍　千葉県山武郡南郷村上横地一六四一番地
住　居　東京都足立区梅田町一一五五番地　北島彦一方
無　職
長谷川忠義
大正六年九月二五日生

右被告事件について昭和二七年一一月六日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。
当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

弁護人猪股正哉の上告趣意第一点について。
控訴審が第一審判決の量刑不当若くは法令適用の誤を理由としてこれを破棄し自判するに当つては第一審判決認定事実に対し法令の適用を示せば足り控訴審として改めて事実を認定するを要しないこと当裁判所の判例の趣旨とするところある(昭和二七年(あ)六三一六号同二九年四月一三日第三小法廷判決、集八巻四号四六二頁、昭和三〇年(あ)一九二四号同三〇年一二月一日第一小法廷決定、集九巻一三号二五七七頁並に論旨引用のもの)。右判例の趣旨によれば、控訴審が第一審判決の事実認定について触れるところなく或はこれを是認しつつ他の理由によりこれを破棄する場合には改めて認定事実を判決に

昭和三三年四月一五日判決　昭和二九年(あ)第三三三五号

判示するを要しないこと明らかである。記録によると、原審は第一審判決に事実誤認も量刑不当もないとし、たゞ訴訟費用の負担を命じた部分に理由不備あることを理由として第一審判決を破棄した上、第一審の認定事実につき第一審と同一の擬律、量刑をなし、訴訟費用の負担についてのみ第一審と異る主文の言渡をしたこと明白であるから、原審判決手続には何らの違法はないといわねばならない。従つて原審手続の適法でないことを前提とする憲法三一条違反の所論は前提を欠き採用できない。

同第二点について。

所論は刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同第三点について。

所論は刑訴四〇五条の上告理由に当らず、また、所論自体は再審を請求できる場合に当る事由の主張ということもできない。（論旨主張のような事実を認めるべき資料は本件記録に存せず出されていない。）

記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条、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。

昭和三三年四月一五日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　垂水克己

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

弁護人猪股正哉の上告趣意

右の者に対する賍物故買被告事件につき後記の通り上告の趣意を明かにする。

第一点　原判決は憲法第三十一条に違反するから破棄さるべきである。

原判決は、第一審判決に法令の適用の誤りありとして第一審判決を破棄した上、第一審の認定した事実に法令の適用を示し、刑の言渡しをした。しかし、「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はれ又はその他の刑罰を科せられない」ことは憲法第三十一条に規定されているところであり、法律の定める手続である刑事訴訟法第三三五条第一項によれば「有罪の言渡しをするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない」のである。而してこのことは控訴審が第一審判決を破棄した上自ら有罪の言渡をなす場合にも同様であるといわなければならない。なんとなれば、刑事訴訟法第四〇四条によれば、同法に特別の規定のある場合を除いては前示同法第三三五条が控訴審の審判について準用され、しかも、控訴審が破棄自判をする場合について、特別の規定が見当らないからである。のみならず、控訴審が第一審判決を破棄した場合は、少くとも訴訟法上は、第一審判決は全部破棄され、判決としては既に無に帰しているのである。勿論、この場合判決以外の適法なる訴訟手続の結果（例えば事件の実体たる第一審が適法に確定した事実）までも訴訟法上全く無に帰したとは言えないが、それは訴訟法上確定的な存在ではなく、単に観念的事実として存在し訴訟法上再びこれを採用しうるという状態で存在しているに過ぎない。従つて、控訴審が自ら破棄した判決の内容を再び採用するには、これを再び訴訟法上確定的な存在たらしむる手続即ち自らなす判決に於てその旨を判示すべきものであり、このことは訴訟手続とくに判決という手続が元来裁判の公正確実を期することをその存在目的

としていることからも当然要請される事柄であるからである。

尤も、御庁昭和二六年(あ)第二九四三号同二八年八月七日第二小法廷決定は「この場合、訴訟法上、第一審判決は全部破棄されたのであるが、原審は第一審判決の事実の認定には何ら違法の点がなく、従つて犯罪事実は第一審に於いて適法に確定されたものと考えたのであるから、原審が第一審判決の認定した事実を基礎としてこれに法令の適用したのは正当というべきである。」と判示しているが、その不当なること前述の通りである。又右判例の如きことが許されるとすれば、第一審が判決するに当つて、起訴状記載の公訴事実が適法に確定されたと考えたならば、罪となるべき事実を判示せず、直ちに起訴状記載の事実に法令の適用することも許されることとなり、かくては刑事訴訟法第三三五条は空文と化し、延いては憲法第三十一条に違反すること明らかである。

