たこと、右決定に対し齊藤一好から抗告の申立がなされたが、原決定は、同人は右保釈保証金没取決定に関しては、刑訴法三五一条にいう被告人でないことはもちろん、同三五二条にいう被告人以外の者で決定を受けたものにも該当せず、また、右保釈保証金没取決定を受けた者である渋谷史郎から右抗告につき委任を受けた形跡も存しないとの理由により、右抗告を不適法として棄却したものであることが明らかである。

しかし、被告人以外の者が保釈保証金もしくはこれに代わる有価証券を納付し、または保証書を差し出すのは、直接に国に対してするのであり、それによってその者と国との間に直接の法律関係が生ずるのであつて、その還付もまた国とその者との間で行なわれるのである。してみれば、この場合の保釈保証金を没取する決定は、その者の国に対する保釈保証金もしくはこれに代わる有価証券の還付請求権を消滅させ、またはその者に対して保証書に記載された保証金額を国庫に納付することを命ずることを内容とする裁判だといわなければならないから、その者はまさしく刑訴法三五二条にいう「検察官又は被告人以外の者で決定を受けたもの」に該当し、その者も没取決定に対し不服の申立（抗告）をすることができると解するのが相当である。これと異なり、このような者は、みずから不服の申立をすることができないとした当裁判所の判例（昭和三一年(し)第二五号同年八月二二日第二小法廷決定、刑集一〇巻八号一二七三頁、昭和三三年(し)第八四号同三四年二月一三日第二小法廷決定、刑集一三巻二号一五三頁）は、これを変更すべきものと認める。

したがつて、齊藤一好の前記抗告を不適法として棄却した原決定は、刑訴法三五二条の解釈を誤つた違法があり、これを取り消さなければいちじるしく正義に反するといわなければならない。

所論は、憲法三一条、二九条違反、判例違反を主張するが、原決定が、前記のとおり、法令解釈の点において取り消されるべきものである以上、その前提を欠くにいたり、また、保釈保証金没取決定に対し、事後に不服申立の途が認められれば、予め告知、弁解、防禦の機会が与えられていないからといつて、所論のように原決定が違憲とは認められず、所論引用の判例は、本件に適切でない。

以上の理由により、原決定を取り消し、更に本件抗告の当否につき審理させるため、本件を原裁判所に差し戻すべきものとする。

よつて、刑訴法四三四条、四二六条二項により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四三年六月一二日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　横田正俊
裁判官　入江俊郎
裁判官　奥野健一
裁判官　草鹿浅之介
裁判官　長部謹吾
裁判官　城戸芳彦
裁判官　石田和外
裁判官　田中二郎
裁判官　松田二郎
裁判官　岩田誠
裁判官下村三郎
裁判官大隅健一郎

昭和四三年六月一二日決定　昭和四二年(し)第七号

裁判官　松本正雄
裁判官　飯村義美

被告人　渋谷史郎

申立人斎藤一好の抗告趣意（昭和四二年一月二五日付）

一、原決定は、「抗告人斎藤一好は前記保釈決定当時前記被告人（当時は木田史郎）の弁護人であるとともに前記保証金額中に含まれている二通の保証書（額面合計二〇万円）を差し出し、かつ現金のうち二五万円を納付したものであるにとどまり、本件没取決定に関しては刑事訴訟法第三五一条にいう被告人以外の者で決定を受けたものにも該当しないことは明らかである。（昭和三一年(し)第二五号同年八月二二日最高裁判所第二小法廷決定参照）また同抗告人が本件没取決定を受けたものである木田史郎こと渋谷史郎から本件抗告につき委任を受けた形跡も存しないので結局本件抗告は不適法であり、同法第四二六条第一項により棄却すべきものである」と述べている。

二、しかしながら、斎藤一好は本件没取決定によつて、納付した保証金を没取され、保証書によつて保証した金額の支払いを余儀なくされようとしているのであつて、本件の決定の効力を受ける当事者そのものである。

にもかかわらず、もし原決定の理由に述べるように、本件没取決定は被告人に対するものであり、その決定の名宛人ではない、したがつてこの手続には参加できず、抗告もできないというのであれば、これこそ憲法第三一条の適法手続きがまつたく保障されないことになる。したがつて刑事訴訟法の規定を原決定のように解釈することが違憲であり、また刑事訴訟法が原決定のようにしか解釈できないとすれば刑事訴訟法そのものが違憲である。

憲法第三一条の、「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。」との規定が、適法な手続を保障したものであることは通説であり、適法な手続きとは、「近代諸国法にお

いて自由の保障のためにもつとも妥当な手続として歴史的に形成されたひとつの手続を予想し、」「そのこまかい内容は、時と所によつて、非常にちがうが、関係者の異なる意見相互間の弁証法的対決手続にもとづいて裁断が与えられることを核心とする手続であることについては、ほぼ一致している」（宮沢俊義著日本国憲法コンメンタール二八四頁）あるいは、「憲法の精神と現代の法律文化によつて決せられるという外あるまい。例えば、実体法においては、構成要件の内容が漠然としていたり、極めて広いものであつたりした場合、訴訟手続においては被告人の防禦権を実質的に制限した場合、などにおこるであろう。」（法学協会註解日本国憲法上巻五九〇頁）「被告人の言分を充分聴取（rechtliche Gehör）しないで処罰したり」したときなどのように、「憲法のどの条文に反すると明かにはいえないが、憲法の精神に反するといわざるをえない場合がある。このような場合は本条によつて救済するのが妥当である。」（同五八八頁）とされている。

また「刑罰を科せられない」という「刑罰」に、固有の意味の刑罰のほかに、秩序罰や執行罰を含むと解されることを当然のこととされている。（前掲各書）

原決定は、また没取の対象たる弁護士を手続きに干与させないで、その財産権をうばうことになり、所有権を保障した憲法第二九条にも違反する。

昭和三七年一一月二八日の最高裁大法廷判決（刑集一六巻一一号一五七七頁）は、第三者所有物の没取について、その第三者に告知をなし、その者に参加及び陳述の機会を与えなければならないとしているが、これはまさに以上の法理を明快に示したものであり、原決定は真向からこれに違反していることが明らかである。

三、以上の次第であるから、原決定は第一に憲法第三一条第二九条に違反し、第二には前記最高裁大法廷の判例に違反しており、取消しをまぬがれない。

以　上

昭和四二年(し)第七号

被告人　渋　谷　史　郎

申立人齊藤一好の抗告趣意補充（昭和四二年一月二六日付）

一、右にかゝる保釈保証金没取請求事件について、原決定は、本件保釈保証金没取決定によつてその意思に反し財産上の不利益を科せられるべき弁護士の陳述を聴く必要がないものとし、これに告知、弁解、防禦の機会を与えず、また不服申立の手続きも保障しなかつた点および刑事訴訟法がそのような手続きを保障しなくても違憲でないとの前提に立つている点で昭和三七年(ク)第六四号昭和四一年一二月二七日大法廷決定の、「原則として過料の裁判をする前に、当事者（過料に処せられるべき者）の陳述を聴くべきものとし、当事者に告知・弁解・防禦の機会を与えており、例外的に当事者の陳述を聴くことなく過料の裁判をする場合においても、当事者から異議の申出があれば、右の裁判はその効力を失い、その陳述を聴いたうえ改めて裁判をしなければならないことにしている。」

しかも、過料の裁判は理由を付した決定でこれをすることとし、これに不服のある者は即時抗告をすることができ、この抗告は過料の執行停止の効力を有するものとするなど、違法・不当に過料に処せられることがないよう十分配慮しているのであるから、非訟事件手続法による過料の裁判は、もとより法律の定める適正な手続による裁判ということができ、それが憲法三一条に違反するものでないことは明らかである。本判例の趣旨は、刑事上の没取の制裁にも、あてはまることは明らかであろう。

（裁判所時報第四六五号参照）

右抗告申立書を補充する。

以　上

被告人　渋谷史郎

申立人斎藤一好の抗告趣意補充(二)（昭和四二年六月二〇日付）

第一、原決定は憲法第三一条の適法手続の保障を欠き、違憲である。

一、原審たる東京高等裁判所は保釈保証金没取決定に対する抗告申立を棄却し、その理由として、「抗告人斎藤一好は、保釈決定当時、被告人の弁護人であるとともに、保証金額中に含まれている二通の保証書（額面合計二〇万円）を差し出し、かつ現金のうち二五万円を納付したものであるにとどまり、本件没取決定に関しては、刑事訴訟法第三五一条にいう被告人でないことはもちろん、同法第三五二条にいう被告人以外の者で決定を受けたものにも該当しないことは明らかである。（昭和三一年(し)第二五号同年八月二二日最高裁判所第二小法廷決定参照）また同抗告人が本件没取決定を受けたものである木田史郎こと渋谷史郎から本件抗告につき委任を受けた形跡も存しないので結局本件抗告は不適法である。」とする。

二、そうして抗告人が抗告の理由として述べた

(一)　保証金を納付しかつ保証書を差し入れた抗告人斎藤一好が本件没取決定によつて実質的不利益を蒙る者であり右斎藤に何ら意見を述べる機会を保証されずになされた原決定は憲法第三一条、二九条に違反するものである。

(二)　抗告人斎藤一好は被告人に対する刑の執行の支障なく行なわれるような検察当局にあらかじめ注意を喚起し、積極的に協力していたこと。

(三)　右のような抗告人の注意喚起や協力にもかかわらず、東京高検は当時被告人は別件で東京地裁で審理を受けており容易に執行できたにもかかわらず漫然横浜地検に執行を嘱託し、又横浜地検は抗告人の意見を聴くことなく、全く無

関係な別件事件の弁護人の依頼により本件の刑の執行着手を延期し、その間に被告人は逃亡するに至つたこと。

(四) その後抗告人は被告人の立ち廻り先等について可能な限りの努力をして情報を提供し、抗告人の右協力もあづかつて被告人は収監されるに至つたこと等の点については判断の余地のないものとして、一顧も与えなかつたのである。

三、そこで被告人はあらたに弁護士徳満春彦を代理人として委任し、東京高等裁判所に保証金没取決定に対する、抗告申立を別になし（同庁昭和四二年(く)第一一号）その中で前記各理由を主張し、その判断を求めた。

四、しかるに右抗告申立に対し、東京高等裁判所はこれを棄却するとの決定をなしたが、その理由中で斎藤一好に関係する前記(一)(二)(四)の被告人の主張については何ら判断するところがなかつたのである。

すなわち右棄却決定は、ただ「被告人は昭和四一年一二月下旬みずから検察庁に出頭し収監されるに至つたとはいえ、それは原決定後であるばかりでなく、被告人は実に五箇月余も行方をくらましてその間検察庁が多大な労力を費して捜査活動をした末のことと認められるのであつて、所論のように「刑の執行確保という目的は達成され、没取決定の実質的根拠は消滅した」とはとうていいいがたく、保釈保証金制度の目的とする所期の効果はむしろ得られなかつたものといわなければならない。又所論のように被告人の刑の執行確保については、検察官に過失があるとも認められない。」と判断するのみであつた。

五、これは右棄却決定が没取すべき額について裁量するについては、弁護人に存する事情については本来考慮すべき事情に入らないとの前提をとつていることを示している。

これでは、保証金を納付し、或いは保証書を提出した弁護人が没取決定によつて実質上財産権を侵害されたとして自らの名で裁判所の判断を求めんとすれば適格なしとして拒否され、又被告人のなす抗告審の手続中でその主張をなさんとすれば、法的に参加乃至陳述の機会が保証されていないばかりか、事実上も何らの顧慮がなされないのである。

もし没取決定の手続きが、以上のように進められることを許すならば、実際に財産権を侵害される当の弁護人は沈黙をしいられ手続に参加することができないこととなり、近代憲法の大原則の一つである憲法三一条の適法手続が全く保障されないこととなる。従つて原決定はこの点で違憲であり、とうてい破棄をまぬがれないことが明らかである。

第二、最高裁第二小法廷決定の誤

一、原決定は保証金納付者であり、保証書提出者である斎藤一好がその名でなした抗告申立を棄却する理由として、同人は刑事訴訟法第三五二条にいわゆる「被告人以外の者で決定を受けた者」に該当しないことは明らかとして、最高裁判所第二小法廷の昭和三一年八月二二日の決定を引用する。しかし右最高裁決定は、法令の解釈を誤つたもので、変更を免れないと信ずる。

二、すなわち本件保釈の請求人は、弁護人たる斎藤一好であり、本来保釈決定で保証金の納付義務を命ぜられる者は保釈請求者である。すなわち刑事訴訟法第九四条第二項は「裁判所は保釈請求者でない者に保証金を納めることを許すことができる。」旨規定しているところからも明らかなように、法律は保釈保証金の納付者は本来保釈請求者であることを予定しているのである。すなわち保釈許可決定の名宛人は保釈請求者であつて被告人自身でないと解するのが相当である。被告人が右保釈許可決定で、保釈されるのはその事実上の効果であるにすぎない。しかして本件の保釈請求者は、斎藤一好であるから、その没取決定の名宛人も斎藤一好でなければならない。原決定が斎藤一好がその名でなした抗告申立を刑事訴訟法第三五二条にいわゆる「被告人以外の者で決定をうけたもの」でないと解し、不適法として棄却したのは決定に影響を及ぼす法令の解釈を誤つたもので、これを破棄しなければ著しく正義に反すると信ずる。

三、仮りに保釈許可決定の本来の名宛人が被告人であり、被告人が釈放されるのは右決定の本来的効果であるとしても、このことは右保釈許可決定に含まれる保釈保証金納付命令の名宛人、すなわち右保釈保証金没収決定の名宛人が当然に

被告であると解することはできない。通常の場合、保釈保証金納付者が事実上被告人自身であることがまれではないことから、右の両者を区別することなく、漫然と保釈許可決定の名宛人が、同時に取扱上保釈保証金納付命令の名宛人とされているにすぎないのである。

右は左記の各理由から認められる。すなわち、

(1) 刑事訴訟法第九四条第二項第三項は「裁判所は、保釈請求者でないものに保証金を納めることを許すことができる。裁判所は、裁判所の適当と認める被告人以外の者の差し出した保証書を以て保証金に代えることを許すことができる。」と規定する。右は、保釈保証金納付者乃至保証書提出者があらかじめ自己が納付ないし提出したい旨の申請をなし、これに対して、裁判所が許可を与えることを意味している。つまり、保釈許可決定書で、被告人以外の者に保証金の納付を許可し、又は保証書をもつて保証金に代える旨の許可決定をなしているときには、単に被告人に対する保釈許可決定があり、その条件について被告人以外の者にも事実上の効果が及ぶのではなく、決定は、被告人と、保証金納付者乃至保証書提出者の両者に対してなされた二個の決定がある（あるいは一個の決定について名宛人が複数ある）と解すべきである。

本件の場合斎藤一好に保釈許可決定書、並びに保証書名義人変更決定書が送達されていることは、このことを示している。

(2) 刑事訴訟法は、被告人自身が保証金を納付する本来の制度の他に、被告人以外の者に保証金の納付を許す制度や、保証書提出を許す制度を設けたが、これは被告人以外の者に被告人の出頭確保につき身柄引受人的役割を期待し、被告人以外の者に身柄引受人的役割を負担させることを代償として保釈を幾分でも緩和しようとの配慮に基くものである。従つて裁判所は右の許可を与えるについては右の者と被告人との人的関係、監督の実を挙げうるか等を検討するのであつて単に事実上の保証金納付の方法を定めるものではないのである。すなわち保証金納付者乃至保証書提出者は、右の身柄引受人たる立場よりする独自の法的地位を有する者であつて、単なる事実上の金銭負担者ではない。

(3) 保証書による保証の性質については、民法の保証とは異なり、本人の債務の支払いを保証するものではなく、単純に、一定の場合に保証金を納付する義務を負担するとともに、被告人が保証を取り消された場合には保証金相当額を没取される危険を負うものであるが、右の性質からいつても保証書提出者は、被告人とは独自の法的地位に立ち、右は裁判所の正式の保証書提出許可決定にもとづくものである。

(4) 没取裁判の執行については、保釈保証金が現金又は有価証券により納付されているときは、裁判所又は裁判官の指揮により保釈保証金没取決定に基き裁判所職員がこれを執行し、（刑訴法四七二条一項但書、昭和二四年二月二三日最高裁判所刑二第二〇六七号刑事局長、経理局長通達参照）保証書が提出されているときは、没取決定に基き、検察官の命令によつて執行する。（刑訴法四九〇条）

本件の場合、本件没取決定に基き、納付した保証金は裁判所職員により、保証書の分は検察官の命令でそれぞれ斎藤一好が執行を受けることになることは明白である。このことは、右没取決定の名宛人が斎藤一好であることを物語つている。

(5) 凡そ裁判において、その効力の及ぶ主観的範囲は何であるかは、極めて重大な問題であり、例えば民事訴訟法においては二〇一条を設け、判決の主観的範囲を、原則として当事者となし、当事者と同視すべき地位にある者（口頭弁論終結後の承継人等）、に限つて、拡張しているにすぎないのである。そうして当事者として表示された者以外の者に執行する場合には、とくに裁判官の命令ある場合に限つて執行文を附与すべきものとする等（民訴法五二〇条、四九七条ノ二）いやしくも第三者に不当な侵害が及ばないよう慎重な手続がとられている。（民訴法五二〇条二項、五

二二条）しかも注目すべきことは、当事者以外の者に裁判の効力の拡張がなされ、その者の権利が侵害される場合には、かかる第三者に必ず不服申立の法的手段が保証されていることである。

今原審のいうごとく、本件没取決定は被告人木田史郎こと渋谷史郎に対してなされたものであり、しかも現実に財産権の侵害をうける斎藤一好に不服申立権が保障されないとすれば、右被告人に対する没取決定の効力及びその執行が斎藤一好にまで拡張されるいわれはないのである。

以　上

昭和四二年(あ)第一五六三号

判　決

本籍および住居　石川県石川郡松任町字相川町イ八〇番地

会社員　山　武

昭和一八年四月一〇日生

右の者に対する業務上過失傷害被告事件について、昭和四二年五月二五日名古屋高等裁判所金沢支部の言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があったので、当裁判所は、次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。

本件を名古屋高等裁判所に差し戻す。

理　由

弁護人今島廉蔵の上告趣意は、単なる法令違反の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。

しかしながら、所論は、被告人に原判決の判示するような過失はないと主張しているので、職権をもつてこの点を検討する。

第一審判決が認定した罪となるべき事実は、被告人は、自動車運転の業務に従事するものであるが、昭和四〇年六月二八日午後一〇時五〇分ごろ普通貨物自動車を運転して石川県羽咋郡押水町字小川力、五〇番地先の幅員六・〇七米の国道を時速約五〇粁で南進中、当時雨後のため路面が湿潤し滑走しやすい状態であったにかかわらず、先行する乗用自動車に接近

し、その直ぐ後方約八米の箇所を、右先行車の車体にさえぎられて進路左前方に対する見通しがきかない状態のまま、前記高速度で漫然追従進行した業務上の過失により、折から右折の合図をしつつ前方道路左側を同方向に進行中の岡部康孝（当時三八才）運転の第一種原動機付自転車を看過し、右車両が右折を開始し自車の進路上に進出するに至つてはじめてこれを約五・二米前方に発見し、急制動措置をとつたが及ばず、自車左前方フエンダー付近を右車両のガソリンタンク右側付近に衝突転倒させ、よつて、右岡部に全治約七か月を要する右大腿骨、下腿骨骨折等の傷害を負わせた、というものであり、第一審判決は、右認定事実に刑法二一一条前段を適用して、被告人を罰金三万円に処している。

そして、原審弁護人が、本件事故の原因は、被害者が後方を十分確認せず、道路交通法三四条二項に違反していきなり右折を開始した過失によるものであり、被告人にはなんら過失がなかつた旨を主張したのに対し、原判決は、第一審の認定事実を維持し、本件の場合、被告人としては、先行車と自車との間を、他の歩行者もしくは車両等が横断を試みる場合があることは当然予想されるところであるから、すべからくいつたん減速するなどして、先行車との間に相当な車間距離を保つて進行する注意義務があつたのであり、被告人が右注意義務を守つておれば、たとい被害者が前記のような違法な（道路交通法三四条二項違反の）右折方法をとつたとしても、本件事故は避けられたと認められる旨の判断をして、弁護人の前記主張をしりぞけている。

しかし、原判決が維持した第一審判決の前記認定によると、被害車両は、はじめ先行車の左側を、先行車よりむしろ前を走つていたが（そう考えないと、被告人の位置から被害車両が見えなかつたという認定が不合理である。）、事故発生地点の直前で先行車をやりすごすと同時に、進路を右に転じて被告人の自動車の前面に出てきて衝突したことになる。しかも、先行車と被告人自動車との間隔約八米は、計算上時速約五〇粁の車両がわずか〇・六秒弱で通過する距離であるから、第一審認定どおりの事実関係であるとすると、この間隔に割りこんで瞬時に被告人の自動車の前面を通過しようとする被害者の行

為は自殺的行為にひとしいものというほかなく、被告人としては、かような被害者の自殺的行為までも予見することは不可能であるといわなければならない。

したがつて、前記第一審の事実認定を正当として維持する以上、原審としては、本件事故につき被告人に過失は認められないものとして第一審判決を破棄すべきであつたにかかわらず、前記のように、先行車と自車との間を他の歩行者もしくは車両等が横断を試みる場合のありうることを予見することが被告人にとつてなお可能であつたとして、被告人に過失の責任があることを認めたのであつて、この点において、原判決には判決に影響を及ぼすべき理由のくいちがいまたは法令の解釈適用を誤つた違法があり、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。

しかしながら、記録を調べてみると、第一審判示の事実関係は、ほとんど被告人の供述にそつて認定されたものであることがうかがわれ、しかも、その内容は他の証拠に照らして多少不自然の感を免れない。ことに、先行自動車の存在を肯定させる資料は被告人の供述だけであり、被害者および事故の目撃者がこれを否定している点は再検討の必要があると思われる。そして、もしも先行車両がなく、事実は被害者および目撃者のいうとおりであるとするならば、被告人には、本件事故につきなんらかの過失があつたのではないかと疑うべき余地があるので、これらの点につきなお審理を尽くさせるため、本件を原裁判所に差し戻すのが相当であると認める。

よつて、刑訴法四一一条一号により原判決を破棄し、同法四一三条本文により本件を原裁判所に差し戻すこととし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

検察官　八木胖公判出席

昭和四三年六月一三日

最高裁判所第一小法廷

昭和四三年六月一三日判決　昭和四二年(あ)第一五六三号

昭和四三年六月一三日判決　昭和四二年(あ)第一五六三号

裁判長裁判官　大隅健一郎
裁判官　入江俊郎
裁判官　長部謹吾
裁判官　松田二郎

昭和四二年(あ)第一五六三号

被告人　山　武

弁護人今島廉蔵の上告趣意（昭和四二年七月二八日付）

原判決は法令の解釈を誤り、審理不尽の違法あり、右は判決に影響を及ぼすこと明かであり之を破棄しなければ著しく正義に反する。結局刑事訴訟法第四百十一条一号、三号に該当するを以て同条本文により本件を原裁判所に差し戻すべきである。

上告の理由

一、原判決は被害者の法規違反、注意義務懈怠の事実を認めながら尚ほ被告人に対し不当の注意義務を要求して居る。

被告人は自動車運転者としては特別な事情なき限り、他車が衝突を回避するため適切な行動に出ることを信頼して運転すれば足りる情況下にあつたもので法規に反して自車の前面を突破せんとする車輛のあり得る事まで予想し前方の安全を確認し、事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務はない、この信頼原理に反して原判決は被告人に「減速して先行車との間に相当な間隔を保つて進行すべき注意義務がある。然るに特別の事情なきに拘らず之を怠つた、この義務要求は被告人に難きを求めるものでない」として被告人の「無過失」主張を却けて居る。

二、被告人が、被害者の違法、過失として指摘した処は、

(イ)　被害者はバイク運転者であり被告人と同じく道路交通法を遵守すべき義務あるものであるが本件交差点を右折横断を企てその際右道交法三四条二項を完全に無視して道路左端より右交差点へ向け右折横断を企て道路中央で被告人の自動車の左側に自己の車を衝突せしめたのである。

この違法は被害者も自認原判決も認定して居る。

(ロ) 被告人は本件国道（道巾は六メートル〇七、約三間二尺）を前進車の後方八米或は十二米の間隔で左側進行してこの交差点に差し掛つた。前進車が交差点を通過した直後被害者の車が左側の路端から突然交差点に向つて斜に国道に進入したのである。

右進入前被害者は路端に停車して居て前記前進車に後続して進行して来た被告人の車を正確に認とめ得ず横断に踏み切つたものである。（間隔十分と誤認）

被害者は終始この前進車を認とめなかつたと主張して居るが之は検事も一、二審判決も採用せず前進先行の車が交差点を通行した直後被害者が道路横断に出たことを認とめて居る。

この行為は道交法三十四条に違反して居る。交差点で右折の場合はセンターラインに沿つて云々の規制（新法）を怠つて漫然左側路端より中央線に向つて斜めに進行し被告人運転の自動車の左前側に自車を突きあてたのである。

(ハ) 尚ほこの道路の左側より中央線（センターライン）迄の直線距離は僅か一間四尺であり被害者が飛び出した地点から衝突地点までの斜線距離は五米八五（三間一尺三寸）と測定されて居る。

この短かい道路を横断した被害者は被告人の車を見落としたものと思われるはれども被害者は前記の前進車は見ないで被告人の車はバックミラーにより相当遠く距れた処に居るものと判断して横断に出た、然し之は自分の誤視であつて被告人の車は既に自車に近接して居たのだと述べて居る。

結局被害者は右折運転の違法と後方確認の注意義務違反を認とめて居るのである。

三、上告代理人は如上の場合に於て被害者の車輛が上記の如き交通法規に違反して自車の前面を突破しようとする事を予想して事故の発生を未然に防止する業務上の義務があるか否かに付之を否定的に解するものである。（最高裁昭四〇㈠一七五二号）

この場合被告人は被害者より優先してこの道路を通行する権利があり被害者に於て法規を守つて他車との衝突を回避するため適切なる行動に出ることを予測、信頼して運転すれば足るものである。

本件は交差点に於る車輛対車輛の衝突事故である。車輛対老人、子供、其の他歩行者との按件とは異なるものである。後者の場合、歩行者に対し如上の信頼を期待するのは無理であるが本件に於ては如上の期待、信頼を寄するも差支へないと信ずる。

四、原判決は右の場合（車輛対車輛）に於ても被告人は、

(イ) 前進車と被告人の車輛が接近し過ぎて居た、速力も時速五十キロで高速である。

(ロ) この結果被告人は被害者の車を先行車の車体に妨げられて進路左前方に対する見通しがきかなかつた。

(ハ) この際被告人は先行車との間隔を保つて進行すべきであつた。

この注意義務を怠つた。

この注意義務の要求を拒ばむ特段の事情は存在しない。

この注意義務要求は被告人に難きを求とめるものではない。

として有罪とした。

五、然し上告代理人は優先進行の権利を有する被告の車は先行車に続いて交差点を進行して差支へなく唯一つの注意義務は右方中央線近くに右折横断を企てる他車なきや否やを確認することであり左方道側より交差点横断を企つる違法車輛を予想してこれが対処を執るの義務はなしと信ずるものである。（道交法第三七条）

結局原判決は被告人に前記の如き業務上の注意義務ありとして、第一審判決を維持したことは法令の解釈を誤り審理不尽の違法あり判決に影響を及ぼすこと明かで之を破棄しなければ著しく正義に反するものである。

以上

昭和四三年(あ)第四九二号

決　　定

本　籍　広島県竹原市忠海町五四七五番地
住　居　同県同市同町五二一九番地
燃料販売業
角　本　平　太　郎
昭和一六年八月一八日生

右の者に対する公職選挙法違反被告事件について、昭和四三年一月三〇日広島高等裁判所の言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主　　文

本件上告を棄却する。

理　　由

弁護人馬場秀人の上告趣意は、違憲をいう点もあるが、実質は事実誤認、単なる法令違反の主張であつて（原審の適法に確定した事実関係の下においては、被告人を出納責任者であるとした原審の判断は正当と認められる。）、刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。

よつて、同法四一四条、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。

昭和四三年六月一三日

最高裁判所第一小法廷

昭和四三年六月一三日決定　昭和四三年(あ)第四九二号

昭和四三年六月一三日決定　昭和四三年(あ)第四九二号

裁判長裁判官　入江俊郎
裁判官　長部謹吾
裁判官　松田二郎
裁判官　岩田誠
裁判官　大隅健一郎

昭和四三年(あ)第四九二号

被告人　角本平太郎

弁護人馬場秀人の上告趣意（昭和四三年四月一〇日付）

一、原審判決は、事実誤認と法律解釈の誤りがあり、破棄しなければ著しく正義に反するものであると考える。

第一審判決では、被告人は竹原市市会議員選挙に立候補した角本春茂の出納責任者として選出され、昭和四一年一一月三日その届出をなしたものであるということになつており、これを容認した原判決でも、「原判決が右事実認定の資料として掲げている各証拠を総合すれば、被告人は司法警察員及び検察官に対し、本件選挙の立候補者角本春茂の依頼により自己が出納責任者となつたことを自供しているばかりでなく、同候補者と被告人との両名は、本件選挙の公示日の前日頃一緒に竹原市選挙管理委員会事務局に出頭して、係員から立候補届出に必要な書類等を受領し、その際同候補者は係員に対し、息子である被告人を自己の出納責任者としても差支えないか、と尋ねていること、本件選挙の立候補届出書は、被告人が、父である同候補者に代つて提出し、また同時に自己を同候補者の出納責任者に選任する旨の届出書も提出しているが、右両届出書の候補者名下に押捺されている印影は同一のものであること、本件選挙終了後に提出されている選挙運動費用収支報告書（この点につき原判決は証拠の標目として選挙運動費用収支計算書と記載しているが、これは収支報告書の誤記と認める。）にも、出納責任者として被告人の氏名が記載されていること、がそれぞれ認められるところ、以上の事情から判断すれば、被告人が同候補者に代り同人名義でなした本件出納責任者選任届出の効力は、特段の事情の存しない限り、同人の意思に則した有効なものと認めるのが相当である。」と判断している。

本件では、前記候補者の立候補届出にあたり、被告人の名が出納責任者として記載せられていることは明白であるが、

被告人が独断で行つた届出行為それ自体届出として有効なものであるか、さらに右のような無効若しくはその効力に問題のあるような届出のみで、そのほか何ら実質的に出納責任者として職責もなく、行為もしていない場合、真に法律の定める出納責任者と認められるかどうか重要な問題となる。前記判決ではこの点の判断が不充分である。

被告人が竹原市選挙管理委員会事務局に出頭して立候補届出書を提出するに際しては、被告人は単に候補者角本春茂の使者として同書面を提出する権限のみを有したと考えられるが、そのとき同管理委員会の係員から出納責任者の記名押印が脱落しているから記載するよう注意されて、その場で候補者の角本春茂に相談することなく、従つて候補者の承諾なしに勝手に自己の名を出納責任者として記載し、所持していた認印を押捺して届出をすませたというものであつて、届出自体、公職選挙法一八〇条に違反し無効なものといわざるをえない。

原判決にあるように、被告人を出納責任者とする自白があるとか、息子である被告人を自己の出納責任者としても差支えないかと係員に尋ねているとかいうことであれば、届出書自体に事前に出納責任者として明記して届出たであろうと考えられるし、かりに事前に承諾があつて記載のみを書き落したというならば、被告人に勝手に書き込む権限があるのか、またその行為が有効と言えるか問題となつてくる。

法の要求する出納責任者なるものの設けられた理由は、実質的に公正な選挙を意図した格別重要な目的があるからであつて、単に名目的なものなら連座規定まで設ける必要はないわけである。反対に、法が特に厳格な規定を定めたゆえんについて考えると、何ら出納責任者として活動していない本件では、被告人を出納責任者と認めることがむつかしくなつてくる。

出納責任者の仕事としては、選挙運動に関する収入・支出の責任者として寄附金その他の収入を受領したり経費の支出をするほか、会計帳簿の備置、記載、明細書の提出、領収書の徴収、収入・支出の報告書の提出等の職務内容が定められ

ている。

候補者角本は、出納事務を自ら行つており、被告人にはタッチさせていない。報告書の提出も、その当時被告人はすでに勾留中であつたのでありできなかつたわけで、その場合出納責任者の解任もなく、事務引継もしないで、娘の角本素直美が候補者角本の指示で記載して提出している。

この場合、被告人が作成したようになつている同報告書の効力自体疑いがでてくる。

従つて、原判決のように収支報告書に被告人の名が記載されている一事をもつてして被告人を実質的に出納責任者とすることはできない。

一般的に法律の要求する資格要件は厳格であるのが普通であつて、単に名目的なものでは足らず、何らかの実質的要件を必要とする。

要するに、被告人を出納責任者と認めることはできないと解するものであります。

二、原判決は憲法三一条に違反する。

元来憲法三一条は法律の適正な手続によらなければ何人も処罰されないことを明記するものであるが適正な手続とは形式的な手続のみならず実質的な罰条の適正な解釈によらねば処罰を受けないと解すべきである。

よつて原判決の破棄を求めます。

以　上

昭和四二年(あ)第二九九七号

判　決

国　籍　韓国（慶尚南道釜山府谷町二丁目一六四番地）
住　居　大阪市東淀川区東三国町一丁目三一番地　バー「レボ」内
　　調理士　川上こと　李　三　出
　　大正一三年三月三日生

右盗犯等の防止及び処分に関する法律違反被告事件について、昭和四二年一一月一五日大阪高等裁判所の言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があったので、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

弁護人服部恭敬の上告趣意のうち、憲法一四条違反をいう点について。

盗犯等の防止及び処分に関する法律三条所定の常習累犯者というのは、犯人の属性による刑法上の身分であつて、憲法一四条にいう社会的身分に当たらないものであることは、昭和二六年八月一日大法廷判決（刑集五巻九号一七〇九頁）の趣旨に照らして明らかであるから、所論は採ることができない。

同憲法三九条違反をいう点について。

昭和四三年六月一四日判決　昭和四二年(あ)第二九九七号

昭和四三年六月一四日判決　昭和四二年(あ)第二九九七号

盗犯等の防止及び処分に関する法律三条は、同条所定の常習累犯者であるという事由に基づいて、新たに犯した罪の法定刑を重くしたに過ぎないもので、前犯に対する確定判決を動かしたり、前犯に対して重ねて刑罰を科したりする趣旨のものではないから、これが憲法三九条に違反するものでないことは、昭和二四年一二月二一日大法廷判決（刑集三巻一二号二〇六二頁）の趣旨に照らして明らかである。所論は採ることができない。

また、記録を調べても、刑訴法四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、同法四〇八条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

昭和四三年六月一四日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

被告人　李三出

弁護人服部恭敬の上告趣意（昭和四三年一月二六日付）

憲法違反の主張

一、本件事実につき、盗犯等の防止及処分に干する法律第三条第二条の適用がなされているところ、同法第三条は憲法第三九条同第一四条に違反するものであり、従つて前記法令を適用した原判決、並に第一審判決は憲法に違反するものである。

二、前記法律第三条は、

「常習として前条に掲げたる刑法各条の罪又は其の未遂罪を犯したる者にして其の行為前十年内に此等の罪又は此等の罪と他の罪との併合罪につき三回以上六月の懲役以上の刑の執行を受け又は其の執行の免除を得たるものに対し刑を科すべきときは前条の例に依る」

と定めています。

従つて右規定は、犯罪の構成要件そのものではなくそれ以外に犯罪者の前科の内容を以て刑罰の加重要件としているものであります。

然もその要件となる判示第二、第三の前科については、被告人としては、既に刑罰を科せられるに当りいづれも刑法第五六条、第五七条により刑を加重されて処断されているのであります。

本条は更にその上の加重を規定しているのであつて、構成要件該当行為そのものに対する処罰規定と異り、被告人の前科に干する身分によつて刑罰を加重しようとする趣旨のものであり、既に裁判を受けた犯罪を以て刑罰加重の要件とする

以上、同一の犯罪に対する再度の刑事上の責任を問うに帰し、更には前科に干する身分によって刑罰を加重する等の差別を招くもので、明らかに憲法第三九条の一事不再理の原則、並に同法第一四条の法の下の平等の原則に違背するものであります。

本条が、新憲法の前記規定を予測し得ない時点に於て成立施行された経過等に鑑み、あらためて検討の要あるものと思料し、上告に及びました次第。

以　上

昭和四三年(さ)第一号

判　決

国　籍　大韓民国（慶尚北道高霊郡雙林面平地洞）
住　居　群馬県渋川市新町一八八八番地
料理店経営
李　永　雨
一九二二年四月一〇日生

右の者に対する傷害被告事件について、大田原簡易裁判所が昭和四一年八月四日付でした略式命令に対し、検事総長から非常上告の申立があったので、当裁判所は、次のとおり判決する。

主　文

原略式命令を破棄する。
被告人を罰金二万五千円に処する。
右罰金を完納することができないときは、金五百円を一日に換算した期間、被告人を労役場に留置する。

理　由

大田原簡易裁判所が、被告人に対する傷害被告事件（同庁昭和四一年(い)第二〇三号）について、昭和四一年八月四日付の略式命令により、被告人の傷害の事実を認定して、同人を罰金三万円（不完納の場合は金五百円を一日に換算）に処し、右略式命令が同年八月二三日確定したことは、記録上明らかである。

しかしながら、刑法二〇四条、罰金等臨時措置法三条一項一号によれば、傷害罪の法定刑のうち罰金の最高額は二万五千

昭和四三年六月一四日判決　昭和四三年(さ)第一号

円であるから、これを超過して被告人を罰金三万円に処した右略式命令は、法令に違反したものであり、かつ被告人のため不利益であるといわなければならない。

よって、刑訴法四五八条一号但書により、原略式命令を破棄し、被告事件についてさらに判決することとする。原略式命令によって確定された傷害の事実に法令を適用すると、右事実は刑法二〇四条、罰金等臨時措置法三条一項一号に該当するから。所定刑中罰金刑を選択し、所定金額の範囲内で被告人を罰金二万五千円に処し、換刑処分につき刑法一八条を適用して、主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官　斎藤周逸公判出席

昭和四三年六月一四日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

裁判官　色川幸太郎

検事総長の非常上告申立書（昭和四三年三月七日付）

昭和四一年八月四日大田原簡易裁判所は、李永雨に対し「被告人は昭和四一年五月二九日午后七時頃那須郡黒羽町大字黒羽向町二番地花月旅館こと田代章彦方において酔余、特段の理由がないのに手拳で富田時子の顔面を殴打し因って同女に対し全治約二週間を要する左顔面打撲傷を負わせたものである。」との事実につき、刑法二〇四条、罰金等臨時措置法二条、三条、刑法一八条を適用して「被告人を罰金三万円に処する。右罰金を完納することができないときは、金五百円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置する。」旨の略式命令を発し、同略式命令は、正式裁判請求期間の経過により昭和四一年八月二三日確定した。このことは、添付の一件記録により明らかである。

しかしながら、刑法二〇四条、罰金等臨時措置法三条一項によれば、傷害罪の罰金の法定刑の最高額は二五、〇〇〇円であるからこれを超過して被告人を罰金三〇、〇〇〇円に処した右略式命令は、明らかに法令に違反したものであり、しかも、被告人に不利益であるといわなければならない。

よって、右略式命令を破棄して相当な裁判を求める次第である。

以上

被告人　李永雨

決定

本籍並びに住居　千葉県成田市成田八二一番地

無職

藤崎昭二

昭和一三年八月一八日生

右の者に対する盗犯等の防止及び処分に関する法律違反被告事件について、昭和四二年一一月二一日東京高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

当審における未決勾留日数中三〇日を本刑に算入する。

理由

被告人および弁護人伊藤哲郎の各上告趣意は、いずれも事実誤認の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない（原判決は、第一審判決を破棄して自判するにあたり第一審判決判示の罪となるべき事実および法律の適用を引用しているところ、第一審判決は、罰条として盗犯等の防止及び処分に関する法律三条、刑法二三五条、二四三条を適用しているが、被告人の本件行為は、同一の機会に同一の被害者からまず現金千円をすり取り、さらに現金七千円をすり取ろうとしたが逮捕されて遂げなかつたというものであつて、畢竟、包括して窃盗既遂の一個の罪と認めるべきものであるから、原判決が刑法二三五条のほか、同法二四三条をも適用したのは誤りといわなければならない。しかし、原判決は、本件窃盗既遂の

昭和四三年六月一八日決定　昭和四二年(あ)第二八四三号

二

罰条である盗犯等の防止及び処分に関する法律三条、刑法二三五条を適用しているのであるから、右の誤りは判決に影響を及ぼすものではない。)。

よつて、同法四一四条、三八六条一項三号、刑法二一条、刑訴法一八一条一項但書により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四三年六月一八日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　松本正雄

裁判官　田中二郎

裁判官　下村三郎

裁判官　飯村義美

昭和四二年(あ)第二八四三号

被告人　藤崎昭二

被告人の上告趣意（昭和四三年一月二六日付）

私は昭和四十一年十二月三十日府中刑ム所を出所してから昭和四十二年五月十八日迄の間体を悪く致し親の世話になつていたのであります、私は四十二年五月十八日スリで捕まり一審二審とも有罪を受けましたが私と致しましては事実無根なのであります、一千円盗取したことにつきましては私が親にもらつた二千円の残りの一千円であります。

私と致しましてはこれが最後のお願いであります証人をもう一度だけしらべて下さい、これ以上私と致しましては上告趣意書の理由はありません

以上

被　告　人　藤　崎　昭　二

弁護人伊藤哲郎の上告趣意（昭和四三年二月五日付）

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

理　由

原判決は証人小野寺孝、同朝倉実及び同岩井洋右の公判廷における供述を採用し、被告人の供述はこれを黙殺して有罪の認定をした第一審の認定を支持しているが以下のとおり右三証人の供述は極めて矛盾に充ちており、かつ曖昧なものであつて信憑性がない。一方被告人は終始一貫犯行を否認しているばかりではなく、その供述には曖昧さがなく明快である。また証人藤崎津留の供述も被告人の無罪を裏付けるに足るものがある。しかるに、原判決は矛盾多く曖昧な前記証人等の証言のみを採用して被告人の有罪を認定し、一方明快な被告人の供述や証人藤崎津留の供述を黙殺している。

疑わしきは罰せずとは刑事訴訟を貫く指導理念である。この理念に反し、それのみでは単に疑いの域を出ない曖昧な証拠に基いて有罪の認定をした原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、これを破棄しなければ著しく正義に反すること明白である。

以下順次前記三証人及び被告人の供述の信憑性につき指摘する。

第一　証人朝倉実の供述の信憑性について

1　朝倉は(イ)被告人が新聞を幕にして左手を前に出したのを見た、(ロ)指がポケットにはいつたのは見なかつた、(ハ)それからその手を引込めて自分のポケットにいれたのを見たと云つている。

即ち、指がポケットに入るのは見ていないが、手を引込めるところは見たといつている。そして引込めるところを見

たのにそのとき手に千円札を握つていたのを見たとは云つていない。それどころか千円札をすつたのは見えなかつた。見ていればそのとき捕えていたといつているのである。

つまり証人が見たことは、単に被告人の手が岩井の胸ポケットの近くに行き、それから引込んだというのに過ぎない。

胸ポケツトに触れたり、出入したりするところは見ていないのである。ましてや千円札を握つていたところなど見ていないのである。だからこそ、スリ係専門のベテラン刑事である証人が被告人の右背後に接着して看視していても手が出せなかつたのである。それが当然である。被告人はスリの着手行為と見られる行為さえしていなかつたのであるから。被告人は予想屋の前で新聞を見て予想屋の説明を聞いていたにすぎないのである。その際新聞記事を指で追うようにしているところをスリと速断したのであろう。予断も甚しいといわねばならない。

2　証人は小野寺に待てと云つたのは「被害者がまだ千円札を持つていると知つていたからまだやると思つたからそれでとめた」と云つているが、ということは「まだ札をもつている」のを知つていたのではなくして「まだ札がスられていない」のを知つていたということではないか。被告人がまだスリをしていないこと、それらしい行為に及んでいないことをよく看視していて見ていたので、まだ早い、少なくも着手するまでは早いと思い待てと合図したのである。

証人は被告人のすぐ背後に接着しているのである。しかもポケツトのあたりに行き来する手の動きを見ていたのである。スリ取れば証人が分らないはずはないのである。証人はスリ係のベテラン刑事である。スリを現行犯で逮捕するにはどの時点でするべきかよく心得ているはずである。要するに被告人は何ら着手らしい行為をもしていなかつたので待つたをかけたのである。