第二点　原判決の如き便法が許されるとしても、原判決には次の如き理由不備の違法がある。

原判決が第一審判決の認定した事実に対し法令の適用をなしたのは「犯罪事実は第一審において適法に確定されたものと考えた」ためであるかも知れないが、第一審判決が認定した事実は「被告人長谷川忠雄（忠義の誤り）は前記のように後藤一政が他より窃取して来たものである情を知りながら云云」であり、そこに引用されている「前記」の後藤が他より窃取して来た事実というのは、第一審が同一判決により認定した原審共同被告人後藤一政に係る犯罪事実であるところ、右第一審判決の内後藤に関する部分は原審自ら後藤に関する判示第一事実につき「理由のくいちがい乃至事実の誤認がひいて法律の適用を誤つたもの」とし「被告人後藤のその余の論旨並に堀込弁護人の論旨に付判断を省略し」て破棄の上、第一審に差戻しているのである。然らば、原判決が第一審に於て適法に確定されたと考えた犯罪事実は、自らなした破棄によつて確定することのできない事実を内容とする未確定のものに帰するから、結局原判決は、罪となるべき事実を判示しない違法がある。

第三点　原判決には再審の請求をすることができる場合にあたる事由があるから破棄すべきである。

被告人は、昭和二十七年二月六日頃東京都台京区浅草芝崎二丁目六番地国際劇場附近道路上で後藤一政から、同人が他より窃取して来たものである情を知り乍ら中古自転車一台を買受けたとの事実につき有罪の言渡を受けたが、（第一審判決別紙第二犯罪一覧表第六の事実）これに関し無罪を言渡すべきこと明らかな証拠がある。すなわち、本件記録編綴の原審共同被告人後藤一政作成の控訴趣意書中に「次に該警察官作成の調書中、第十二項目辺で（本年三月二十七日附の起訴状では）被害者氏名鈴木達也都内港区浜松町、関口運送店前路上において本年二月六日頃同人所有の中古自転車壱台を私が（被告人）が窃取して同日長谷川忠義住居（省略）へ浅草附近にて連絡の上売却したとあるは警察官等の強要に依つて、記入されたものでありまして、決して私の自供ではありません。その証拠としては本年五月十五日、東京地方裁判所刑事第五部清水春三裁判官係で公判されました賍物故買被告事件被告人百瀬義雄四十二才住居（省略）居住の同人故買被告事件調書に私及び百瀬の正しい供述があり、尚ほ又百瀬義雄に係る同上被告事件の記録書類中に添附された前記被害者鈴木達也並に同自転車買取人川上清一氏等の協議返還書及び右該自転車の預り人、一時預り店の店主大西某らの答申書等に依り十二分に証明されます。以上に依り第一審の公判審理は不十分であつた事がうかがはれます。つまり長谷川に売却したのではなく百瀬に売却したのが正しいのです。現在のまゝでは二重に売却したことに成り、又長谷川は該事実では架空の故買人に成つてしまいます。」との供述があり、この供述によれば被告人前記犯罪は成立せず無罪を言渡すべきこと明らかであり、しかもこの供述は全く後藤が自分自身のためにのみなした控訴趣意書であつて、決してことさらに本件被告人のためなされたものでない等その供述がなされた意図、動機状況及その内容並に本件記録にあらわれたその他の証拠に照し、充分信用し得るものである。而して右の供述はあらたに発見された証拠でもあるから、原判決を破棄の上、前記犯罪事実に関しては無罪を言渡すべきものと思料する。

三、以上

昭和三〇年(あ)第二八八号

判　決

本　籍　防府市大字三田尻字福聚町二二番地
住　居　横浜市鶴見区市場町一一六七番地
会社員　田村八郎　明治三九年一月一七日生

右関税法違反被告事件について昭和二九年一一月三〇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。
被告人田村八郎を懲役八月に処する。
但し被告人に対し本判決確定の日より三年間右刑の執行を猶予する。
被告人から金一〇七万九四〇〇円を追徴する。
第一審の訴訟費用中証人中本五郎一、同淀川恒二、同島津寛、同河田龍雄、同青木安子に支給した各旅費日当は被告人と原審相被告人鄭吉充、同李先祚、同大原源太郎との連帯負担とする。