3　次に証人は同僚に待てと合図したのは千円札をすつたところを見ていなかつたからで見ていればその時捕えていたと

いゝながら、今度はスろうとするところを捕えたと云つている。おかしいではないか。何故前回はスリとつたところを見ていないのでそのために捕えるのを止めておきながら、今回はすりとつたところまで待たないで捕えたのか。もつと待つて確実にすりとつたところを見て捕えるべきではなかつたか。被告人はたゞ何気なく手を動かしたに過ぎないかも知れないではないか。そうでないとしてもそう云つて逃口上を与える結果になりかねないではないか。今回は何故待てなかつたのか。それは被告人には始めからそれらしい行動がなかつたことを証明する。見張つているうちに見ようによつてはそうも見える素振りのあつたのを見てあわてゝ捕えたのである。これは始めから予断を持つていて見込でやつたためである。

4　証人の供述によると証人は被告人のすぐ右後脇にいて看視していたという。被告人は既に証人に二度も逮捕されていて面識がある。被告人は常習犯として起訴されているほどのものである。もしスリをするとしたら充分周囲を注視しながらやるはずである。とすれば、すぐ右後脇で被告人を看視している証人に気付かない方がおかしい。しかも被告人が証人に気付かなかつたということは被告人にはもともとスリをする意思が全くなかつたということを裏付けるに足るものである。

5　以上のとおり、証人の供述をもつて被告人の有罪を認定する証拠とすることは事実誤認も甚しい。証人の供述を分析するとき、証人が果して被告人の右背後に接着していて看視していたのかさえ疑わしくなる。証人の供述には矛盾があり、反対に被告人の無罪を立証する資料さえ含まれている（千円札をすつたのは見えなかつた）。

第二　証人小野寺孝の供述の信憑性について

1　証人は被告人が手を引いた時に札を握つていたのは見たと云つているが、それなら何故その時逮捕しなかつたのか。要するに被告人の供述は信憑性がない。

ポケツトに手を入れようとしたところを見ていて、その後手を引いたときに千円札を握つていたのを見ていたのなら、スリ現行犯としてこれほど絶好の機会はないはずである。すぐ左脇に接着して見ていたのであるから有無を云わせず直ちに捕えることができたはずである。何も同僚の刑事の同意をえる必要はない。いや同意を求めていたら逮捕の機会を失つてしまうではないか。証人は既にスリ係としての研修も受け実際の経験もあるのである。何故直ちに逮捕しなかつたのか。真実は、証人は実際には見ていなかつたということである。朝倉刑事から注意するように云われ、一種の先入観にとらわれて被告人の行為を全てスリに結びつけて解していたので、後に詰所で被告人が千円札を持つていたのを発見してあとからこれをスリ取つたものと解してこのようなことを云つているのである。

2　証人は検察官の質問に対しては、被告人は「左手をすつと岩井のポケツトの方にあげてポケツトに入れた」と答えているが、弁護人の質問に対しては「藤崎の手がポケツトに入つたのは見ていない」と云つているのであつて、質問者によつて言を左右しており信用性がない。

3　証人は「左手に千円札を握つて」いるのを見たというが、それは後に詰所で被告人のポケツトから千円札が出て来たのでそれと結びつけてそのように云つているに過ぎない。実際、仮に何か握つているのを見たとしても、それが千円札であることまで確認できるはずがない。まして「にぎり潰すような感じでつかんでいた」のであればなおさら分るはずはないのである。このことからも後からの推測がこじつけに過ぎないことが分るのである。

4　証人は被告人に対してすつた札を出させてそれから近くにある駐在に連れて行つたといつているがこれは正しくない。被告人の言うように逮捕後まず詰所に連行して、そこで被告人のポケツトに千円札が入つていたのを発見してすり取つたものと速断して提出させたのである。このことは岩井の「詰所に行つたそしてポケツトの札をかぞえた」という供述からも分る。

即ち、詰所で調べたところ被告人のズボンのポケツトに千円札が一枚あつたので、これはきつと岩井からすり取つたものにちがいないと断定してかゝり、岩井にもたずねたのであろう。そして証人が「被告人が千円札を握つているのを見た」と云つているのもこれを土台にしてした推論に過ぎないのであつて、実際には見てはいないのである。

5　以上のとおり証人は単に朝倉刑事と口裏を合わせているに過ぎないのであつて、朝倉刑事の供述同様信憑性がない。少なくも他にこれに矛盾する有力な反証がある以上（証人は札を握つているのを見たと云つているが、朝倉証人は見ないと云つているほか被告人の供述と矛盾する）、一人証人の供述のみをもつて有罪の証拠とすることは疑わしきは罰せずという刑事訴訟の理念に反する。

第三　証人岩井洋右の供述の信憑性について

1　証人は本件の千円札をもつて自分のものであるというが、これが証人のものであるという証拠はない。直接証拠のないことは勿論である。間接証拠としての証人の供述がいかに曖昧で証拠価値のないものかは以下のとおりである。

証人は当日「一万円札一枚とほかにバラ銭を少々持つて出た、札はズボンのポケツトに入れて行つた」と云つたかと思うと、（前に検察庁等では千円札一〇枚で一万円を持つて家を出たと述べているがどうか）と質問されるや「はつきりしない。一万円札を持つて出たか千円札一〇枚を持つて出たか忘れた」と答えている。

要するに当日一万円札一枚を持つて出たのか千円札一〇枚を持つて出たのかはつきりしないのである。公判日は事件の三ケ月後に過ぎない。しかもそれまでに当日その場で聞かれているほか警察、検察庁でも調べられているから当日のことはよく記憶しているはずである。ましてや、一万円といえば証人にとつてはかなりの大金のはずである。それを一万円札一枚だつたか千円札一〇枚だつたか記憶していないはずはない。

証人は検察庁等の取調の際には千円札を一〇枚持つて出たと云つているがこれもあやしいものである。

2　証人は千円札をすられてはいないのである。もともと事件の時には七千円しかなかつたのである。事件が起きて、刑事からこの千円札は証人のではないかといわれ、ついその千円札が欲しくなつて自分のものだと云つたのである。そこで枚数を合わせる必要に迫られて千円札が一〇枚つたと始めは云つていたが、千円札を一〇枚ということが作為的なので一万円札を一枚と云いかえたのである。そして実際はどちらなのかと反問されて実ははつきりしないと云い出すに至つたのである。

3　また仮に一万円を持つて出たとしてもそれをどこで両替したのか極めて曖昧である。一万円札といえば証人にとつて仲々の小使である。それを食堂で両替したのか、入場してから両替したのか前にしたのか、それさえ分らないのである。

また「バラ銭はいくら持つて行つたかはつきりしない」と云う一方、「バラ銭は四、五百円持つて行つた」とも云い、「食事代新聞代はバラ銭で払つた」とも云い、さらに「食堂で一万円札で払つたのかも知れない」と云う始末である。

4　実に支離滅裂、一つとして確実なことはない。そのくせ千円札が八枚あつたことは間違いないと云つている。一体かゝる曖昧な供述が多い中で一つだけ間違いないと云うのは何故か。要するに八枚あつたのだからその一枚は自分のものだ、そう主張したいのである。そしてあとはそれに符合させるために後から工作した作りごとなのである。少なくも、思いちがいによるものなのである。とかく人は多く持つているものと思いがちである。恐らく刑事に証人のではないかとたずねられ無意識の中にそうきめ込んで了つたのである。そして一度自分のものであると云つて了つた手前、それを取消すことができなくなり、色々と工作したゝめ、曖昧な供述となるに至つたのである。

いずれにせよ、本件の千円札が証人のものであるという直接証拠は何もないのである。そして間接証拠として挙げられている証人の供述は以上のとおり極めて曖昧なものであつて信憑性は全くないのである。

第四　被告人の供述の信憑性について

1　被告人は逮捕から上告審の現在まで終始一貫して無罪を主張して続けているのである。なるほど、これまでに被告人は何回もスリで刑を受けている。しかし、それはいずれも一審判決をもつて服役しているのであつて、今回とは異るのである。もし今回も真に犯罪を犯したのであるなら、既に何度も服役しているのであり、この様に争うことはないであろう。否認すれば刑が重くなることは被告人もよく知つているはずである。被告人がこれほどまでも無実を主張するゆえんは、刑を受けることのつらさゆえではなくして、無実の罪で刑を受けることのつらさゆえである。これまでに何度もやつて来たのだから、今度もやつたにちがいないと決めつけるのは間違いである。被告人は前刑を終えてからは完全に立ち直り、再起しようと努力していたのである。病弱のため正職に就けず一時競輪場、競馬場に出入していたのは感心できないとは云え、それだけで被告人の再起への努力が全く否定されるのは不当である。刑はあくまでも真相を究めた上で証拠に基づいて科されなければならないはずである。合理的に見て疑いのある場合にはあくまでも罰してはならないのである。

以下に述べるとおり、被告人の供述は被告人の無実を立証するに充分なものである。

2　被告人は検事調書でも、第一審の公判廷でも逮捕されたとき左手に百円硬貨を握つていたと云つている。

仮に被告人が逮捕時にスリをしようとしていたのであれば、被告人は百円硬貨を握りながらその手でスリをしようとしていたことになる。

一体そんなことがありうるだろうか。スリは高度に技術的な犯罪行為であつて、犯人は細心の注意をもつて行為に及き合理的な疑いを生じさせるに充分なものである。

ぶのが常である。百円硬貨を掌に握りながらスるのと、空手でスるのとではどちらがスリ易いか。論外である。いや、そもそもスリであるなら百円硬貨を握りながらスルというようなことをするだろうか。或は、百円硬貨を握つてもスルことは可能であろう。しかし可能であることとその方法を選ぶということとは異るのである。ましてや被告人は常習犯人として起訴されているのであつて、常習犯人にあるまじき行為といわなければならない。即ち、この一事をもつても被告人の無実は明白である。

なお、被告人が逮捕時に百円硬貨を握つていた事については、被告人が調書や公判廷で再三述べているのに、証人小野寺、同朝倉ともにこれにつき何ら触れていないが、両証人が敢て触れていないということは両証人ともこれを認めているためである。もし事実に反するなら当然これに対して反証を挙げるべく供述しているはずであるからである。

3　被告人のポケットに入つていた千円札は被告人自身のものである。

被告人は前夜父から二千円を貰つて当日家を出たのである。このことは被告人の供述のみならず証人藤崎津留の公判廷における供述も裏付けしている。そして逮捕時までに使つて経過も明白であり、これと矛盾する証拠はない。そもそもこの札が被告人のものでないという証拠は全くないのである。そしてこの札は真実、被告人が前夜父から貰つて千円札そのものなのである。

確かにこれが被告人のものであるという証拠は何も（供述以外に）ないかも知れない。しかし、その点ではこの札が証人岩井のものであるという直接証拠も同じ様にないのである。有罪の認定をするには立証が尽されねばならない。立証責任は検察側にあるのである。即ち、被告人のものかいづれにも判断できないときは、岩井のものであると認定することは許されないのである。以上のとおり被告人のものであることにつき少なくも合理的な疑いの残る本件において、これを岩井のものと認定して有罪の判決をした原審判決は重大な事実の誤認をしていること明白である。

4　小野寺、朝倉両証人は、被告人がきよろきよろしていたというが、被告人は競馬をやるにつき券の売れ行きをみたりするためにあちこちしていたに過ぎず、予想屋の前に来て新聞を右手にしていたのも、新聞を見ながら予想を聞くためであり何ら不審な行動はとつていない。証人らは予断をもつていたゝめに被告人の行動を誤解したのである。

5　小野寺刑事らは被告人が実際にすり取つたかどうか見ておらず不明であるにもかゝわらず、被告人が詰所でズボンの中から千円札を出したのを見てこの千円札は岩井のものときめつけて了つたのである。この詰所に行つてから千円札を出したという点に問題の鍵があると思われる。小野寺刑事らの予断も岩井の誤解し皆こゝから生じているのである。

6　以上のとおり、被告人の供述は何ら作為らしいものもなく、勿論矛盾もない。明快そのものである。原審がこれを排斥して、小野寺証人らの供述のみを採用したのは重大な事実の誤認である。曖昧な証拠をいくら集めても確実な証拠とはならない。原審はいずれも曖昧な証拠ばかりを寄せ集めて事実認定をしているに過ぎない。

第五　結　論

以上原審認定の誤りを指摘し、右は判決に影響を及ぼす重大な事実の誤認であつて、これを放置することは罪なきを罪に陥れる結果となり著しく正義に反すると認められるので原審判決の破棄を求めるものである。

以　上

判　決

本籍並びに住居　大阪市東淀川区塚本町一丁目一二番地
自動車運転手
山　本　三　郎
昭和一四年一一月一六日生

右の者に対する暴力行為等処罰に関する法律違反、傷害被告事件について、昭和四二年一一月二四日大阪高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があったので、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

弁護人岡村渥子の上告趣意のうち憲法一四条違反を主張する点は、他の共犯者が起訴されず、あるいは軽く処罰され、被告人だけが重く処罰されたとしても憲法一四条に違反するものではないことは当裁判所大法廷判決（昭和二三年(れ)第四三五号同年一〇月六日宣告、刑集二巻一一号一二七五頁）の趣旨に徴して明らかであるから、所論は理由がなく、その余は、量刑不当の主張であって、刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。

また、記録を調べても、同法四一一条を適用すべきものとは認められない。

よって、同法四〇八条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

昭和四三年六月一八日

昭和四三年六月一八日判決　昭和四二年(あ)第三〇二五号

昭和四三年六月一八日判決　昭和四二年(あ)第三〇二五号

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　下村三郎
裁判官　田中二郎
裁判官　松本正雄
裁判官　飯村義美

昭和四二年(あ)第三〇二五号

被告人　山本堅郎

弁護人岡村渥子の上告趣意（昭和四三年二月一二日付）

第一、原判決は憲法第一四条の違反があり、その違反は判決に影響を及ぼすことが明らかであり、原判決は破棄されなければならない。

原判決は、傷害の部位、程度、犯行の原因、動機、状況、経歴からして第一審判決は相当であり、控訴は理由がないと判示するが、右の事情をそれぞれ考慮するといづれも、被告人に対する刑罰は他の共犯との刑の均衡を失し、平等の原則に違反するものである。

第一に犯行の原因について考えてみると本件暴行、傷害の原因になつたのはタクシーを運転していた被告人と共犯の大西が深沼の自動車を追越した為、深沼が激昂し、被告人のタクシーの真前に急停車して進路をさまたげたことに起因している。その際、大西はウイスキーを相当のんで酔つており、その経営するクリーニング店の従業員である大下や山本が店の待遇が悪いとして退めたいといつていたのを店に繋ぎとめておこうと、京都に食事につれて行く途中であつたので、腹立ちまぎれに大西や被告人の追越しが、必して危険を感じるようなものでなかつた（同乗者山本学の証言）が、前記の被告人のタクシーの前に飛び出し停車し、しばらくその前にとまつたままで被告人の進路を妨害する挙に出たのである。従つて喧嘩のきつかけを作つたのは明らかに深沼の方である。そして深沼が走り去つてからその車を追尾したのは、大西が被告人の前に深沼の車が停車し、何事かどなられているのをみて、わざわざ引き返し、追跡するよう指示したことによる。この様に本件犯行の原因になつたのは被告人の責にのみきすべき事柄ではなく、むしろこの点で被告人の果した役割は極めて消極的なものであつたことがわかるのである。

次に本件犯行の動機につき、考えるに被告人と大西が深沼の車を停めた後、深沼は自ら車よりおりてきて（この点は大西、被告人山本学の証言が一致しており、深沼の「引きづりおろされた」との証言は事実に反する）、大西の衿をつかみ、更に同人の衿についていた全国自動車交通労働組合（略称全自交）のバッチを荒々しく引つぱる等して先制攻撃を加えたことが、喧嘩の発端になつたのである。当初は深沼と大西の争いで、被告人は傍で傍観していたが大西が「助けてくれ」と手をねじられているのを目撃して自らも加つた。この点においても、被告人は当初より積極的な行動をとつたものではないことは十分窺える。

又、犯行の状況は、深沼、大下、大西及び被告人が混線して喧嘩をしている状態であり、被告人のみが一方的に暴行を加えるというのではない。

被害者山本学は頭部に治療一ヶ月の傷害を受けたが、同人は深沼のつれであり喧嘩の最中であるから、山本学自身が被告人らに暴行を加える意思がなかつたとしても、喧嘩の相手方たる被告人らにとつては山本学が深沼の手助けにきたと思つたのも当然であり、傷害が相当重くなかつたのは、被害者がウイスキーを飲み、酔つていたので、積極的に抵抗しなかつたため、道路でひどく頭を打つたためで、被告人らにも思いもかけないものであつた。傷害の程度部位は、結果的にみれば必ずしも軽いといえないことは勿論であるが偶発的な要素が多い。

又その後被害者とは十分に話し合い円満に示談が成立し、被害者の方でも宥恕して、今後親しく友人としてつきあつてほしいといつている。この様に犯行の原因、動機、状況等から考えて被告人のみを責めるのは苛酷である。共犯の大西及び、相手方の深沼は略式命令により罰金刑に処せられ、大下、山本学は起訴猶予処分に付されているが、被告人のみ当初より公判請求を受け懲役三月の実刑を科されている。被告人は少年時代に、服役したことがあるが、事案の内容をみると若年でもあり強盗傷人が三年半以下の刑罰がないことから、服役になつたもので、必ずしもその前科が、被告人を他の共

犯関係者と別して厳重的刑罰を科すべきものとも思われない。かえつて右服役後は妻と子供をかかえけん命に生きていこうとする姿勢がみられるのである。公訴の提起が右喧嘩の事実を二つに分断して起訴しているのも、共犯の関係を断ちきり被告人のみに重い刑罰を科する法的操作としか考えられず、この点でも違法をおかしている。

被告人に対する懲役三月の実刑は重きに失し、破棄しなければ正義に反すること明らかであるし、憲法一四条の平等の趣旨にも違反する。

以　上

昭和四三年(あ)第二一五号

判　決

本　籍　横浜市神奈川区三沢下町一〇番地の六
住　居　同市戸塚区笠間町一八六番地　神崎方
（東京拘置所在所中）
織物販売業
市　川　嘉　市
明治四三年一二月八日生

右の者に対する詐欺、横領被告事件について、昭和四二年一二月六日東京高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があったので、当裁判所は、次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。
当審における未決勾留日数中三五日を本刑に算入する。

理　由

弁護人織間三郎の上告趣意は、憲法三七条一項違反を主張するが、裁判が迅速を欠いたとしても、それだけでは原判決を破棄する理由にならないことは、当裁判所の判例（昭和二三年(れ)第一〇七一号、同年一二月二二日大法廷判決、集二巻一四号一八五三頁）とするところであるから、所論はとることができない。
同弁護人のその余の論旨は、量刑不当、事実誤認の主張であって、刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。

昭和四三年六月一八日判決　昭和四三年(あ)第二一五号　一

昭和四三年六月一八日判決　昭和四三年(あ)第二一五号

被告人本人の上告趣意は、判例違反を主張するが、引用の判例は、本件と事案を異にして適切でないから、所論は前提を欠き、その余は、事実誤認、量刑不当の主張であつて、いずれも、適法な上告理由にあたらない（記録を調べても、所論被告人の供述調書に任意性を疑うべき点は見出されないとした原判断は相当である。）。

また、記録を調べても、刑訴法四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、同法四〇八条、一八一条一項但書、刑法二一条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

昭和四三年六月一八日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　飯村義美

裁判官　田中二郎

裁判官　下村三郎

裁判官　松本正雄

弁護人織間三郎の上告趣意（昭和四三年三月一九日付）

第一点　原判決は第一審裁判の憲法第三七条一項に規定する迅速な裁判に反した点を看過しその結果に於て刑の量定が甚しく不当である。

(一)　即ち、本件犯罪事実は昭和三二年九月一一日より同年一一月二一日まで三回に亘り起訴され第一審公判になされたものであるがその判決言渡は起訴後約一〇年余りを経た昭和四二年である。

(二)　右は被告人が昭和三二年一一月二九日保釈せられて後昭和三三年二月二六日の公判期日以後法廷に出頭しなかつたとい事もさる事ながら裁判所に於ても不出頭の被告人をそのまゝに放置し、昭和三三年一一月五日に至つて始めて被告人に対し勾引状を発したのであるが（第三冊目三七二丁）それが執行不能の復命のあつたまゝに放置しておいたものである。この点この時点でこれ以上被告人の所在を捜査した記録は一件記録を徴するも何処にも見当らない。しかしてその後昭和三四年より昭和三九年四月六日検察官藤森勝太郎の捜査指揮書（第一冊目四三〇丁）が発せられるまで五年余もそのまゝに放置したのである。そして昭和四〇年一月二一日保釈取消決定をなし、昭和四二年三月一日被告人を収監して第一審の審理公判をなしたものであること一件記録より明らかである。

(三)　右第一審裁判所の手続は憲法第三七条一項の迅速な裁判をすべき義務を負わせていること憲法の右規定は一応被告人の権利と云う形で規定されてはいるが当然裁判所も迅速な裁判をすべき義務を負うものである。裁判所は国家権力の具現者殊に司法権の実現者として被告人の基本的人権の尊重という責務を負うものである以上被告人の行動如何に不拘ず迅速な裁判をすべき責務があるものであり迅速な裁判であつてこそ社会正義の実

現とならんで被告人の人権も全うされるものである。本件のように被告人不出頭の場合に備えて刑事訴訟法第六四条第七二条が設けられ裁判所の権能と為されているのであるこれらの規定は必ずしも社会正義実現の為の裁判所の権利のみを規定したものと考える必要はなく憲法に規定する迅速な裁判の要請から見る時は被告人の人権尊重の面から裁判所の義務をも含むものと考えることが出来るものである。

しかして第一審裁判所は(二)項の如く昭和三四年より昭和四〇年一月まで被告人の捜査の嘱託もせずそのまゝに放置した点明らかに憲法第三七条一項の迅速な裁判をすべき責務に違反したものである。しかも被告人は収監時には横浜市内に居住して居り又それ以前いづれも同市内に住民登録を為して居たものであるから裁判所においてもつとその持てる権能を積極的に行使をすれば本件も迅速な裁判が可能であつたものである。

(四) 然るに原審判決は右の第一審裁判所の憲法違反の手続的瑕疵を看過し専ら被告人の行為のみを責めて第一審判決の量刑を妥当として支持している。しかしながら裁判所も憲法上迅速な裁判を行うべき責務を放置しその持てる権能を充分行使せずに一〇年余もの時間を経過させたのであるからこの点も量刑に当り考慮されなければならないものである。斯様な次第であるので犯罪行為後一〇年余りを経た時点において下された判決であることから犯罪事実に相応してあながち不当なものでないとしてもその一〇年余の時の経過の責任の一半が裁判所がその権能の充分な行使を怠つた結果とすれば時の経過を刑の上に積極的に反影させるべきものと思料する。

(五) 本件に於て裁判所が放置した昭和三四年から同四〇年一月までの期間は優に公訴時効期間を経過するに足る年限であるし、公訴時効の現今の制度上本件においては時効期間の進行が停止されているとはいえ前記公訴時効期間の経過にたる年限を経ているので犯罪による社会的影響の懲弱化、被害感情の減少と云う結果も生ずるものであるから公訴時効の趣旨に照らして刑の量定を為さねばならない。

本件に於て犯罪による社会的影響及び被害感情について、原審に於ける証人市川哲昭は「十年も前のことであり被害者も忘れていたといつていました、そして息子の私がきてくれたことは申訳けないといつていました」と証言しているのである。（第四冊四七二丁裏）

被害者も本件犯罪のあつたことも殆ど忘れ被害感情も殆んどなく犯罪による社会的影響も回復されているのである。斯る社会的回復状態を考え又被告人自身昭和三四年より昭和四二年三月一日までの間なんら罪を犯さず堂々と再起の為めの努力を重ねようやく店舗を設けられるようにまでなつて来た事を考え併せれば第一審の手続的解怠の有無に不拘言渡された量刑は酷に失するものと云う他はない。

以上の如く原判決が第一審判決の懲役二年の実刑を支持しているのは憲法第三七条一項の迅速な裁判の規定の違反を看過し被告人の行為にのみその責任を求めている点で刑の量定が甚しく不当な結果を生ぜしめているものであり原判決は破棄せらるべきものと思料する。

第二点　判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認原判決は第一審判決中第二(一)、(二)の事実の横領罪認定は事実誤認である。

(一) 右横領の事実はいづれも松村電機株式会社よりテレビ一台を月賦購入し同社の為保管預り中擅に藤極長蔵に借受金債務の担保に差入れ横領したものであると云うのである。

(二) しかし問題は被告人に該テレビを保管預り中のものという意識が確然とあつたものか否かであるが通常月賦購入において購入者は月賦販売品を買い取つたという意識が強く、月賦金支払は代金債務の弁済という風に考えるにすぎないこの点はなんら通常の掛け買と変りがない。

そして所有権留保についても支払わなければ取り戻されるものであるという位いにしか考えないのが通常である。購

入物品についてはその字句が示すように購入して自己の物と云う意識があり購入先からの預りものという意識は全くないのが買主側に於ける物品に対する意識の実体である。

一方売主側に於ても所有権留保は債権確保の一手段にすぎず所有権留保条項あるを以つて物品を買主側に預けてあるものと考えることはなくそれは万一代金支払がなされなくなつた場合の債権確保の手段としてあるにすぎないものとだけ考えて居るのである。

以上が月賦販売における通常の意識の実体である。

㈢ 本件の場合に於ても全記録を見るも一般の場合と異つて預り保管するものとのことを被告人に徹底した事実は見当らないのである。

従つて本件の場合被告人も前㈡記述の通常の場合の意識しか持たなかつた即ち購入物品は自己の物という意識しかなかつたものと考えるべきである。本件の場合被告人は購入して直ちに担保に差入れ処分したものでなく四ケ月乃至二ケ月自己の用に供した後処分したものであるから、物に対する自己の物という意識は更に強い筈である。

しかしてかゝる自己の物と云う意識がある以上横領罪に必要な他人の物と云う意識はない筈であり従つて横領罪における故意は成立し得ないものである。

㈣ 原判決がかゝる月賦購入における購入者の意識の実体を無視して無罪とすべき事実を横領罪の成立を認めたのは判決に影響を及ぼす重大なる事実の誤認であつて判決は破棄されなければならないものである。

以 上

昭和四三年㈠第二一一五号

被告人の上告趣意（昭和四三年三月一〇日付）

被 告 人 市 川 嘉 市

一、罪を犯す意なき主張の根拠とその解明。

(1) 本件の公訴事実である事実は認めるが罪を犯す意思がなかつたことを主張する。そのため事案の真相と行為時に於ける被告人の真意を申述べる。第一審中司法警察員の捜査中行為者として事案の真相及び真意を述べようとしたが司法警察員の犯罪ありとの推定のもと犯罪の構成要件に要点を置いた問答式供述調書の録取では事件の起因となつた当時の営業の実状や其の全容及び被告人の真意を真しく録取されず特に本件の如く行為者の意思が重大な犯罪の構成要素なる事案では被告人の供述調書が（本件で証拠となつてゐる供述調書）完全な証拠能力あるものとは云へない。依つて被告人の行為時に於ける考え（意思）を申述べる。私の経営して居た衣料品の卸業は昭和三十年頃より経営の未熟経済の変動（混乱経済から資本主義経済の移行期）繊維市場の軟化等所謂自由経済の競争から後退の兆があつたが昭和三十二年頃（行為時）に窮境となつた。しかしながら更正の見込みがあつたので該る行為が最善の適応措置とは考えなかつたが当事者間の（売買契約者）約束を確実に実行する確信を以つて行動したのである。当時の営業更生の具体策から申述べると私の取引き先であつた横浜信用金庫から二回目の融資決定があり（一回目は日本相互銀行。横浜信用金庫これは返済ずみ）この融資金を新規仕入れ資金に当て一方従来の買掛金の処理については従来の取引き先きであつて引続き信用取引き承諾の相手方に対しては代金支払ひと商品の買入れを回転式とし、引続き信用取引き分承諾の相手方に対しては六ケ月据置き後月割で支払ふ方法で個々に話合ひが成立し進行中であつた。此の方法で現有能力（人、設備、得意）で月商六百万円乃至八百万円を見込み利潤平均七分を見込み約五十万円の予定収益でこれを経費、新規に借入れた横浜信用

金庫への元金及び利子に当て又六ヶ月目の月割返済に引当てる予定であつた。以上の方法に依り営業の継続を計画して居たので該る行為（公訴事実）が商業の運営上絶体的正常な方法とは思つてはいなかつたがかかる実情の下で犯罪を意識して事を為し得る情況でもなく又買入れ商品（公訴事実にある）の代金の支払ひに関しては他人の財産上の迷惑をかけないことに確信を以つて行動したものであつて売掛金の回収の都合で多少日時の誤差はあつても完全に支払ふ確たる予定と方法を採り、其の支払ひの準備金は当時の売掛金中で半ば不良売掛金と推定される売掛金が東京都大田区女塚洋品商三洋堂他五・六店に約百万円の売掛代金を所有して居り（健全な売掛金と全然取立て不可能に近いもの以外のもの）この売掛金は急速の回収は難しいが徐々に回収すれば回収可能であり（売掛金の残額その回収状況は商業帳簿に記載の通り。又其の真実を明確にならしむるため司法警察員の面前で電話で相手方の確認を受けてゐる）これを順次回収し公訴事実である買入代金に振替える考えであつた売買の方法や価格等で損失を生じ事実上自己の財力の減少となり断腸の思ひであつたが人と設備の維持のため已むを得ず行つた行為であり損失の取戻しは経営の回復後の自己の勤勉と努力に依りそれを取戻しそして正常経営へ又発展経営を志向してゐた。

(2) 本件について奥田健蔵との関係についてその真相を申述べる。奥田健蔵は被告人と何等雇用関係もなく又本件に関し何等約束もなく話合ひがあつたものでもない。奥田健蔵がどう云ふ予定か又都合があつたか知らないが何等理由なく一泊、二泊しその中に何か仕事でも手伝ねば格好がつかず店員と同様に手伝つた程度で本件に関し何等自主性もなく又相手方（売主）も被告人とその店舗を対照に売込みたるので本件について捜査官の推定とその真相が違ふ。（記録と真相と異る。）

二、判決の理由は適正の判断でない。

(1) 供述調書等の任意性・信憑性について取調べ上何等誤りなく被告人の言ふ一ヶ月もの勾留の儘放置した事実がないか

らとの理由であるが被告人の趣意は司法警察員から検察官への送致手続きを言つたのでなく、本件に関する商売の全容は商業帳簿で明晰であり又商業の規模も小さく送致後一ヶ月も取調べもせず捜査時間に必要以上の時間の空費があり。又その範囲が、明に刑罰法令に触れざる事項にまで及び故意的・恣意的なものがあつた。又威圧については物理的なものを指摘したものでなく被告人の意思や本件が起因する商売の実情等充分な録取がされず。又参考人飯田延好等の取調べの際の捜査態度を指摘したのであつて法が求めてゐる個人の基本的人権の保持のための迅速性を欠いた捜査の方法が正当の方法とは認られずかかる実情の下で行れた供述調書等は完全な証拠能力があるとは云へない。

(2) 取引き先渡辺哲芳等の捜査官に対する供述調書等をしてその信憑性を裏づけてゐるがたまたま取引きが不円滑だつた一、二人の感情的言動をして被告人の所為の違法性を判断するは適正な判断とは云へない。

(3) 犯意の認定資料として被告人の当時の債権債務の不均衡（負債が多ぎる）を挙示してゐるが債権債務の不均衡が直ぐ犯意に繋るとの判断は誤りである被告人の当時の社会的地位（三十年間当地で築いた信用のこと）及び経済運営への志向等からして犯罪を意識して斯る行為の実行を為し得る状況でもなく又本件の公訴事実にある商品の代金に対しては当時の半不良売掛金を回収して振替える意図を有して居り該る事項をして犯意の認定資料とすることは適正の判断でない。

(4) その商品の処理方法を非違として犯意の認定資料としてゐるが被告人も該る処理方法が正常な処置とは考えてゐなかつたし自己の損失等をして断腸の思ひであつたが人・設備等を維持するため已むを得ぬ緊急措置として行つたのである。が売買契約者との約束は多少日時の遅れはあつても確実に支払ふ意思で行つたものであり。又その目的が徒食の用に供せんとしたものでなく自己の欲望達成の為めでもなく犯意なきこと明なのである。

(5) 量刑の妥当性について永きにわたる裁判の不出廷及び前科の刑（有価証券偽造同行使罪に依る懲役一〇月三年間執行

猶予）の執行猶予中の所犯であるからとして刑の加重を当然であるとしてゐるが永きにわたる裁判の不出廷については
その背徳行為は認めざるを得ないし其の責めは負ふべきであるが刑の加重となる条項もなく又判例にも見当らずこれを
理由としての刑の加重は適当でないものと信ずる。執行猶予中の所為については被告人が現所為に犯意なく又前科の罪
と同種内容のものでもなくこれをして刑の加重を参酌するは適正の量刑への判断とは云へない。

三、示談成立と処罰の変更。

示談の成立が処罰に影響するものとは必ずしも云へないし又法令にも明示されてゐないが本件の如く取引上の代金が犯
罪の事実上の被害である事件については当事者（被害者）の意思が裁判に反映し処罰の変更がなされることは現裁判所に
行れて居り原裁判所の裁判に於てもそれを肯認してゐた。
ただ原裁判所の判決理由は弁償額が寡額で被害者の万足を得るに程遠いとしてゐるが被害者は被告人の実子市川哲昭が
親の身を護り、又被害者の被害額の幾分なりと減少するため親に代り弁償したる所為に万足し残額の債権に対しては善意
の債権放棄をして居り（昭和四十二年十一月二十九日の法廷で市川哲昭の証言）又弁償の金額は寡額とは云へ約拾万円の
金額は本人の二ヶ月半の給料であり生活費である点等から推へば現今失れてゐる子供が親の身を護ろうとする良俗美風を
高く評価し被告人と示談代理人とは人格は別ではあるが本項の諸般の情況からして処罰に変更（利益）あるが適正な判断
であると信ずる。

四、趣意の結び。

非理を主張し卑劣な自己防御をするのでないが。当時の経済情勢に因る自由経済の競争に敗北し弱小企業の醜体を露呈
したことは遺感であるが罪を意識して行ふなれば自己の地位（三十年間当地で得た信用及び流通機構としての地位この地
位は無型の財産であり無限の財産である）放棄することとなり通念上考られず故に営業者としての基本倫理を忘却してゐ

たものでもない。訴因の理由である「意思も能力もなく」は全くの誤謬である。又行為者が行為時から罪を犯す意思も
く又現在まで（約十年）罪を犯さず又将来罪を犯す状況の虞れなきものを斯く処罰するは法の主旨（法は刑罰が目的に非
ず教育がその目的と信ずる。）に非ず。社会的にも何等実利なく、本件諸般の状況より考察するに個人の自由の基本権は
公共の福祉の維持が条件であるが斯る処罰は公共の福祉の下個人の基本権の軽視の傾向があるものと思料せらる。依つて
原裁判所の裁判は犯意についての判例（大一一、五、六、大）に相反する（事実誤認）判断と思料せられるので刑事訴訟
法第四百五条及び第四百十一条に基き上告を申立てその趣意とす。何卒御覧察な御審議を御願致すます。

以　上

昭和四三年(し)第二〇号

決　定

被告人　佐藤孝雄

右の者に対する窃盗未遂被告事件について、昭和四三年三月二日浦和地方裁判所川越支部がした準抗告の申立を棄却する決定に対し、弁護人安達十郎、同木澤進から抗告の申立があったので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主　文

本件抗告を棄却する。

理　由

本件抗告の申立は、昭和四三年三月一二日にされたものであつて、刑訴法四三三条二項に定める五日の期間経過後のものであるから、不適法である（なお、所論の準抗告申立棄却決定謄本は、被告人と申立人である弁護人安達十郎の双方に送達され、その日時は、被告人には同月五日、右弁護人には同月七日であることが記録上明らかであり、かような場合における抗告申立の期間は、被告人本人に対し送達された時から進行をはじめると解すべきである。〔昭和二七年(し)第七七号同年一一月一八日第三小法廷決定、刑集六巻一〇号一二一三頁、昭和三二年(す)第三九〇号同年五月二九日第二小法廷決定、刑集一一巻五号一五七六頁参照〕）。

よつて、刑訴法四三四条、四二六条一項により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四三年六月一九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　岩　田　誠

昭和四三年六月一九日決定　昭和四三年(し)第二〇号

昭和四三年六月一九日決定　昭和四三年(し)第二〇号

裁判官長部謹吾
裁判官松田二郎
裁判官大隅健一郎

二

特別抗告の申立

抗告人　十郎
弁護人　安達
同　木澤進

第一、特別抗告の申立

窃盗未遂被告事件により勾留中である被告人佐藤孝雄の保釈請求について、昭和四三年三月二日（同月七日受送達）浦和地方裁判所川越支部がなした準抗告棄却決定は、日本国憲法第三一条、同三四条、同三七条第二項、同三八条第一項、第二項に違反するものであるから、ここに特別抗告を申し立てる。

第二、特別抗告の趣旨

日本国憲法第三一条、同三四条、同三七条第二項、同三八条第一項、第二項に違反する原審決定を取り消し、更に公正なる裁判を求める。

第三、特別抗告の理由

一、原審は、本件保釈請求は刑事訴訟法第八九条第三号、ならびに同四号の事由があるから、必要的保釈にあたらず、加えて、執行猶予中の犯行であることならびに罪証隠滅の嫌疑があるから裁量的にも保釈を許すべき場合でもないと判示した。

二、しかし、右判示は、前記憲法の諸条項に違反するものである。

(1)　憲法第三七条第二項に違反する点について

別紙準抗告棄却決定謄本のとおり原判示によれば、被告人が犯意を争つていること、および未遂事件であることを

理由に、「被告人の主観的事情、その場の状況が主たる争点となることが予想され、真相発見には被告人の家族を含めた関係人の供述に依存せざるを得ない場合である。」から、被告人が釈放されたときは罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があると認定している。

右判旨は、別紙準抗告申立書記載のとおり昭和四三年二月二〇日に行なわれた本件被告人の勾留理由開示公判における野原裁判官（本件保釈却下決定をなした裁判官）の理由開示にいわゆる「被告人が四囲の状況を作為する可能性、たとえば全く関係のない人間を連れてきて、状況についていつわりの証言をさせること」と符節を一にするものである。

しかしながら、かかる論法によれば、被告が犯行を否認しているかぎり、本裁判が確定するまで、勾留を継続してもよいという結果となり、被告人の基本的人権を全く否定する結果となる。さらに、被告人の正当な防禦権そのものを全く否定する結果となる。すなわち、被告人は「非常に人の動きのはげしい混雑している場所であるため、不意に人にぶつかられ、被害者と称する男の脇に倒れかかつたにすぎない」と弁解し、終始犯行を否認している。（原審は、被告人が被害者のポケットに手を差し入れたとの点を否認しているのに、「人に押されてよろめき被害者のポケットに誤つて手を差し入れた」と弁解した旨誤つて判示している。）かかる場合、被告人の弁解にいわゆる被告人にぶつかつた人を探し出し、証人として被告人の主張を立証せんとすることは被告人の正当な防禦活動であり、かつかかる防禦活動は、被告人が釈放されない限り尽しえないものである。なぜなら、かかる証人の顔なり服装なりは被告人自身が探さないかぎり見つけることはできないからである。

右防禦活動は、まさしく憲法第三七条第二項で保障された刑事被告人の証人審問権の実質的内容である。

しかるに原審決定は罪証隠滅という包括的な概念を楯にして、被告人の防禦権を不当に侵害するものであつて、憲

法第三七条第二項に違反するものである。

(2) 憲法第三四条に違反する点について

叙上のとおり、全く不当な理由によつて、被告人の勾留を継続することは正当な理由がなければ、拘禁されないことを保障した憲法第三四条に違反するものである。

(3) 憲法第三八条に違反する点について

被告人は、原審当時すでに六〇日を超える勾留を続けられているが、その理由は叙上のとおり全く不当なものであるばかりでなく、その真相は被告人は判決があるまでは無罪と推定されていたのに、一方的な予断と偏見によつて被告人を有罪と決めてかかつて、犯行の自認を強要せんとするものである。

要するに被告人が自らをいつわつてでも犯行を認め、自白さえすれば、たんに証拠湮滅の虞れがないものとして釈放されるのである。

これは結局、長期の勾留によつて被告人の自白を強要しようとするものであつて憲法第三八条第一項、二項に違反すること明らかである。

(4) 憲法第三一条に違反する点について

(イ) 叙上のとおり本件勾留は全く不当なものであり、かつ、これを継続することを正当化せんとする本件棄却決定は同時に憲法第三一条による適正手続の保障に違反するものであることもまた明らかと言わなければならない。

(ロ) また原判示によれば、被告人にただ一つの窃盗の前科があることをとらえ常習的傾向があるから、刑訴法第八九条三号に該当するといつている。しかし、通常窃盗とスリ窃盗とは全く類型を異にするものであり、両者間に常習性を問題にする関係がないものであることは常識である。

また、準抗告の対象である保釈却下決定自体にも刑訴法第八九条三号は理由となつていないし、勾留理由開示においてもかかる事由はないことを勾留裁判官も認めているのである。にもかかわらず、かかる不当な認定をし準抗告を棄却した原審判決は憲法第三一条適正手続の保障に違反するものである。

三、よつて、この不当かつ違憲である原審決定を速やかに破棄を求めて特別抗告に及んだ次第である。

昭和四三年三月一一日

抗告人　安達十郎

同　木澤進

最高裁判所　御中

昭和四三年(あ)第一二六号

決定

本籍　韓国慶尚北道金泉郡甘川面光基洞

住居　千葉県千葉市今井三丁目五番一四号　張順庚方

工員

三山こと

張勝雄

昭和一八年七月一八日生

右の者に対する傷害致死被告事件について、昭和四二年一二月二六日東京高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人木戸光男の上告趣意第一点は、違憲をいうが、記録によるも原判決が被告人に対し韓国籍を有する外国人であるため差別的科刑をしたと認められる資料はないから、その前提を欠き、同第二点は、量刑不当の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。また、記録を調べても、同法四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、同法四一四条、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。

昭和四三年六月二四日

昭和四三年六月二四日決定　昭和四三年(あ)第一二六号

昭和四三年六月二四日決定　昭和四三年(あ)第一二六号

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一
裁判官　草鹿浅之介
裁判官　城戸芳彦
裁判官　石田和外
裁判官　色川幸太郎

昭和四三年(あ)第一二六号

被告人　張勝雄

弁護人木戸光男の上告趣意（昭和四三年一月二六日付）

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

憲法第一四条第一項は国民はすべて法の下に平等であつて立法その他国政の上で差別されないと規定し、同条項は正に国家に対し一切の国家作用において国民の平等取扱の義務を負わしめたのである。

しかし乍ら原判決は被告人が韓国籍を有し人種を異にするの故をもつて不当な差別的科刑をなしている。

即ち同条に所謂国民の意義は広く外国人である韓国人而も本国永住権を有するものも含むと解釈すべきであり、原判決は本刑の量刑に当り、本件犯行の動機、罪質、態様、犯罪后の情況並びに被告人の年令、性行、境遇、経歴、その他諸般の情状を綜合して考察し、被害者は日頃から短気粗暴の嫌いがあり、職場内の評判も良くなかつたこと、本件は被害者が年長の被告人を侮つて言掛を付け、相手にならないでいる被告人の頭部をプラスチック製ヘルメットでいきなり殴打したこと、これに対し温厚な被告人も流石に憤激を抑え兼ね折柄手にしていたコックハンドル（長さ約一二・五センチ、太さ直径九ミリ）をその儘横振りして一回殴り返したこと、その当り処が悪くて被害者を死に致したこと。

以上の如く本件は全く偶発的な不幸な事案であること、犯行后被告人は自首していること、被害者の遺族らにおいては、被害者側にも非のあつたことを認めると共に被告人の将来を慮つてこれを宥恕していること、その他弁護人の主張する論旨をすべて認めるに足るとし乍ら、刑の執行を猶予することは事案に照らし相当でないと判断し懲役二年の実刑を科している。

然しこの種過去の裁判例に比して、本件においては被告人に有利な条件がすべてもうらされている観があると考えざるを得ないので、ひつきよう原判決が敢て被告人に実刑を科し、刑の執行を猶予することは事案に照らし相当でないとしたのは前記の如く被告人が韓国籍を有する外国人であることを先入観とする結果に外ならないと考える。

従つて又国法第三七条第一項規定の公平な裁判に反した裁判をなしたものである。

第二点　原判決の量定が甚しく不当であつて、これを破棄しなければ著しく正義に反することを認める事由がある。即ち

一、前記本件に対する被告人に有利な諸事情と、被告人の家庭環境、父母、雇主らの監督の熱意らを考え合せると、反省の色濃い被告人においていささかの不安もなく、直ちに正当な社会人として復帰し得ることが期待し得べく且既に長期に亘る拘禁中十分被害者の冥福を祈り被害者の霊も慰められたことであろう。