理　由

弁護人籠宮慎一の上告趣意第一点について。

昭和三三年四月一五日判決　昭和三〇年(あ)第二八八号　一

原判決前文に「当裁判所は検事今井和夫関与の上左の通り審理判決する」旨の記載あること所論のとおりであるが、その趣旨は原裁判所は右検察官の公判廷出席の下に審理しこれに基いて主文のとおり判決するというにあつて、検察官関与の下に合議した趣旨でないこと多言を要しない。記録によるも、所論の点に関する原審裁判所の構成及び審判手続には違法はなく、違憲の所論は原判文を正解せざるにいで、前提を欠き、採るに足らない。

同第二点は事実誤認、理由不備を主張し、同第三点は原審で主張、判断を経ていない第一審の法令違反を主張し、同第四点は事実誤認を主張し、同第五点は事実誤認、法令違反の主張をいでず、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

しかし、職権によつて船舶共栄丸没収の点について調査するに、旧関税法（昭和二三年法律一〇七号により改正された明治三二年法律六一号）八三条一項所定の関税法違反行為の用に供した船舶でも、それが第三者の所有に属するときはその所有者たる第三者において右船舶が同条所定の犯罪行為の用に供せられることをあらかじめ知つており、その犯罪が行われた時から引きつづき右船舶を所有していた場合に限り、右船舶を没収すべきものであるというのが同条同項の趣旨であり、右所有者たる第三者の善意、悪意に関係なくその所有の右船舶を没収するが如きは必要の限度を超脱しひいて憲法二九条違反たるを免れないものであることは当裁判所の判例の趣旨とするところである（昭和二六年(あ)一八九七号同三二年一一月二七日大法廷判決）。

第一審判決及び量刑の点を除くほかこれを是認した原判決が挙示の証拠によつて認定した事実によれば、押収の機帆船共栄丸は中本五郎一の所有であるところ、中本は昭和二八年三月二三日頃原審相被告人大原源太郎より同船の貸与方を申し込まれその際同人が通常賃料の約三倍に当る三万円位の賃料を支払う旨申し出たのに対し奇異の感を懐きつつ使途等について調査追求することなく漫然これを貸与したところ、大原は被告人田村八郎、韓国人金某外三名と共謀の上右金某が密輸入すべく下関港に海上輸送して来ていた判示課税外国貨物銅インゴットを不正方法で陸揚げ輸入し関税を免れようと企て、同月

二四日頃同港内において密かに右貨物を大原が船長として占有中の右傭船共栄丸に積み換えて出港し同月二四日小野田市東高浜横土手沖に廻航し同月二六日頃右銅インゴットのうち三噸六五〇瓩位を右横土手岸壁に陸揚げしたが税関に輸入申告をせず引き取り輸入し同貨物に対する判示金額の関税を逋脱した、そして、船舶所有者中本は大原の帰来後小野田市において共栄丸に密輸入品が積載されているのを発見し大原を難詰しその数日後同人より同船の返還と賃料三万円の支払を受けた、というにある。（原判決の以上の判断は相当である。）

右によれば、中本五郎一は本件関税法違反行為前から本件犯行後現在にいたるまで引きつづき右船舶共栄丸を所有している者であるが、同人が同船を大原に貸与するに際しこれが右関税法違反行為の用に供せられることをあらかじめ知つていた事実は第一、二審判決において認定せず、むしろ中本に悪意の認むべきものがないとしてその善意なることについての過失の点を判示したに過ぎないと解すべきであるから、それが判示のように本件犯行の用に供せられたからといつてこれを没収することは許されないこと、右判例の趣旨に照らして明らかである。また、右認定のように本件犯行後右船舶の占有が大原からの返還により所有者中本に戻つたことは原判決が本件に適用した右関税法八三条二項にいわゆる「犯人以外ノ者前項ノ物ヲ取得シタル場合」に当らない。けだし同条項にいう「取得」とは所有権の取得をいい、占有権の取得を意味しないと解すべきものであるから、従つて同条項によつても右共栄丸を没収することも許されないものといわねばならない。

してみれば、押収の共栄丸を没収する旨を言い渡した原判決は前記関税法八三条一項、二項の解釈を誤まつた違法あるもので、この点において原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものというのほかない。

よつて刑訴四一一条一号により原判決を破棄し、原審が確定した罪となるべき事実に法令を適用すると被告人の所為は昭和二九年法律第六一号による改正関税法附則一三項旧関税法七五条一項刑法六〇条に該当するので懲役を選択し所定刑期範囲内で被告人を主文第二項の通りの刑に処し情状酌量すべきものがあるので刑法二五条により三年間右刑の執行を猶予し、