二、結果的加重犯について近時学界に有力となりつつある条件説から生ずる過酷な結果を避けるため結果について予見を要し、予見不能の結果については罪責を問わないとの傾向が顕著であるが、本件は前記の如く殴打の回数、その殴打に使用した器物の形体から見て正に致死の結果についての予見不能の事案に該当するものである。

以　上

昭和四〇年(あ)第二〇一五号

決　定

本　籍　神奈川県三浦市三崎町六合二三一二番地

住　居　同市晴海町一九番地の二

元漁業協同組合職員

杉　山　博　信

大正四年二月一七日生

右の者に対する有価証券偽造・同行使・詐欺被告事件について、昭和四〇年六月一八日東京高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人五井節蔵の上告趣意第一点中判例違反、法令違反をいう点について本件に適切でなく、その余の論旨は単なる法令違反の主張所論のうち判例違反をいう点は、引用の判例は事案を異にして本件であつて、適法な上告理由にあたらない。（記録によれば、被告人は第一審判示神奈川県鰹鮪漁業協同組合の参事であつたが、当時同組合内部の定めとしては、同組合が組合員または准組合員のために融通手形として振り出す組合長振出名義の約束手形の作成権限はすべて専務理事林信雄に属するものとされ、被告人は単なる起案者、補佐役として右手形作成に関与していたにすぎないものであることが、明らかである。もつとも、同人は、水産業協同組合法四六条三項により準用されてい

昭和四三年六月二五日決定　昭和四〇年(あ)第二〇一五号

る商法三八条一項の支配人としての地位にあつた者であるけれども、右のような本件の事実関係のもとにおいては、単に同人の手形作成権限の行使方法について内部的制約があつたというにとどまるものではなく、実質的には同人に右手形の作成権限そのものがなかつたものとみるべきであるから、同人が組合長または専務理事の決裁・承認を受けることなく准組合員のため融通手形として組合長振出名義の約束手形を作成した本件行為が有価証券偽造罪にあたるとした原審の判断は、その結論において相当である。)

同弁護人の上告趣意第一点中その余の部分は、違憲をいうが、その実質は単なる法令違反の主張であり、同第二点から第四点までは、違憲をいう点もあるが、その実質はすべて単なる法令違反の主張であり、同第五点、第六点は、違憲をいう点もあるが、その実質はすべて事実誤認、単なる法令違反の主張であり、同第七点は、違憲をいう点もあるが、その実質はすべて量刑不当の主張であつて、いずれも適法な上告理由にあたらない。

よつて、刑訴法四一四条、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。

昭和四三年六月二五日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　下村三郎

裁判官　田中二郎

裁判官　松本正雄

裁判官　飯村義美

弁護人五井節蔵の上告趣意（昭和四〇年一〇月二五日付）

被告人　杉山博信

第一点

(一) 原判決は、被告人杉山博信は、神奈川県鰹鮪漁業協同組合の参事として、組合員、若くは、準組合員の為に、同組合長寺本正市名義で、融資手形を振出すには、該組合の内規上常に主として、専務理事林信雄の同意を必要とし、被告人杉山博信の一存では、振出す権限が与えられてなく、然かも同漁業協同組合が、該権限を爾く制限し得るのは、商法第三十八条第三項の規定から見ても明らかであるから被告人杉山博信が振出した原判示約束手形は、何れも総て、右の専務理事の同意を得ずして、被告人辻富信の悃請に基き、振出したものであるので、被告人杉山博信の所為は、有価証券偽造行使罪を構成するものとして罰するのは、刑法が有価証券偽造罪の法益を、其の真正に対する一般世人の信用となした、趣旨にも適う旨判示しているのは、原判文上洵に明らかであります。

然しながら水産漁業協同組合が参事を選任して、参事に其の業務を担当せしめた場合には、参事と法律行為をなす、第三者の利益を擁護して、取引の安全を図らんが為、同漁業協同組合をして、参事の選任解任に付ては、其の旨の登記を為さしめ、且参事には商法第三十八条に所謂支配人と同一の権限を与え、右漁業協同組合の業務に関しては、裁判上裁判外たるを問はず、一切の行為を行はしめ、其の権限に加えた制限は、善意の第三者には、対抗出来ぬことにしてあるのは、水産業協同組合法第四十六条、第百五条の規定上昭々乎として明々白々であります。

依つて神奈川県鰹鮪漁業協同組合も、被告人杉山博信を参事に選任して、其の旨の登記を為し、且組合員、準組合員等の融資の為に、振出人組合長寺本正市名義の約束手形を発行する場合は、組合員等をして、先づ参事の被告人杉山博

信に其の申込をなさしめ、被告人杉山博信は、此の申込に依り参事として、稟議書等に申込の趣旨を記入して、専務理事林信雄に提示し、其の同意の下に組合長寺本正市の業務用の印、記名の護謨印等を使用して、同漁業協同組合の約束手形用紙に金額其の他の手形事項を記載して、振出人組合長寺本正市名義の約束手形を振出発行し、之を申込人の組合員等に交付せしめ、以て神奈川県鰹鮪漁業協同組合が、被告人杉山博信に参事として、約束手形振出の権限を附与し、業務として之を担当させており、専務理事林信雄も亦それを肯定しているのは、

(イ) 被告人杉山博信の司法警察員に対する供述調書（昭和三三・七・一三附）中、……「六」この手形の振出しについての、手続を申上げますと、先づ融手のことから申上げます。組合員の中から運転資金に困つた者が、貸付を受けようとして、口頭をもつて、私の処に依頼に参りますと、起案書に誰々より、運転資金として、金何円也の融通手形の申込があつたが、御決裁下さいという風に起案いたしまして、この起案書を林専務理事のところに提出致しますと、林専務は、この起案書を見て、この組合員にはこれ位の貸付をしても支障ないという判断をすると、この起案書の決裁になり、林専務の決裁印を押して、私のところへ下つて来ます。私はこの決裁によつて、すぐ手形用紙に私が直接申込の金額を支払期日、支払場所等所定の記載をしました、振出人である組合長寺本正市の署名を私がいたします。署名の下に押す印鑑については、昭和三十一年九月頃までは、私が保管していましたので、私がじかに押して、手形を作成いたしましたが、その後は林さんがこの印鑑については、ご自分で保管するようになりましたので、私は、起案書が決裁になりますと、手形用紙に支払期日、支払場所、額面、組合長氏名等の所定の記載をいたしまして、これを林さんのところへ持つて行つて、林さんから組合長の印の角印を押してもらうことにしていましたとの記載。

(ロ) 第一審第十八回公判調書被告人の供述（杉山博信）中、五井弁護人、神奈川県鰹鮪漁業協同組合が新しく組合として発足したのはいつか＝昭和二十四年の四月頃だと思います。神奈川県鰹鮪漁業協同組合は、登記をいつしたか＝昭

和二十四年の五月頃です。神奈川県鰹鮪漁業協同組合が新しく発足したのは、昭和二十四年三月三十一日ではないか＝そうかもしれません。昭和二十四年三月三十一日に神奈川県鰹鮪漁業協同組合が発足して、被告人が同組合の参事になつたのはいつか＝昭和二十五年二月八日に登記がすみました。……神奈川県鰹鮪漁業協同組合の組合員が口頭で、組合に運転資金の貸付の申込みすると、被告人は、起案書に組合員の誰から、運転資金として、いくら、いくら、融通手形の申込みがあつたと云うことを書いて、これを決裁してくれと云つて、林専務理事に提出することになつていたのか＝そうです。これに対し、林専務理事はどんな処置をとつたか＝専務理事として、これ位の貸付をしてもよいと判断をした時は、決裁します。それを林専務理事は、被告人のところに返すのか＝そうです。起案書が林専務理事のところから、返つて来たら被告人はどうするのか＝手形に金額を入れて、支払期日、振出日、神奈川県鰹鮪漁業協同組合、組合長理事と書いて、組合長理事の下にゴム印で、寺本正市とあるはんを押し、その下に角印の神奈川県鰹鮪漁業協同組合長之印を押して、その手形を組合員に渡しますとの記載。

(ハ) 第一審第十四回公判調書、被告人の供述（杉山博信）中、検察官……組合員の貸付は、現金の外に手形があつたかＩありました。手形を作成する時同組合では誰が作成したか＝私がしました。私の留守の時は、滝島がしました。手形作成は、被告人が独断でするのか＝申込みがあると私が起案して、専務理事の決裁をうけ、私が手形を発行しますす。手形の振出人のところにある氏名の記名は、組合長名義か＝そうです。その記名のゴム印の、神奈川県鰹鮪漁業協同組合長理事、寺本正市の下には、どんな印を押すのかＩ神奈川県鰹鮪漁業協同組合長之印と云う、角印を押しますす。その角印の保管は、誰がしていたのか＝私です。角印は専務理事林信雄の保管ではないか＝私がやめるすこし前から、林専務が保管しました。振出した手形は、組合長や専務理事のところを通らないのか＝その手形は、私が申込の組合員に渡しますとの記載。

(ニ) 供述人滝島秀治の司法警察員に対する供述調書中、……「六」、……融通手形振出しの手続きは、組合員の申出に依り、既に役員会で決定されている、一定の枠内に於いて、専務理事が振出し決定をなし、参事が振出事務をやつておりました。尚枠外の振出しについては、理事会、又は組合長の決定に依り、参事が振出事務を執つて居りました。この様な手続きに依り、組合員に融手を作成交付されているのでありますとの記載。

(ホ) 第一審第十七回公判調書、被告人の供述（滝島秀治）中、検察官、……稟議書を起した時、組合長の印は、誰が持つていたのか＝杉山博信です。杉山博信のいない時は、誰が組合長の印を持つていたのか＝私が保管していました。稟議書を起すようになつたのは、いつか＝昭和二九年頃と思います。組合で振出す手形の貸付も、稟議書を起したのか＝貸付は稟議書を起してやり、商業手形は、私が発行して稟議は形式的でありました。その商業手形は、組合長の名義で発行するのか＝そうです形式は同じです。組合の参事は、貸付手形、その他の手形を振出したか＝振出しました。裁判官、その手形の振出は、杉山博信名義のものか＝手形は、作成して渡すだけで、組合長名義のものですとの記載。

(ヘ) 第一審第二十回公判調書、被告人の供述（滝島秀治）中、五井弁護人……融通手形の振出しについては、枠内と枠外の二つがあつたのか＝ありました。枠内の手形振出しと云うのはどんなことか＝組合の理事会で手形振出の枠をきめていて組合の理事会で手形を発行する時、専務理事がこれを決定して、それにもとずき、杉山参事が手形を振出します。枠外の手形振出しと云うのは、どんなことか＝枠内以上の手形について、理事会を開ききめて組合長、専務理事が決定し、杉山参事が発行する手形です。神奈川県鰹鮪漁業協同組合の貸付業務は、信用部で取扱つていたのか＝そうです。その主任の担当者は、杉山参事です。神奈川県鰹鮪漁業協同組合員に対して貸付するのは、二通りあるのか、その二つはどのようなことか＝一つは、組合員から申込書を取り、一括して金融機関に申込み組合が金を借り、

それを按分して組合員に転貸しました。他の一つは、起案書、稟議書を杉山参事又は私どもが書いて、専務理事に提出しますが枠内枠外の貸付の場合は、専務理事に起案書を提出して、その決定は、先程申しましたようにして、手形を振出しますとの記載。

(ト) 供述人林信雄の検察官に対する供述調書（昭和三三・七・七附）中、……「四」、組合で貸す融通手形は、組合長寺本正市名義のもので、それに使用する組合長の判は、私が保管しています。私が保管する様になつたのは、昭和二十九年か三十年頃からであります融通手形の貸付については、杉山参事の処に申込みがありますと、同人から私に話があり、私の同意を得て、杉山が稟議書と手形を作成し、その手形に私が組合長の判を押した上、手形発行控簿に記載して、申込人に渡し、支払日になりますと、手形を借りた組合員が、組合に金を持参し、組合は銀行に金を持つて行き、銀行で手形所持人に支払つていましたとの記載。

(チ) 第一審第五回公判調書、証人の供述（林信雄）中、検察官、……杉山被告人は、何していたか＝信用部の責任者です。杉山被告人は、参事をしていたのか＝そうです。信用部の仕事は、どんな仕事をするのか＝信用部の仕事です。信用部の仕事で、貸付とか手形の振出しは、権限を持つてやつていたのか＝権限は私であります。手形を振出すには、私が判断する資料を造つて、私の処に出しそれを私が決済するのです。……組合長は、寺本正市であるが、組合長は、組合に出ていたか＝出る事もあるが、どちらかと云うと組合に出ない方が多いです。組合の仕事は証人が責任を以つて総括処理していたのか＝理事会で決めた、執行をやつていました。組合で漁獲物引当にして、手形を振出すと云うのは、これは組合員に対して、振出すのか＝そうです。その手形を振出すには、わくがあるのか＝一応は決つているが、状況により必ずしも、わくではいかない時があります。杉山君から出る資料が多すぎる時、私の判断では出来ない時は、組合長に相談し、組合長も多すぎると思う時は役員会にかけて決めます。……漁獲物を引当にして

手形を振出すのは、寺本正市の名義で、その寺本正市の名下に使用する印は、誰が保管しているのか＝杉山君の処に、保管していました。神奈川県鰹鮪漁業協同組合と、寺本正市記名のゴム印と、名下に押す角印は、誰が保管していたか＝杉山君の処にありましたが、その内組合の販売所の仕事も、複雑になったので、職印を私が保管する様になりました。……検察官、保管する様になったのは、いつ頃からか＝はつきり判らないが、昭和三十年か、昭和三十一年頃と思います。……漁業協同組合のゴム印は、誰が保管していたか＝杉山君です。……漁獲物引当に対して、手形を振す場合、どうゆう手続きがあるのか＝船主が杉山君の処に頼みに来て、杉山君が資料を書き入れた、稟議書を持つて、私の処に見せて、私がよいと思えば、職印を押すし不思議な点が多いと、注意するし、杉山君が、こうなつているからと云つて、私が大丈夫と思えば、押すし二人で相談してやることもありますとの記載。

(ロ) 第一審第六回公判調書、証人の供述（林信雄）中、……弁護人五井節蔵、手形を振出すには、どうゆう様にして出すのか＝船主から杉山君に、幾ら幾ら欲しいと云つて来るのを杉山君が資料を勘案して、これだけ出しても、よいと思えば、稟議書に書き入れて、私のところに廻して来ます。それを私がこれは無理だとか、これならよいと思えば、そこで決裁するのです。稟議書は、杉山が造つて、証人のところに持つて行くとき、稟議書に申込金額とか、材料を書いて、証人のところに持つて行き、それでよければ決裁するし、悪ければ減額して決裁するのか＝そうです。手形の発行は、杉山がやつていたのか＝杉山君が書いて来た物を、私が組合長の印を押し、それを杉山君に渡し、杉山君が船主に渡すのです。稟議書は、杉山が造つて、証人のところに持つて来たのか＝そうです。……その稟議書と云うのはこれか＝この時弁護人は、後で証拠として提出する、稟議書写、及び起案用紙を示した。稟議書は、この写しと同じです。……裁判官……手形を振出す事については、先程述べているが、内部的には、専務が決裁すれば融通手形を杉山の手に渡していたのではないか＝そうですとの記載。

(ハ) 第一審第八回公判調書、証人の供述（加藤清）中、検察官、証人は横浜銀行三崎支店に勤めていたことがあるか＝あります。その当時何係をしていたか＝支店長代理をしていました。……五井弁護人、鎌田漁業株式会社が不渡の手形を出したのは、いつ頃か＝昭和三十三年に入つてからだと思います。……証人の方で杉山に対し、手形がまわつているが、どうしますかと云うのは、どう云うわけか＝振出人が組合であるのと、杉山さんが経理を担当しており、杉山さんが組合を代表する、立場の人だと思つて、連絡しました。杉山は手形を振出す権限があると、証人は思つていたのか＝杉山さんは組合の参事で組合を代表すると、思つていました、それで電話をかけました。証人はどうして組合の参事が、手形を発行する権限があると、思つたのか＝協同組合法にあるのではないかと思います。それは、何と云う法律か＝協同組合法だと思います。証人は、警察で調べられた時、このことについて、そう云う法律があると、思うと云つたか＝云いましたが、警察の方でそう云うことは、ないだろうと云いました。証人は、本当に警察官に、そう云う法律があると思うと、云うことを云つたか＝本当に云いました、するとそれはあなたの考え違いではないかと、云いました。私はそう云う法規があるのを見た、記憶があります。証人は、そう云う法規を、どこで見たか＝私は、調べてみましたが、どこでみたかわかりませんとの記載。

(ニ) 第一審第七回公判調書、証人の供述（鈴木郁夫）中、検察官、証人は、どんな仕事をしているのか＝神奈川県鰹鮪漁業協同組合の信用課長をしています。証人は、杉山博信や、滝島秀治を、知つているのか＝この二人は、職場の上司で、私はその下に働いていたので、知つています。……五井弁護人……手形の振出しの場合は、杉山博信が、たずさわつていなかつたか＝たずさわつていました。杉山博信は、どんなことをしていたのか＝手形の振出し行為すべてをしていました。手形は、作成してどうするのか＝融資の対象先に渡します。……この稟議書は、組合で使つているものか＝本件領置の稟議書の起案用紙（昭和

三十四年領支第六号の十）、稟議書の写（昭和三十四年領支第六号の十一）を示す。この両方の稟議書とも前に使つていました。稟議書の中の科目については、記憶していませんが、形式はこの様うなものを使いました。この両方の中でこれ（稟議書の写）が新しい方です。これ（稟議書の起案用紙）が、古い方ですが、各部により両方共使つていました。この両方の稟議書（稟議書の起案用紙、稟議書の写）には組合長、専務、参事と云う欄があるが、この欄に皆決裁をするのか＝そうです。……秋山弁護人……杉山博信が組合員から資金の申込みをうけ、稟議をして専務の決裁を得てその後手形を振出して、借主に渡すことを、杉山博信がやるのか＝そうですとの記載。

(オ) 第一審第二四回公判調書、被告人の供述（滝島秀治）中、……五井弁護人、昭和三十四年押第六号の十乃至十三を示す。手形を振出す場合昭和三十三年頃組合で使用していた稟議書はどれどれですか＝最初は第六号の十を使用しており、あとから第六号の十一を使用するようになりました。……被告人の供述（杉山博信）五井弁護人、昭和三十四年押第六号の十乃至十三を示す。手形を振出す場合、昭和三十三年頃組合で使用していた稟議書はどれどれですか＝最初は第六号の十を使用しており、あとから第六号の十一を使用するようになりましたとの記載。

(カ) 弁護人が証拠として提出した、神奈川県漁業協同組合組合の商業登記簿謄本、並に、昭和三十四年押第六号の十、十一の各稟議書の現存。

を綜合考覈すれば、輒く首肯せらるゝのであります。

然らば則ち、上述の如く右漁業協同組合が被告人杉山博信に参事として、同組合長寺本正市名義の約束手形を振出す権限を与え、それを業務として、取扱はしめていた以上、被告人杉山博信が縦令同約束手形を専務理事林信雄の同意を必要とするとの内規に悖戻して、振出した所以に依つて、該約束手形を無効となし、其の無効を以つて善意の第三者である、其の割引人の杉浦佳吉、吉田繁雄、大物業会、岩間寛治、渥美大三郎、李熙潤、田村健治、松野三郎等に対抗し

得るものとすれば、水産業協同組合法第四十六条第三項が参事には商法第三十八条第一項第三項の規定を準用して善意の第三者を保護して取引の安全を期せんとした、折角の目的も水泡に帰し、全くの空理空文に止まるから、神奈川県鰹鮪漁業協同組合が、如上内規を設けて、参事の権限を斯く制限し得ぬものと、解すべきであります。

然らば、原判決が神奈川鰹鮪漁業協同組合は被告人杉山博信が同組合長名義の約束手形を振出すには、専務理事林信雄の同意を得るを要するとして、其の権限を制限し得るのは、商法第三十八条第三項の規定から見ても明らかである旨判示しているも、其の制限は、善意の第三者には対抗し得ぬのは、之亦同条項の規定上一点の疑もない故、該制限は、畢竟法律上無意味であるから、被告人杉山博信の本件約束手形の振出は、善意の第三者に対する関係に於ては、其の権限の範囲内に属し、民法上有効であり、民法上然る以上、その約束手形の振出は、刑法上も亦民法と同一に有効となして、その偽造罪の成立を阻止するのが至当で、斯く解してこそ、刑法が有価証券偽造罪の法益を、原判決の所謂その真正に対する、公の信用となした、所以にも合致するので、原判決が、被告人杉山博信の本件約束手形の振出は、前顕制限に反するものとなし、其の所為を有価証券偽造罪に問擬すべきものと判示したのは、失当であります。

大審院も大正十一年十月二十日聯合審判の結果、従来の此の種の文書偽造等に関する判例を打破し、新たに判決を以つて（大審院判例集第一巻五五八頁）

◎支配人が其の権限の範囲内に属する事項に関し、自己、又は、主人の商号を使用して、手形其の他の文書を作成する行為は、有価証券偽造、又は、文書偽造の罪を構成するものに非ず。

と判示しており、学説判例は、爾来挙つて之に双手を上げて左袒し、之を金科玉条として踏襲しておるのは、顕著な事実であります。

然かも被告人杉山博信が本件約束手形を神奈川県鰹鮪漁業共同組合参事杉山博信名義で、振出したる場合たると、将又、同漁業協同組合長寺本正市本人名義で、振出した場合たるとを問はず、該約束手形の振出行為は、有価証券偽造罪を構成するものではなく、右大審院聯合判決も爾く解していると云々と判示せるのに鑑みれば、寔に明らかであります。

(三) 尚原判決は、大審院大正十五年二月四日の判例が、

◎取締役が辞任後行使の目的を以て、擅に取締役の署名を冒用して、其の会社振出名義の約束手形を作成したときは、未だ辞任の登記無かりしとするも、有価証券偽造罪を構成す。

と判示している所以を以て、被告人杉山博信の本件約束手形の振出行為は、有価証券偽造罪に該当するものと解しているも、

取締役が約束手形を振出し得る権限に基くに非ずして、恣に取締役の名義を冒用して振出したる場合は、右大審院の判例の如く然りと肯定するのに、決して吝ではありませぬが、被告人杉山博信が本件約束手形を振出すに当つては、単に専務理事林信雄の同意を得なかつたに止まり、参事として、自己に与えられた権限に基いて之を振出したものであるのは洵に明らかであるから、同被告人の所為を有価証券偽造罪に問擬せんとするに際し、同大審院の判例を亀鑑となすは、正当ではありません。

(三) 原判決は、尚又大審院昭和七年五月五日の判例が、

◎親権者たる実父が未成年者に代りて、手形行為を為すの意思なく擅に未成年者の名義を冒用して、手形を作成したときは、有価証券偽造罪を構成す。

と判示しておる所以に依り、被告人杉山博信の本件約束手形振出行為は、有価証券偽造罪を構成するものと解していまするも、

被告人杉山博信は、参事として、神奈川県鰹鮪漁業協同組合長寺本正市に代つて、真に同組合長名義の約束手形振出の意思なく、擅に同漁業組合長名義を冒用して、振出したものならば、同大審院判例の如く或は然らんも、被告人杉山博信は、叙上の如く、本件約束手形を参事としての自己の権限に基き、真に振出したもので、唯単にその振出に際し、専務理事林信雄の同意を得なかつたに止まるから、被告人杉山博信の所為を、有価証券偽造罪に問はんとするに当り、同大審院判例を規矩準繩となすは、適切ではありません。

(四) 原判決は、更に大審院大正十二年二月二日の判例（法律新聞第二千九百十二号、大正一二・二・二八発行）が、

◎(一)被告は、自己名義の文書を作成したるものにあらずして、行使の目的を以て判示会社取締役社長柴田貢名義を冒用し、同人名義の判示約束手形一通を作成し、右振出人名下、竝に、要部に右会社取締役社長印、及、同会社印を各押捺して、之が偽造を遂げ、判示の如く桝谷卯市郎の手を経て、情を知らざる、奥井平四郎に交付して、行使したるものなれば、被告は、判示会社の取締役たるにもせよ、右所為は、尚行使の目的を以て、右有価証券を、偽造したものに外ならずして、刑法第百六十二条第一項に該当する。

と判示している所以を以て、矢張り被告人杉山博信の本件約束手形振出行為は、有価証券偽造罪として罰すべきものと解しておるも、

然し被告人杉山博信が参事として、与えられた、自己の権限に基き、真に本件約束手形を振出すに際し、唯専務理事林信雄の同意を得なかつたに止り、擅に前示漁業協同組合の組合長寺本正市名義を潜用して、同約束手形を振出したものでないのは、前述の通りであるから、同被告人の所為を、有価証券偽造罪に問擬せんとするに際し、右大審院の判例を準則となすのは、妥当ではありません。

尚同大審院の判例はそれに続いて、

◎被告人が㈠判示会社の取締役兼支配人として、㈡（支配人は、辞任後に係るも）同じく其取締役支配人として、孰れも判示約束手形を其資格に於ける、被告人名義にて振出し、其の名下其他要部に、被告人の実印、及、会社印を各押捺して偽造を遂げ、㈡の手形は、奥井平四郎の手を経て、情を知らざる株式会社第一銀行西区支店支配人に提出行使し、同人を欺いて割引をなさしめ、額面金額を同銀行に対する、被告人自身の負担に帰すべき、手形債務の支払に充当して、同金額の支払を免れ、財産上不法の利益を得。又は㈢の手形は之を本多藤三郎に交付して行使し、同人を欺罔し、同人に対する自己の負担に帰すべき、石炭代金の支払に充当し、因て財産上不法の利益を得たりと云うに在るを以て、右手形の作成及行使は孰れも、当院大正十一年(れ)第三四六号事件に付、同年十月二十日当院が言渡した判例の趣旨に依り、有価証券偽造及之が行使罪を構成せざるに拘らず、之を右偽造及行使の保条に該当するものと判定したる原判決は、不法にして此の㈡、㈢の手形に関しては、論旨は、孰れも理由あり

と、判示しております。

こは、被告人杉山博信の有価証券偽造行使罪を律するに当り以て他山の石となすに足るものと堅く信じております。

然らば則ち、原判決は、法律の解釈を謬つて、大審院の判例に相反する判断をなしたもので、刑事訴訟法第四百五条第三号に背戻すると、同時に原判決は、畢竟法律の定むる適式の手続にも依らずして、被告人杉山博信を処断したことにも帰する故、憲法第三十一条にも悖戻するを以て、原判決は、須らく破棄するのが至当であります。

第二点

原判決は、手形振出番号や、取扱者の止印の如きものは、例え一般の商慣習では、之を附記し、又は、押すのが通例であつても、手形所定の要件でないから、之を欠いたからとて、約束手形の効力に、何等影響しないことは勿論、一般人を

して、真正に作成されたものと、誤信せしむる虞があるとは、到底言うことが出来ないと、判示しておるのは、原判文上洵に明瞭でありますが、約束手形を振出すには、商慣習上手形には振出番号を附記し、手形金額には止印として、取扱者が自己の印を押捺することになつているにも不拘、被告人杉山博信及び第一審相被告人滝島秀治等が振出した、本件約束手形には、振出番号も、止印も闕如しているのは、該約束手形自体に徴せば、何人にも一見明瞭であり、現に右約束手形の所持人中には、番号、及び、止印の欠如に因り、同約束手形の振出の真正に付、不審を抱き、振出人の神奈川県鰹鮪漁業協同組合に対し、その振出の真正を問合はせているのは、

(イ) 第一審第十八回公判調書、被告人の供述（杉山博信）中、五井弁護人……被告人が手形を組合員に振出した時、その手形を振出た旨を手形の振出の番号と一緒に手形発行振出簿に出簿とも云うのか＝そうです。手形金額には止印を押したか＝押しました。手形の金額のところには、どんな止印を押したか＝まるい杉山とほつてある、私のはんを押しました。手形を振出す場合、慣例として手形に振出番号を書き金額の下に止印を押すことになつているのか＝そうですとの記載。

(ロ) 第一審証人山口三郎尋問調書中、五井弁護人、……手形振出の時手形に番号を付記するのは、手形取引の通念ではないか＝そう云うことになつていますとの記載。

(ハ) 供述人岩見寛治の司法警察員に対する供述調書（昭和三三・七・一三附）中、「六」、この様な訳でありますが、尚念のため約手に「ナンバー」がありませんでしたから記入忘れしたものと思いまして、同月の末頃ですが、約手用紙に私が山口さんから受取つた協同組合振出し約手の写しを作成して、書留で返送料を入れ、協同組合宛に、紹介したのであります、ところが一週間位すぎても、何んの返事がないので、組合へ電話をして、相手は、誰れであつたか名前を聞きませんでしたから、判りませんが、「ナンバー」はないが、間違いはない責任者が上京中で留守だから、帰つたら知ら

せると、云う様な返事を聞いたので、私は「ナンバー」が無くても大丈夫なのかと思つてその儘にしておきましたとの記載。

(ニ) 供述人岩見寛治の検察官に対する供述調書（昭和三三・七・一九附）中、「三」、四、五日後振出人に手形番号がなかつたので書留速達で照介した処、これに対し何んの返事もなかつたので、更に四、五日後に電話で照介しますと、組合の誰が出たか判りませんが、手形は、間違いなく組合で発行しているが、番号は、係が上京中であるから、帰り次第返事をすると、申しておりました。そしてその後これに対しては、何んの返事もありませんでしたが、私は組合で発行したと云うのを信用し、所持しており、六月下旬支払期日が到来するため三和銀行深川支店に取立を依頼した処、印鑑偽造につき支払を拒絶されて仕舞い、組合と交渉しても、責任がもてないと云われ、今日に至つておりますとの記載。

(ホ) 第一審証人岩間寛治尋問調書中、五井弁護人、証人は、この約束手形について、手形に「ナンバー」がないとか云うことで、神奈川県鰹鮪漁業協同組合に、問い合せたことはないか＝私の代理人が、組合の理事長に、書留速達で手形に「ナンバー」を入れてくれと、云つて問い合せました。……その後問い合せた結果は、どうなつたか＝電話で「ナンバー」がないが間違いなく発行したものであると、云う返事がありましたとの記載。

(ヘ) 供述人林信雄の司法警察員に対する供述調書（昭和三三・六・三〇附）中、「三」、現在使用致して居ります、組合の手形と偽造手形の相違点につきましては、真正なる組合発行手形は、先づ第一に振出番号があります、この振出番号は、組合にある手形振出の帳簿に記載されている、手形振出の帳簿と同数の番号であります。組合から手形を振出す場合には、手形振出の帳簿と対照して、番号を記入して振出すのであります。第二点につきましては、手形の金額のところに止め印を押すことになつております。第三点は、現在の印鑑は神奈川県鰹鮪漁業協同組合長之印となつております。「四」……(問) この手形は、組合より発行されたる、真正の約束手形でありますか。(答) この手形は、お見せ戴きました

が、組合発行の真正なる、手形と違います。相違点につき申上げますが、只今も申上げましたが、このお見せ戴いた手形には、第一に振出番号がありません、第二に金額の終りに止め印がありません。第三に印鑑が相違しておりますとの記載。

(ト) 第一審第六回公判調書、証人（林信雄）の供述中、五井弁護人、……番号は振出と帳簿が一致しているのか＝そうです。金額のとめ印は、誰が押すのか＝杉山さんの印で押しています。組合長が押すのではないか＝違いますとの記載。

(チ) 供述人滝島秀治の検察官に対する供述（昭和三三・七・一六附）中、「八」この手形を作成して日高に渡してから、しばらく経つて東京の岩間と云う人から、書留郵便が来て、その手形は、組合で正規に発行したものかと、問合せがありましたので、私は、その手紙を鎌田漁業株式会社に持つて行き、辻さんに渡しましたら、同人は、自分が相手に交渉するから、宜しいと申しますので、その書留郵便を辻さんに渡して来ました。その後更に岩間さんから電話があり、書留郵便の手形の件はどうしたと、聞いて来ましたので、私は、今発行した係がいないが、組合で発行したものであり、鎌田漁業株式会社から連絡があるはずであると、申しておきましたが、その内容は、出鱈目ですとの記載。

(リ) 第一審第二十回公判調書、被告人の供述（滝島秀治）中、五井弁護人……岩間寛治と云う人から神奈川県鰹鮪漁業協同組合に書留で正規の手形を振出しているかどうかについて問合せがあつたことがあるか＝あります。それはいつ頃のことか＝昭和三十二年の二、三月頃だと思います。その問合せの手形は、どんな手形か被告人は知らんか＝岩間と云う人の持つている分の手形は、どんな手形か知りません、私も本件の手形を発行しているので、どれかわかりませんが、その手形は、私か杉山参事が発行したものと思つて、すぐ鎌田漁業株式会社に行つて、辻さん、日高さん、藤木さんのいるところで、組合の方に問合せが来るようでは困る、内容がわかるから、気をつけてくれと云つたら、うちの方の連絡不十分でこのようなことになつたが、これはすぐ連絡しておくと云つたので、私は、書面を置いて帰つて来ました。

その後更に岩間の方から電話で書留で問合せをした。手形の件はどうなつたかと、云う問合せがあつたか＝ありました。その時電話には誰が出たか＝私が出ました。それで私は、その時発行責任者がいないから、よくわからないが、組合の方で出した手形に間違ないが、この手形は、鎌田漁業株式会社の方で、整理することになつていると云つて、そのことを辻さんの方に話しましたとの記載。

を参稽すれば、聢と確知せられます。

然らば、約束手形を振出すには、振出番号の附記、止印の押捺が、法律上手形の要件ではなくとも、商慣習であるとすれば、其れを重んずべきであるのは、商法第一条の規定上疑の余地もありませぬ故、それ等の闕如せることの、何人にも一目瞭然である以上、それに依り約束手形に形式上列記してある手形要件の真偽、即ち、約束手形振出の真偽に付、疑念を抱くのは、理の当然であるから、それ等の欠如せる限り、該約束手形の偽造を云々するのは、適法ではありませぬ。

果して然らば、原判決は、法律の解釈を誤つて、被告人杉山博信を処刑したもので、こは、刑事訴訟法第四百十一条第一号に所謂、判決に影響を及ぼすべき、法令の違反であると、同時に法律所定の成規の手続に拠らずして、処罰したものでもあるので、憲法第三十一条にも背違する故、原判決を、破棄するのが正当であります。

第三点

原判決は、第一審判決判示の約束手形中には、『神奈川県鰹鮪漁業協同組合長寺本正市』記名の下に『神奈川県鰹鮪漁業者組合長之印』という木印を押したものがかなりあるが、右の木印は、正規の職印と全く同じく、約二センチメートル角のもので一つ一つの文字はかなり小さく書体も同一であつて、然も正規の職印との違いは、『協同』とあるべきところが、『者』となつていただけで、他の文字は、同一なのであるから、一見正規の印と見間違うことはなく、斯様な印を押した約束手形を、一般人が真正なものと誤信する虞十分あるとはいえないと判示していますが、

有価証券偽造罪の構成には客観的に観察して、一般人をして真正に作成した、有価証券であると誤信せしむるに足る程度に、技巧を凝してあることを要するのは、学説判例の軌を一にする処であります。

然るに、右約束手形の一般所持人は、神奈川県鰹鮪漁業協同組合長寺本正市の名下に押捺してある『神奈川県鰹鮪漁業者組合長之印』と刻した木印が、果して正規の職印の大きさ、並に、書体等が同一で、該職印と違うのは、『協同』とあるのが『者』とある丈だと、知ぬのが普通であるのは、吾人の常識上一点の疑もありませぬ故、其の約束手形の所持人は、単に『神奈川県鰹鮪漁業協同組合長寺本正市』の記名と其の名下の『神奈川県鰹鮪漁業者組合長之印』とを対照して『協同組合』と『漁業者』との相違を見ては、同漁業協同組合が、果して右約束手形を振出したか、否かの真偽に付、不審を抱き懐疑の念に駆らるゝのは、蓋し当然であり、現に該約束手形の所持人合に、其の振出の真偽を、問糺しているのは、

(イ) 供述人林信雄の司法警察官に対する供述調書（昭和三三、六、一〇附）中、「四、本年三月中旬頃のことであります。私の組合の鮮魚販売部主任の川島治義（当四十年位）君より、電話がありまして、東京の月島の三幸冷蔵社長松野某さんからの話しによりますと、組合長寺本正市名義の振出の鎌田漁業からの、手形を受取つたが、印鑑の寸法がおかしいから見て呉れと云う、連絡があつたから、どうするかと云はれましたので、私は行つて見るように言いました。そして川島君が三幸冷蔵え行つて、この手形を調べて見ますと、この手形は、前に私の組合の神奈川県鰹鮪漁業者組合と言つて居た頃に使用して居た、廃印を使用して、偽造したものであることがわかりました。私も川島の報告により、申述た三幸冷蔵え行つて見ますと、事実その通りでありまして、元の組合印を使用したもので、偽造手形であることがわかりました。この偽造手形は、私が勤務している、神奈川県鰹鮪漁業協同組合名義で、発行したことは、事実でありますが、振出人は、組合長寺本正市であり、額面は金百万円であり、受取人は、鎌田漁業株式会社となつて居り、振出人

寺本正市の署名（ゴム印）の下に廃印となつた、先程申上げた神奈川県鰹鮪漁業者協同組合と刻印された木製の角印が押捺されていたのであります。私は、驚いてこの手形の出所について、社長の松野さんに聞いて見ますと、松野さんは私に対してこの手形は、鎌田漁業の辻専務から融通を頼まれて、持つているものだと云うことでありましたとの記載。

(ロ) 第一審第五回公判調書、証人の供述（林信雄）中、検察官、……証人はこの手形を見た事があるか＝この時検察官は先に提出した、昭和三十四年領支第六号第一号証を示した。これかどうか、はつきり判りませんが、三幸冷蔵株式会社で見た事があります。それはいつ頃のことか＝昨年の二月頃です。……その手形が出たと云う事は、どうして知つたか＝三幸冷蔵株式会社から川島君の所に云つて来ました、組合長の印がおかしい寸法が怪しいと云うので、川島君が調べたところ、現在の組合長の職印と違うと云う事を、川島君から話を聞いたので、私が三幸冷蔵株式会社の松野さんの処に行つて、見せて貰いました。証人は、松野さんに会つて見せて貰つたのか＝三幸冷蔵株式会社に行つて見せて貰つたのです。何処が違つていたか＝現在使つているのは漁業協同組合となつているが、その印は、漁業者組合と云う、廃印になつた職印です。証人は、その事が判つてからどうしたか＝これは違いますと云つて帰つて来ましたとの記載。

(ハ) 第一審第六回公判調書、証人の供述（林信雄）中、弁護人五井節蔵＝証人の方で今度の手形が、偽造されていると云う事が、いつ頃どうゆう機会に、判つたのか＝東京都中央区月島にある、三幸冷蔵株式会社から、組合の川島君の処に云つて来ました。それは、電話でどうも手形がおかしい、組合の方から出た手形のおちる期間が、長すぎておかしいから、調べてくれと云つて来ました。……それでどうしたか＝調べたらどうも、おかしいと云う事が、判りました。どうもおかしいと云う事は、どうゆう事か＝それで、川島君が印鑑を調べに行つたところ、印鑑が違うので、電話で印鑑の寸法が違うと云う事を知せました。……手形に押してある印鑑は、どうゆう印鑑が押してあつたか＝現在使つている印

は、前に使用していた物で、廃印になつた『漁業者組合長印』と云うのが、押してありました。振出人は、神奈川県鰹鮪漁業協同組合、組合長理事寺本正市で名下にその廃印が押してあつたのか＝そうです。それでどうしたか＝私に行つて見てくれと云うので、私が行つて見たところ違つていたのが判りましたとの記載。

(ニ) 第一審第七回公判調書、証人の供述（川島治義）中、検察官、証人はどこに勤務しているのか＝神奈川県鰹鮪漁業協同組合に勤めています。証人は、どんな仕事をしているか＝業務部長をしています。……五井弁護人……三幸冷蔵株式会社から証人のところに電話で、鎌田漁業株式会示から受取つた、組合振出しの手形について、何か問いあわせはなかつたか＝電話ではありませんでした。事件前に手形のことでどこからか、問いあわせはなかつたか＝ありました。誰からその問いあわせがあつたのか＝三幸冷蔵株式会社の三崎で買付をしている、佐藤と云う人が本社から電話がかかつて来て、印鑑が違うようだから、どう云う印鑑を、使つているのかと、云う問いあわせがありました。それは、いつ頃のことか＝昭和三十三年の三、四月頃だと思います。それで、証人はどうしたか＝私は、私の方では、そんな印鑑は使つていないと云つて、魚市場の方には、印鑑がないのでわからないから、組合本部に問いあわせて、みましようと云つて、林専務に問いあわせたら、どうしてそんなことがあるのか、ばかなことがあるものかと云いました。証人は、林専務と印鑑のことについて調査をしたか＝それで、佐藤にそんなことはないと云うたら、印鑑おしてくれないかと云うので、神奈川県漁業協同組合長之印と云う印鑑を、新聞の切れ端に押してやりました。その後佐藤からそれを本社に送つてみたら、違つていたと云う電話があつたので、私は、林専務に云はれて、印鑑の調査に行きました。印鑑の調査に行つたのはいつか＝話のあつた三、四日後です。……証人は、三幸冷蔵株式会社で印鑑の調査をしましたか＝しました。……印鑑の中に書いてある字は、どんな字だつたか＝神奈川県鰹鮪漁業者協同組合長之印となつていました。……手形に押してある、違う印鑑は、肉眼で見てすぐわかつたか、＝わかりました。組合の専務も三幸冷蔵株式会社に行つて印

鑑を調べたのか＝行きました。その結果どうだつたか＝印鑑の違っていることがわかりましたとの記載。

(ホ) 供述人松野三郎の司法警察官に対する供述調書（昭和三三、六、一九附）中、「六」、当会社の社員が持つて来た、組合印の印象と私のところにある、手形の組合印とを照合致したところ、どうも正規の神奈川県鰹鮪漁業協同組合印とが相違しているので、不審に思い、神奈川県三浦市三崎町の出張員佐藤芳雄二十九才に電話し、印鑑が変だから、鰹鮪の組合へ連絡して見てくれと申付けたので、佐藤君が三崎市場にある㈱と言う販売所に行き、神奈川県鰹鮪漁業協同組合の㈱販売所の長である、川島と言う人に、この旨を連絡致したのであります。そのためこの川島さんがすぐ当社に来訪され、手形を見せて戴きたいと言うのであつたので、保管中の手形を、川島さんにお見せしたところ、この手形は、偽造されたところの手形であると、確認致したのであります。

第一審第八回公判調書、証人の供述（松野三郎）中、検察官……証人は、この手形に見覚えがあるか＝本件領置の約束手形（昭和三十四年領支第六号の一）を示す。ありあります。証人のところでは、この手形を担保にとつたのか＝そうです。この手形を受取つてから、手形の内容について、組合に照会されたことがあるか＝あります。それは、手形を受取つてまもなくのことか＝二日位して照会しました。電話で照会したのか＝最初は、電話でした。どうして照会したのか＝はじめて受取つた、手形は、印鑑を照会する社則になつているのでした。その結果はどうだつたか＝組合の方で手形を見せてほしいと云つたので、私の会社の駐在員が三崎にいますから、それに持たせて提示したら、印鑑が違うと云うことでした、これについて組合の林専務がこの問題は大きいので、会社の方に行くからこのことは、公表しないでほしいと云うので、私の方は来るのを待つていたら、林専務が来て、印鑑は正規のものではないが、手形は、組合が出したことは間違いないから、支払は責任をもつと、云う口約をして帰りました。証人が組合の方に示した、手形の印鑑はこれか＝本件領置の約束手形（昭和三十四年領支第六号の一）を示す。そうです。これが現在の組合で使つている、印

鑑の前に使つた、組合の印鑑だと云いました。この印鑑は、廃止になつた印鑑だつたと云うことか＝そうです。……五井弁護人……組合の方からも人が来て、手形について、調査したのか＝そうです。組合の方から、誰が来たのか＝はじめ、鮮漁課長の川島と云う人が来ました、二度目は、林専務が来ました。組合のこの二人が調査に来て、手形を見るやこの印鑑は、現在使つていないものだと云つたのか＝云いました。そう云つたのは、肉眼で見て云つたと云うことは、間違ないか、＝間違ありませんとの記載。

を綜合考査すれば、疑と首肯せらるゝ故、原判決が神奈川県鰹鮪漁業者組合の正規の職印と、同組合長名下に押捺してある。神奈川県鰹鮪漁業協同組合の正規の職印と、同組合長名下に押捺して造罪に問はんとしたのは、前同様刑事訴訟法第四百十一条第一号憲法第三十一条に違反するから、原判決は、破棄すべきであります。

第四点　原判決は、有価証券偽造罪の罪数はその偽造した有価証券の個数によつて、決定されるもので、一通を偽造することに一罪が成立すと解すべきであり、例え同種の動機から短期間内に、これを反覆累行したとしても、包括一罪の観念をいれる余地はなく、連続犯の規定を削除された今日に於ては、これを併合罪として処断する外なく、又第一審判決判示詐欺の各所為も、その目的は、何れも鎌田漁業株式会社の運転資金を、得るにあつたにせよ、夫々別個の行為とみるべきことは、明らかであるから、これを包括して一罪と解すことは、到底不可能であると判示しているのは、原判文上極めて明白であります。

然しながら包括一罪を構成する各行為も亦、何れも独立した一罪であるが、此の独立した一罪が、終局的の唯一の目的の達成に向つて、単一なる犯意発動の下に漸次敢行された場合は、之を包括一罪となして、処断すべきであるのは、連続犯の規定の削除以前から、学説判例の等しく認むる処であります。而して、

被告人杉山博信は、鎌田漁業株式会社の専務取締役の相被告人辻富信の切なる懇請に依り、同会社の頽勢の挽回に資する、事業運転資金の捻出等の、一時的弥縫の為に、此の終局単一の目的を以て数次に亘り、振出人神奈川県鰹鮪漁業協同組合長寺本正市名義の、約束手形数十通を偽造し、相被告人辻富信等が、其の都度之を行使し、約束手形割引名義の下に、金円を騙取したものであるのは、

(イ) 被告人杉山博信の検察官に対する供述調書（昭和三三、七、一六、附）中、「二、本年二月十日頃辻が直接組合に来たか、電話をかけてよこしたか覚えておりませんが、前の手形を落す為にもう一回書いてくれと頼んで来ました。それは以前私が役員に相談せず、作成してやった、偽造手形の支払時期が来たので、新しい約手を偽造し、それを東京方面に持って行って現金化し、その金を支払う心算りであつた事は判りましたが、私は辻富信から支払えない時は船を売つたり、権利を売ったりして、支払うと言われ、辻の云う事を半ば信用し、私が偽造してやった手形の数が増えて、その金額も千二、三百万円に達し、組合からは正規の手形を貸さないし、とうてい手形の満期日迄支払えるかどうか不安で辻の言う事が半ば信用出来ませんでしたが、従来の行きがかりもありましたので、作成してやる事を承諾しましたとの記載。

(ロ) 被告人杉山博信の検察官に対する、供述調書（昭和三三、七、三一、附）中、「一、昭和三十一年九月十九日頃辻さんが組合に来て、私が運転資金に困るので、正規の手形を貸してくれと申込んだが、断わられて仕舞ったので、貴殿が保管している判を使用し、手形を書いてくれないかと頼みました。私は再三断りましたが、是非書いてくれと云うので従来から辻さんとは、つき合があつたので、断わりきれず、その上迷惑をかけないと申しますので、役員に内緒で書いてやる気持になりました。辻さんはその手形を知り合のところに持って行き、金を借りて会社の資金を作ると云う事は、承知していましたが、私は魚の水揚げがあればその手形を落してくれると思い、水揚げ迄の間辻さんの資金繰りの

手伝いをしてやる気になったのです。勿論辻さんから、此の手形を受け取った人は、私が偽造したものである事を知らないので辻さんに金を貸してやる事も承知していましたとの記載。

(ハ) 第一審第十八回公判調書、被告人の供述（杉山博信）中、五井弁護人、……辻富信は、昭和三十一年九月十九日頃神奈川県鰹鮪漁業協同組合を訪れ、被告人に対し鎌田漁業株式会社の百万円の手形を振出てくれと頼んだことがあるか＝あります。それは、間違ないか＝間違ありません。その手形の振出を頼んだ際、辻富信が林専務理事に運転資金として色々頼んだが、林専務理事はこれ以上貸してやれないと云つたら、辻富信は漁獲も思はしくないし、運転資金に困つている、手形の期日には水揚げの金で落す、それができない場合には、会社の船を、かたに金を借りるか、漁業権を売ってでも、きっと手形を落して、被告人や組合に迷惑をかけないようにするから、林専務理事等に内密にして、手形を出してくれと、被告人に云ったことは間違ないか＝間違ありません。その時被告人は、そのようなことを内密にしても、後でばれるから、もう一度林専務理事に頼んでみては、どうかと云って辻富信の頼みを、拒絶したことは間違ないか＝間違ありません。そうしたら辻富信は、どうしても運転資金に困るから手形を出してくれ、手形は知合いのところで割引、銀行には絶対まわさない、船が入り水揚げをしたら、きっと手形は落す、万一の時は前に述べたような、船や漁業権を売って金を作り、手形はきっと落すから、是非頼むと云はれたのか＝そうです。それで被告人は辻富信の気持も知つており、かたい人で必ず約束通り手形を銀行にまわさず、期日に必ず落してくれるものと信じて、手形を出したと云うことは間違ないか＝間違ありませんとの記載。

(ニ) 被告人辻富信の司法警察員に対する供述調書（昭和三三、七、一五、附）中、「三、次に前回すでに申上げました、組合の約手を組合の杉山さんや滝島さんに頼んで書いて貰い、之を割引いて、資金繰りにあてていた事について、申上げます。組合から正規の融手を受ける様になつた経緯は、今まで申上げた通りでありますが、その融手の発行について

は、大体一隻について、百万円と云うことでしたので、私共の会社では、二百万円位しか出して貰いませんでした。然しそれだけでは、今まで申上げました資金繰にはどうしても、追付いて行けなかつたのであります、従いまして私と日高と藤木等で相談の結果組合の杉山さんや滝島さんに頼んで、ヤミの融手を書いて貰つて、それを割引いて資金の一部にあてようと云うことになり、三十一年の九月頃から前回も申上げました様なことで、杉山さんと滝島とに組合のヤミの手形を書いて貰つては他所で割引いて貰つて資金ぐりをして居た訳でありますとの記載。

(ホ) 被告人辻富信の検察官に対する供述調書（昭和三三、七、二三、附）中、「七」、私は、この様にして、日高君、藤木君などと、会社のやりくりについて相談しては、組合の偽手を書いて貰いそれを私や日高君、藤木君などと相談して方々で割引いて貰つたり、その書換をして貰つていたのでありますが、その間の状況を一覧表に作成しましたから提出致します。……「十一」……前回七月十五日の調書で申上げました様な運転資金難に伴う、高利の資金ぐりのため、負債は雪だるま式に大きくなり、昭和三十二年十月頃からは、収拾つかない状態となり、それまでは偽造手形を使つても使んとかして落して行く気持はあつたのでありますが、それ以来は先の見こみが立たなくなり、このままで行けば最後には不渡りにして仕舞うことになると、考える様になりましたし、その頃ここで組合の偽造手形を見切つて打切つて仕舞えば、すぐにも不渡りが出ますので、そうすれば御世話になつた杉山さんや滝島さんに迷惑が及ぶことは必至でありましたので、つい悪いこととは知りつつ引続いて、杉山さん、滝島さんに組合の偽造手形を書いて貰つては、その都度日高君や藤木君とで相談し相手方にその様な会社の経営状態にあることをかくして、割引いて来たのであります。それで結局遂に一覧表にも朱字で書きました様に不渡を出して仕舞つたのであります、不渡を出したのは、本年の三月頃からでありますので、私が一覧表に不渡と印した分の手形の支払期日は本年三月以降になつている訳でありますとの記載。

(ヘ) 第一審第十七回公判調書、被告人の供述（辻富信）中、検察官、被告人は本件手形が杉山博信、滝島秀治の各被告人が内証で発行したことを、知らなかつたか＝知つていたのか＝当時船を造るのは資金難で無理でありましたが、船を造り船が入港しない時に、手形がまわつて来ました、これが百万円位ならよいのですが、五、六百万まわつて来て、ドックの払いがまにあわなくなつて、私は三崎出張所の者に、三崎の組合に金を借りてもらえないかと云つたら、辻さんが来てくれないと、話がまとまらないと云つたので、私は三崎の出張所に行き、日高、藤木に話したら、林専務に頼んだらどうかと云つたので、組合に行き林専務に三、四百万円貸してくれと云つて事情を話して、何とかならんかと云つたら、四百万円を一度に出すことは、他の組合員の関係上できないから、二百万円でなんとかならんかと云はれて、私はそれでよいと云つて帰つて来て、日高、藤木の二人にこの話をしました、その後杉山さんが外の業者も借りているから頼んだらどうかと云つたので、そのことを日高、藤木に云つたら、滝島さんが手形を書いているから、辻さんが頼めば書いてくれるんではないかと云つたので、私も知らんとも云いかねたので、話をしてみると云つて組合に行き、杉山さんにこの話をしたら二百万円貸してくれました、その時ドックの手形もまわつて来るから、後しばらく書いてくれと云つたら、考えておく協力すると云つたので、後で日高に日附、期日の打合せをさせるから、御願しますと云つて帰つてその結果を日高、藤木に話して、私は東京に行つたので、手形が内証であることは、よく知つていますとの記載。

を綜覈すれば、容易に察知せられます故、被告人杉山博信の第一審判決判示の、有価証券偽造行使詐欺の各所為は、鎌田漁業株式会社の衰頽挽回に資する終局的単一の目的を達成せんが為、初発の単一なる犯意発動の下に、反覆累行されたものであるので、包括一罪として処断すべきであるから、原判決が被告人杉山博信の有価証券偽造行使詐欺の所為は、各一罪を構成するもので、其の犯行の目的は、鎌田漁業株式会社の衰勢挽回の運転資金を得んとするにあつたとしても、包括

一罪として処罰すべきものに非すと判示したのは、失当であります。されば、原判決は、法律の解釈を謬つて、被告人杉山博信を処罰せんとすると、同時に結局法律所定の適式な手続を履践せずして、処刑せんとしたものであるので、前同様刑事訴訟法第四百十一条第一号及び憲法第三十一条に背反する故、原判決は速かに破棄するのが至当であります。

左記学説判例は、本件を律するに当り以て、軌範となすに足るものと思惟し、失礼をも顧みず、茲に列記しました。

◎法学博士　泉二新熊著　日本刑法論　総論

一、「四」不可分唯一ノ目的ニ向テ漸次ニ発展スル数個ノ意思活動ガ何レモ実行行為ノ要素ヲ具備スルモ相合シテ包括的ノ事実トシテ観察セラルル可キ場合ニハ単純一罪ニシテ連続犯ニアラズ例ヘバ賄賂ヲ要求シテ之ヲ収受シ賍物ヲ運搬シテ之ヲ牙保スルガ如キ又ハ他人ヲ欺罔シテ債権ニ関スル公正証書ヲ作成セシメタル上之ニ基キ金円ヲ騙取シ若クハ約束手形ヲ騙取シ之ニ基キ手形金額ヲ騙取スルガ如キ或ハ又保険証券ヲ騙取シ之ニ基キ保険金ヲ騙取スルガ如キ是レナリ、而シテ此等ノ場合ニハ後意思活動ガ其目的ヲ達セサルトキト雖モ既ニ其最初ノ意思活動ガ犯罪既遂ノ要件ヲ具備スルカ故ニ前後包括的ニ観察シテ一個ノ既遂罪ヲ以テ処断セザルベカラズ（同趣旨ノ判例アリ明治四十四年判決録、一七四二頁、及ビ大正五年同五七〇頁、七八〇頁等）蓋此等ノ場合ニハ数個ノ意思活動ガ終局ノ目的ニ向テ階段的ニ発展スルモノニシテ犯人ノ目的ヨリ観察スレバ初階段ノ意思活動ハ最後ノ意思活動ニ対スル準備作用ニ過キス（而モ法律上ニ於テハ何レモ皆既遂ノ要素ヲ具備スル場合アリ）故ニ数日間ニ引続キ毒物ヲ施用シテ一人ヲ毒殺スルガ如キ場合ト等シク包括的ノ一事実トシテ観スルヲ相当ナリトス〔註六〕反之手段ヨリ目的ニ向テ漸次発展スルノ関係ニ在ラスシテ相互ニ対等ノ関係ニ於テ繰返サルル数個ノ行為ハ寧ロ連続犯ヲ構成ス可シ、又上叙ノ包括的一罪ハ数個ノ行為ガ階段的ニ発展スルモ法律上同一セラレ同一罪名ニ触ルル場合ニ之ヲ認ム可キモノナルカ故ニ相異リ各罪名ニ触ルルコトヲ要スル牽連犯

ト同視スルヲ得ズ〔註六〕同趣旨判例アリ、曰ク殺害ノ目的ヲ以テ同一人ニ対シ同時場所ヲ異ニシテ数次ニ攻撃ヲ加ヘ初ハ著手未遂ニ了リタリモ其後尚モ意思継続シテ之ヲ遂行シ其目的ヲ達シタル場合ニ於テ其目的ヲ達スルニ至ル迄ノ攻撃行為ハ実行行為ノ一部トシテ認ム。

ニ外ナラサレバ之ヲ包括的ニ観察シ一個ノ殺害行為ト看做ス可キモノトス（大正七年判決録一〇三頁参照）

◎法学博士　大審院検事　平井彦三郎著　総論四六七頁、五〇一頁

一、七、数箇ノ結果ガ包括的ニ観察シ得ラルルトキハ数箇ノ罪名ニ触ルルモノニアラズ、一箇ノ行為ニシテ数箇ノ結果ヲ生スル場合ト、数箇ノ行為ニシテ数箇ノ結果ヲ生スル場合トアリ、前者ハ法益ガ専ラ又ハ主トシテ公益ニ関スル犯罪ニシテ放火ノ如シ、単一ノ放火行為ニ因リ数箇ノ住居ヲ焼燬スルモ一法条ニ該当スルニ過ギズ、此ノ場合ニ於ケル法益ハ公共ノ静謐ナル一箇ノ法益ニシテ所有者毎ニ各別ノ法益存スルモノニアラザレバナリ。後者ハ終局ノ目的ヲ達スルマデニ既遂行為数箇ヲ必要トスル犯罪ニシテ保険金詐欺ノ如シ、先ツ保険契約ノ保険証券ヲ騙取シ、次ニ被保険者死亡ノ際保険金ヲ騙取スルガ如シ、先ノ保険証券ノ騙取ハ後ノ保険金騙取中ニ包含セラルヽモノト解スベケレバナリ、（六）

（七）（八）

〔判　例〕

（六）単一ノ放火行為ニ因リ、数人ノ財産的法益ヲ侵害スルトキハ、包括的一罪ト認ムベク、刑法第五十四条第一項前段ニ問擬スベキモノニアラス（大正一二年一二九四号一一月一五日）評、公的法益ハ包括的ニ観察シ得レハナリ。

（七）単一ノ放火行為ニ因リ住居、離座敷及び納屋ヲ焼燬シタルトキハ包括的一罪トシ、最モ重キ法条ヲ適用スベキモノトス（明治四二年一四九七号一一月一九日）

評、數箇ノ結果ガ包括的ニ観察セラルルトキハ重キニ従フ。

(八) 人ヲ欺罔シテ借用証書ヲ騙取シ、次テ其ノ証言ニ基キ金銭ヲ交付セシメタルトキハ、之ヲ包括的ニ観察シ一罪トシテ処分スベキモノトス（明治四四年一〇九二号六月一日）評、終局ノ目的ヲ達スルマテニ既遂行為數箇ヲ必要トスル犯罪ナリ。

◎大審院明治四二、一二、二三、判決
同院判決録第一五輯二〇三七頁

一、二人に対し唯一の詐術を施し同時に其の術中に陥れ其の結果二人より金円を騙取したる以上は縦令騙取の日時又は場所に異同あるも単純なる一罪と認むべきものにして連続犯を以て論ずべきものに非ず。

◎大審院明治四三、一、二五、判決
同判決録第一六輯三四頁

一、犯人が同一人に対し単一の盗罪を犯さんと企て先づ金品を窃取し更に暴行脅迫を以て金円を強取したるときは其の前後の奪取行為相合じて単一の犯罪行為を組成するものとす。

◎大審院大正三、二、一二、判決
同院判決録第二〇輯一三五頁

一、収入役が業務上保管した金員と村長より委託を受けたる村有基本財産に属する金員とを混一して保管中數個の連続行為を以て横領したる行為は之を一括して其の重き業務上の横領罪を以て処断すべきものとす。

◎大審院大正五、四、一七、判決
同院判決録第二二輯五七〇頁

一、被告人が当初より国有森林を騙取する目的を以て所有又は分収に関する虚偽の事実を主張し、偽造文書を行使して下戻法所定の書面を添附したるが如く装い、主務大臣に該森林の下戻を申請し、不許可の処分を受けたる後、行政裁判所に出訴したるときは、其の詐欺行為は単純なる詐欺罪にして連続犯に非ず。

◎大審院大正五、五、二五、判決
同院判決録第二二輯八〇九頁

一、偽造証書を行使して、受訴裁判所を欺罔し、訴訟の相手方より財物を交付せしめんと企て、該証書を証拠物として情を知らざる訴訟代理人に交付し、其の手を経て、之を提出せしめたる行為は、畢竟欺罔手段に依り、勝訴の判決を得んと欲する、包括的意思の発動に出てたるものなれば、包括的一罪として、処断すべきものに非ず。

◎大審院昭和一三、一二、二三、判決
同院判例集第一七巻九八〇頁

一、殺害の目的を以て同一人に対し数次に攻撃を加へ、遂に殺害の目的を達したる場合、其の各攻撃が同一の意思発動に出でたるものなるときは、縦令異なる日時場所及方法に於て行はれたりとするも、之を包括して殺人既遂の一罪を構成するに過ぎざるものとす。

◎最高裁判所昭和二四、七、二三、判決
同裁判所判例集第三巻第八号一三七三頁

一、僅か二時間余の短時間内に同一機会を利用して、前後三回にわたり、同一の倉庫内から米俵合計九俵を窃取した場合には、単一の窃盗罪が成立する。

◎東京高等裁判所昭和二七、一、二九、判決
高等裁判所判例集第五巻第二号一三〇頁
一、同一罪名に該当する数個の行為は、犯意及び結果の各単一により包括して一罪と認めることができる。
◎東京高等裁判所昭和二七、一、三一、判決
高等裁判所判例集第五巻第三号三一五頁
数個の所為が同一又は継続した犯意の下に連続して行われ、その各々が同一の犯罪構成要件に該当する場合であつて、しかもそれらの所為が同一の社会的事実関係を基礎として、かつ、その犯罪の態様をも同じくするため、これを包括して一個の犯罪として処罰の対象とすべきものと認められる場合においては、それらの所為を包括して一個の犯罪として処断することができる。

第五点

原判決は、第一審判決が『誤信させ……云々……よつて……云々……同会社から手形割引名下に……云々……交付せしめて、これを騙取し』と判示せる所以に依り、大物業会の事務員平賀透が、欺罔された結果として、権利能力のない社団である、大物業会の手形割引の意思を決定する、権能ある者が錯誤に陥り、その錯誤に基づいて、第一審判決判示金員が、交付されたことは、稍々抽象的ではあるが判示されていると見るべきで、此の程度の判示があれば足れる旨判示していますが、

抑も詐欺罪に在つては、被害者と被欺罔者と異なる場合には、被欺罔者は、被害者に代つて、事実上、又は、法律上被害物件を処分し得べき、権限あるを要するのは、学説判例の共に〳〵肯定する処で、原判決も亦之を是認しているのは、原判文上推認し得るに難くありません。然かも詐欺罪の場合にあつては、被欺罔者が被害者に代つて被害物件を処分し得

べき権限を有することが、その構成要件であるから、裁判所が之を肯認せんとするには、須らく証拠に依つて認定するを要するのは、刑事訴訟法第三百十七条、第三百三十五条の規定上昭々乎として明々白々であります。

然るに第一審判決は、単に(四九)の(イ)被告人杉山が同月十六日頃被告人辻の要請に基き……約束手形一通（同号の五㊳）を偽造し、(四九)の(ロ)同日頃右手形を前記(四八)(ロ)と同様の順序で授受し、更に被告人藤木と共謀のうえ、被告人藤木が同月十八日頃情を知らない前記山口を介して、前記大物業会事務所において、平賀透に対して、前同様誤信させ、よつてその頃同所において、同会から手形割引名下に前記(四八)(ロ)と同様金八十七万二千六百円を交付せしめて、これを騙取したと判示し(五〇)乃至(六七)の事実に付ても、之と同様に判示しているのみで、平賀透が右大物業会の代表者に代つて事実上、又は、法律上、前掲約束手形の割引をなし得るの権限を有していたことに関しては、全然判示を欠くばかりでなく、第一審判決引用の証拠を検討するも、平賀透が同大物業会の代表者に代つて、同約束手形の割引をなし得るの権限を有していたものは、到底認められぬので、原判決が叙上の如く判示したのは、畢竟証拠に基づかずして事実を誤認したもので、然かも、該誤認は、判決に影響及ぼす重大なる事実の誤認であるのは固りであるのみならず、法規所定の適正なる手続を践まずして、被告人杉山博信を処刑せんとするものであるから、刑事訴訟法第四百十一条竝に憲法第三十一条に背悖するを以て、原判決は、須からく破棄すべきであります。

第六点

原判決は、第一審判決挙示の証拠を綜合すれば、被告人杉山博信が右の有価証券の行使、及び、それによる詐欺に付て、被告人辻その他の者と共謀した事実を認めるに足り、一件記録を検討してみても、この点に誤認があるとは考えられないと判示していますが、

被告人杉山博信は、相被告人辻富信、第一審相被告人日高常雄、同藤木茂峰等が鎌田漁業株式会社の頽勢挽回の為の事

業運転資金を捻出せんとして、振出人神奈川県鰹鮪漁業協同組合長名義の偽造約束手形に依て、他人を欺罔し、手形割引名義の下に、金円を騙取せんとするの情を悉知して、振出人右漁業協同組合長名義の約束手形を偽造したものではあるが、其の偽造約束手形の行使竝に詐欺の点に付ては、右相被告人辻富信等の謀議にも実行にも関与しておらなかつたのは、

(イ) 第一審第十八回公判調書、被告人の供述（杉山博信）中、五井弁護人……被告人は手形偽造の際、辻富信は、この手形は正式の手形だと云つて、外から金をかりて、手形を割引することは、十分わかつていたか＝わかつていました。被告人辻富信と一緒になつて、偽造手形で金をごまかすと云う、相談をしたことはないか＝そのような相談は、全然しません。辻富信達が偽造手形で、金を取り出すことはわかつていたか、被告人は、金を取り出す相談は、しらなかつたのか＝そうですとの記載。

(ロ) 被告人杉山博信の検察官に対する供述調書（昭和三三・七・一六附）中、「二」本年二月十日頃辻が直接組合に来たか、電話をかけてよこしたか覚えておりませんが、前の手形を落す為に、もう一回書いてくれと頼んで来ました。それは以前私が役員に相談せず作成してやつた偽造手形の支払時期が来たので、新しい約手を偽造し、それを東京方面に持つて行つて現金化し、その金を支払う心算りであつた事は判りましたが、私は辻から支払えない時は、船を売つたり、権利を売つたりして、支払うと言われ辻の云う事を半ば信用し、私が偽造してやつた手形の数が増えて、その金談も千二、三百万円に達し、組合からは正規の手形を貸さないし、とうてい手形の満期日迄支払えるかどうか、不安で辻の云う事が半ば信用出来ませんでしたが、従来の行きがかりもありましたので、作成してやる事を承諾しましたとの記載。

(ハ) 第一審第二十回公判調書、被告人の供述（滝島秀治）中、五井弁護人……被告人の発行した偽造手形は振出日、支払日は、全部空欄で出したのが多いのか＝鎌田漁業株式会社の方で、いつと書いてくれと云つた時は、書きましたが、いつどこで手形を割るのか、わからないので入れないでくれと云つた時は、記入しないであけておきました。被告人は、共謀して外から金をとる相談をしたか＝私は手形を割引くと思つていましたが、それをどこで割引いて資金を作るかと云うことは、知りません。被告人は、偽造した手形を行使して、詐欺すると云うことは、考えてなかつたのか＝そうですとの記載。

(ニ) 第一審第二十一回公判調書、被告人の供述（辻富信）中、……五井弁護人……杉山博信や、滝島秀治が振出した手形を、他人の処で割引きさせる場合、被告人の方から、あらかじめ杉山や、滝島に相談したか＝手形は貰うだけで、その外の事は、話していません。手形を割引く相談をしなくても、割引する事に杉山博信や滝島秀治が関係してはいないか＝私の記憶ではありませんとの記載。

(ホ) 被告人辻富信の司法警察員に対する供述調書（昭和三三・七・一五附）中、「三」……組合から正規の融手を受ける様になつた経緯は、今まで申上げた通りでありますが、その融手の発行については、大体一隻について百万円と云うことでしたので、私共の会社では、二百万円位しか出して貰いませんでした。然しそれだけでは、今まで申し上げた資金繰にはどうしても追付いて行けなかつたのであります。従いまして私と日高と藤木等で相談の結果、組合の杉山さんや、滝島さんに頼んでヤミの融手を書いて貰つてそれを割引いて資金の一部にあてようと云うことになり、三十一年の九月頃から前回も申上げました様なことで、杉山さんと滝島さんとに組合のヤミ手形を書いて貰つては、他所で割引いて資金ぐりをして居た訳でありますとの記載。

(ヘ) 第一審第二十二回公判調書、被告人の供述（日高常雄）中、五井弁護人、被告人は、杉山博信、滝島秀治が振出した、本件の約束手形を、どこで割引くかと云う事について、杉山博信や、滝島秀治に相談した事があるか＝相談した事はありませんとの記載。

(ト)　供述人日高常雄の検察官に対する供述調書（昭和三三・七・一八附）中、「八」そこで、昭和三十一年九月頃私は辻専務と三崎出張所で資金繰について相談をした結果丸せいからは既に五、六百万円借りていたため、それ以上借り入れる事が出来ませんので、組合の手形を発行する際、杉山さんが何時も判を押していましたので、杉山に頼んでみ様と思いつきました、それは林専務の承認を得ず、杉山に勝手に組合に組合名義の手形を偽造して貰う事です。そして辻が杉山に頼み杉山が承諾してくれたので、私が辻の命令により組合に行き杉山より同人が偽造した百万円の手形を貰い、これを横浜の協和商事に持つて行き、日歩十二銭の利息をとられ、割引代金を受取つて、資金に当てました。「九」その后も同じ様に杉山から偽造手形を貰つて、資金繰をしていました、この様な場合辻が三崎に来ておれば出張所で同人に打合せ、三崎に来ていないときは、東京事務所又は辻の自宅に電話して打合せ、同人の了解を得て、杉山から偽造手形を貰つていましたが、杉山からのみ貰うのもどうかと思い、その后辻と相談し組合の会計を担当している滝島秀治にも話して、杉山同様偽造手形を作つて貰う事にして、辻が滝島に話をつけ私が滝島から偽造手形を貰つて来たのです。この様に杉山や滝島から貰つて来た偽造手形は、私や辻が割引先に持つて行つたり、藤木茂峰が持つて行つたりしていました、藤木も三崎出張所で私や辻が資金の相談をしているとき同席し、組合の滝島や杉山から同人等が勝手に作つてくれる偽造手形を貰つている事は知つていました……との記載。

を参稽すれば洵に明瞭であるから、第一審判決列挙の証拠は措信し難く、然かも証拠の取捨選択は、事実承審官の専権に属すと雖も、其の専恣横行の許されぬのは、敢て贅言を要しませぬ故、原判決が被告人杉山博信を偽造有価証券行使詐欺罪の幇助、即ち従犯としてならば格別、右証拠を挙示して、其の共同正犯として罰せんとするのは、採証上の法則を誤つて、事実を誤認したもので、然かもこは、判決に重大なる影響を及ぼすのは、勿論であると同時に、法規所定の正式な手続に依拠せずして、被告人杉山博信を処刑せんとしたもので、刑事訴訟法第四百十一条及び憲法第三十一条に違反するの

で、原判決は、破棄するのが至当であります。

左記判例は、此の点を律するに当り、以て規矩準繩となすに足るものと思慮し、茲に列挙して視聴に供するのであります。

◎大審院昭和九・一・二六、判決、同院判例集第一三巻九頁

一、銃砲火薬類の製販者が自己の業務として、輸出を為すに非ずして、他人が銃砲火薬類の密輸出を、為さんとすることに因り、之に便宜を与へ、其の密輸行為を容易ならしめたる以上は、直接に其の行為に加担せざるも、密輸出罪の従犯を構成するものとす。

◎大審院昭和九・二・一〇、判決、同院判例集第一三巻一二七頁

一、他人が変造株券を買入れ、之を行使して他より金員を騙取せるの情を知りながら、変造株券調達世話人を之に紹介し、右詐欺犯人をして、其の者の周旋に因り、変造株券を入手し、之を行使して他より金員を騙取するに至らしめたる者は、変造有価証券行使詐欺罪の従犯を以て論ずべきものにして、詐欺犯人が変造株券入手前幇助に対し、其の買入方を中止する旨を詐りて、之と関係を絶ちたりとするも、幇助者が変造株券行使詐欺の実行を阻止せざりし以上は、変造有価証券行使詐欺罪の従犯たる責に任ずべきものとする。

◎広島高等裁判所昭和二九・七・二八、判決、高等裁判所判例集第七巻、八号、一二三七頁

一、正当貿易船の船長、および、船員が、該船舶運搬の際、たまたま密輸犯人の依頼を受け、単に同人のため密輸入貨物を中途まで、積載輸送したに過ぎない場合は、無免許輸入罪の共同正犯ではなく、従犯である。

第七点

原判決は、被告人杉山博信は、相被告人辻富信等の懇請があつたにせよ、それを拒みもせず、神奈川県鰹鮪漁業協同組

合の参事の重要地位を利用して、本件罪を犯したものであるから、被告人杉山博信の責任はこれより低い地位に在る、第一審相被告人滝島秀治に比し、重しと云わなければならず、鎌田漁業株式会社の窮を救う為なされたもので、被害の賠償に極力努力したと認められるゝとは云え、懲役二年六月に処し、三年間その刑の執行を猶予したのは、重過ぎるとは、考えられぬと判示していますも、

一、被告人杉山博信は、郷土の小学校高等科を卒えて、関東興信銀行に行員として入り、同銀行が横浜興信銀行に変つて後も、引続き行員を勤め、其の後日本鰹鮪漁業水産組合の書記に転じ、同組合が神奈川県鰹鮪漁業者組合に同組合が更に現在の神奈川県鰹鮪漁業協同組合に変つた後も尚依然書記として勤務し、苦心精慮夙夜組合の隆盛を念じて黽勉之れ昂め、優秀の成績を挙げて、数多の同僚中群鶏の一鶴として嶄然頭角を顕はし、上下の信望を一身に集めて、累進に累進を重ね抜擢せられて、参事に昇進し、寺本組合長、林専務理事等に伍して、組合業務の枢機に関与し、将来を嘱目せられていましたもので、被告人辻富信とは、多年長い間親しく刎頸の交を結んでいた間柄で、被告人辻富信は、鎌田漁業株式会社の専務取締役として、同会社勤務中の第一審被告人日高常雄、同藤木茂峰等と共に、該会社の頽勢の挽回を念ずるの余り、事業の運転資金欲しさに協議の上、被告人杉山博信に対し、約束手形は、銀行に絶対に廻さず、支払期日には必らず、漁獲物の水揚に依つて落し、若し其れが万一至難の場合は、会社所有の漁船を担保にして金策するか、さもなくんば、漁業権を処分してでも屹度落し、被告人杉山博信には決して迷惑を掛けぬと言明して、寺本組合長、林専務理事等には内緒で、同組合長名義の約束手形を振出さんことを、再三再四哀訴歎願した為、被告人杉山博信は、日頃の交誼に絆され、其の言を信じて、遂い寺本組合長、林専務理事等には内緒で、寺本組合長名義の約束手形を振出し、それに端を発し、爾来該約束手形解決の必要上、次から次えと繰返し、斯る本件の不始末を仕出来して、破戒無慚の罪悪の泥沼に転落して、七転八倒大いに藐き苦しまんとするに至つていまして犯罪の動機としては、寔に惻隠の情綿々として尽ざるものがあり、

一、被告人杉山博信も今では、酷く前非を悔い、懺悔の血涙将に滂沱として止まらず。造次顚沛の間と雖も、蹐天蹐地して、只管恐懼謹慎の意を表しており、被害の賠償に付ても、被告人杉山博信は自己及び父所有の土地家屋等を担保にして、金策に東奔西走大いに努めて、八百拾弐万八千円を調達し、被害の弁償に充当して、陳謝の微意を表しており、

一、被告人杉山博信の知人友人、同僚達は、綈袍恋恋の情濃やかにして、同被告人や家族の将来を慮るの余り、上申書を提出して、被告人杉山博信の性格、業績、家庭の状況等に付、千言万語を費し、縷々叙説して、寛大なる御処分を乞うと共に、今回の事件を被告人杉山博信にとつては、霜を踏んで堅氷至るの戒となし、屹度更生再起せしめんものと固く天地神明に誓つており、被告人杉山博信の改悛の情も顕著にしてないのは、一件記録上瞭と首肯せらるるのであります。

然らば則ち、

(一) 相被告人辻富信等は、鎌田漁業株式会社の衰頽復興の、事業資金欲しさに、被告人杉山博信に対し約束手形は、銀行には絶対割引に廻さず、其の支払期日には、漁獲物の水揚に依つて一落し　万一それが至難の場合には、会社所有の漁船を担保にして金借するか、或は漁業権を処分してでも屹度落し、被告人杉山博信には決して迷惑は掛けぬと言明して、愁訴悃願したので、被告人杉山博信は、相被告人辻富信とは、従前より管鮑の交を結んでいた間柄とて、同被告人の友情黙し難くして、叙上事業運転資金に資せしめんとして、林専務理事の同意を得ずして、本件約束手形を振出したもので、然かも被告人杉山博信は、之に依つて毫末も私腹を肥しておりませず、

(二) 尚被告人杉山博信は、本件約束手形の振出に依る、損害賠償の金策に、誠心誠意を以つて南行北走大いに努め、私財を抵当に供する等して、巨額の八百拾弐万八千円を調達して、之を損害の賠償に充当しております。

(三) 被告人杉山博信が第一審相被告人滝島秀治と共謀の上、本件犯行を敢てした、共犯者であるとすれば、参事と課長との地位の比較上両者の量刑に差等を設けるのも、或は可ならんも、双方の間には共犯関係全然なきのみか、然かも此の第一審相被告人滝島秀治の振出した、偽造約束手形の数は、被告人杉山博信の振出したそれに比し稍多く、両者の割引いた約束手形の総金額は、被告人杉山博信の方が同第一審相被告人のそれに較べ多少多いとは云え、何れにしても雲泥の差はなく、

(四) 然かも、相被告人等は、本件約束手形の振出に因る、損害の賠償に付ては、全然その責を果しておりませぬ。

従つて被告人杉山博信を懲役二年六月に処したのは、第一審相被告人滝島秀治、其の他の相被告人等の量刑に比較し、余りにも重く、殊に刑の執行猶予期間に付ては、皆千篇一律に三年間となしているので、原判決量刑は、客観的に観察すれば、甚しく不当であります。

尤も憲法第十八条に依れば、犯罪に因つて処罰する場合は、其の意に反して懲役等に服役せしめんとするも、支障なきが如く思惟せらるゝも、こは、皮相の観察で、客観的に観察し、飽迄も科刑の適正、公平、妥当を期することを、前提とするもので、其の限度を踰越しては、何人と雖も其の意に反して絶対に懲役等に服役せしめられぬのは、理の当然であります。然るに右被告人杉山博信の量刑は、客観的に勘考して、その重きこと前述の如くであるから、原判決は、結局刑事訴訟法第四百十一条第二号、並に、憲法第十八条に背戻する故、原判決は之を破棄するのが正当であります。仍つて刑事訴訟法第四百二十三条に則り、茲に上告趣意書を提出致します。

以上

昭和四三年(あ)第二六七号

決定

本籍並びに住居　新潟県小千谷市高梨町五一九番地
現在東京拘置所在所

工員　水内謙助　昭和三年一月二日生

右の者に対する殺人被告事件について、昭和四二年一一月一三日東京高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

当審における未決勾留日数中八〇日を本刑に算入する。

理由

被告人の上告趣意（二通）のうち警察官作成の被告人の自白調書が取調官の強制に基づくものであり、検察官作成の被告人の自白調書が検察官に対し同様の自白をなすべき旨の警察官の示唆による錯誤に基づくものであつて、これらの自白調書を証拠とした原判決は憲法三八条二項に違反するとの主張は、記録によればその主張のような取調官の強制、示唆による錯誤等の事実のあつたことを認めることができないから、所論は前提を欠き、その余は、事実誤認の主張であり、弁護人高垣憲臣の上告趣意第一点は、単なる訴訟法違反の主張であり、同第二点は、憲法三七条二項違反を主張するが、その実質は単

昭和四三年六月二五日決定　昭和四三年(あ)第二六七号

昭和四三年六月二五日決定　昭和四三年(あ)第二六七号

なる訴訟法違反の主張に帰し、以上すべて刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。

なお、記録によれば、原審は、第三回公判において弁護人申請の証人七名を来る昭和四二年五月一三日午前九時小千谷簡易裁判所において尋問する旨決定して告知しながら、同月一二日小千谷市高梨町一五三五番地信濃川岸に臨み、勾留中の被告人が不出頭のまま、出頭した検察官および弁護人の意見を聴いたうえ、職権で新たな証人佐藤佐一、同水内忠次を同日、同川岸において、同岡秀太郎を翌一三日小千谷簡易裁判所においてそれぞれ尋問する旨決定して、その尋問を施行しているが、控訴裁判所が事実の取調として行なう場合であっても、あらかじめ被告人に証人の氏名、立証趣旨すら知る機会を与えることなく、公判期日外において職権をもって証人尋問を決定して施行することは、検察官および弁護人が立ち会い、かつ、異議がないとしても、訴訟法上許されないものと解すべきである。しかし、原判決が認定、判示するところは、右三証人の尋問調書を除いても、原判決が掲げるその余の証拠によってこれを認定することができるから、右の違法は、判決に影響を及ぼさないものと認められる。

よって、刑訴法四一四条、三八六条一項三号、刑法二一条、刑訴法一八一条一項但書により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四三年六月二五日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　松本正雄

裁判官　田中二郎

裁判官　下村三郎

裁判官　飯村義美

被告人の上告趣意（昭和四三年三月二一日付）

被告人　水内謙助

趣意

一、原判決わ「右念書が当審において提出されたからといって所論の如く警察官が当初から予断を以て同被告人を自白させたといふことができず」とし又「所論の如く同念書の存在によって被告人両名の結びつきが弱くなると考ひ故意に該念書を提出しなかったとは到底認められないとし又私が検事調に否認しなかったのも警察官の示唆に依る自白であると主張せるに「同被告人取調警察官なる井上昇一の当審における証人尋問調書中の供述記載部分と対比して到底信用し難く……」として何れも特段の事由の説示もなく主張立証を排斥されしものなれど右念書の存在事実に関連してはその自白調書の作成された当時の状況を証明する証拠であり依ってその念書が押収された事実とその理由又かゝる念書（押収証拠）を違法にも提出されなかった事実とその原因又今迄同念書の主張もせずに来た事実とその経緯等について何れも考慮されないけれどそれ等の事実わ警察官が予断を以て一方的に自白を強制させた事を証明しているものであり又検察庁での自白とて警察官からの示唆によるものであるを警察官の念書に対する作意的なる行為の事実を以て裏付けるものであり尚その示唆と予断行為との因果関係のあるを証明しているものであればかゝる自白調書を以て証拠とせる原判決わ憲法第三十八条第二項に違反した違法なる証拠を以て判決したものと思料するものである。

理由

一の(一)　原判決わ「右念書が当審において提出されたからといって所論の如く警察官が当初から予断を以て同被告人を自白させたといふことができず」として強制事実を排斥せるも右念書の存在に関してわ警察の取調過程で自然に表面化した存

在でわなく警察官の予断で渡辺典子との関係に於て熱烈で不倫なる間柄から渡辺の依頼で転落事件を発生させたものとして理詰めで自供をせまられた事からその反証として念書の存在を説明し渡辺の性格及びその関係を証明しようとしてその押収を要請したものであるけれど押収しながらも私の主張など聞き入れる事なく逆に示唆を与えて一方的に処分されたものであり故に私とて以降その存在を隠し来たものなれば、かゝる事実を以て予断を以て自白させられたを証するものである。

① 警察での取調わ冒頭から高圧的なものであり事件を予断し一方的に自白を強制されたものである。

(イ) 艫擢操舟の実態が証明する如く一方向のみを注視しての操舟わ不可能的なことであり故に妻の転落時を終始確認できず唯水中に没する寸前に中腰の儘両手を差延べているかの様な状況しか確認していなかったので他の説明ができぬ事からそれに起因して嫌疑をかけられた。

(ロ) 転落時の目撃者がいなかつたと云ふ事実からその状況を証明する他の何ものもないと云ふ事は君の主張を正面に聞き入れる事ができないとされその主張の裏付を如何にするのだと追究された。

(ハ) 妻が溺死した事実を確認していながらその原因を君が知らないとは不解である兎も角君が水制ボットにつかまる事の言命さえしなければ事件の発生わなかったものであろう例ひどうあれ現実に死んでいるものなればその死の責任を負ふのが当然であり大体現場の状況からして水制ボットにつかまる必要性などないと一方的に決めつけられた。

(ニ) 大形久作なる者から渡辺典子の書き置きし手紙を以て告発されているものであり君が如何に偶然をよそおつても駄目だとしてその手紙を読み聞かされて此の様なる熱烈の関係にありて不倫なる情交のあるものなれば此の手紙が何よりの証拠であり故意なる事件の発生であろうとして一方的なる予断を以て嫌疑をかけられ尚その事実を否定するも証拠でもあつて主張するのかとされた。

② 念書の存在事実を説明して反証とした。

右の①に関連した事実を以て一方的に事件の発生原因を予断しその犯行手段方法を捏造し以て自白を強要された事からかゝる事実の相違している旨主張し決して故意なる事件の発生でわなく渡辺典子との関係を証明するにわ念書なるものがあり又渡辺キセなる職場の者に聞いてもらひば典子の性格等も解してもらふ事ができ嫌疑も解ける事だろうから調べてもらひ度いとして念書の押収を要請したものなれども例ひその様な事があるからとて事件を解明する証拠とはならないむしろ逆な事であるそんな事で君わ死の責任を逃れるとでも思つているのか君が妻を殺害後水中に遺棄したものと嫌疑をかけられても死体の無い以上仕方のないものだと理詰めにて嘘実を認めさせられたものである。

一の(ニ) 原判決わ「所論の如く同念書の存在によつて被告人両名の結びつきが弱くなると考ひ故意に該念書を提出しなかつたとは到底認められない」とするけれど同念書わ渡辺典子との関係即ち故意に依る事件発生でわないを証明する証拠であり故に私からの要請で押収して来たものながら法の規定に従ひ当然提出されるべき証拠にも拘らず警察当局わ一方的に処分していたものであり然もその過程に於てかゝる念書の主張しても逆に君が不利になり兼ねないそれは女の方からのみ念書を取つている事であり常識を逸した行為でわないが此んな疑念のあるものを主張して検事の心証を害さぬ様に考ひるべきだと、さも善意からの忠告の如く説かれた事でその言葉を誤信するに至り折角の押収証拠ながらも主張する事で自分が不利になる様でわと考ひ遂にその主張を断念するに至り以降念書の存在事実を誰れにも口外せずに来た事実とそれに呼応するかに念書の提出もせずにいた捜査当局の行為わ一連せる作意的なものでありかゝる事実を以て故意なるを証明するものである。

① 念書わ予断の反証として押収されたものである。

警察の取調当時冒頭から事実を予断されて一方的に決めつけられて仲々私の主張など聞き入れてもらひぬのみか渡辺

の手紙が何よりの証拠である故君の主張など正面に聞くわけにわゆかぬとされて嘘実を強制されたが故にその反証として念書の存在事実を主張し再度の要請で漸く大塚信治郎宅から押収してもらつたものであり尚念書の作成意義の示す如く渡辺の方からのみ一方的に取り然も親子連名で絶交の誓約をしているものなればかゝる事実を以て予断の反証としたものである。

② 念書わ故意に提出されなかつたものである。

提出されなければならない押収証拠ながらも敢いて提出されなかつた事わ、念書の存在事実が公開される事でその念書の意義又押収経緯からして渡辺典子との関係が証明され且予断を以て自白させた事実が証明される証拠なればこそ敢いて提出しなかつたものとして左の事実からもそれを裏付けるものである、④自分の要請で押収してもらつた証拠ながらも検事調にも何ら主張するでなく断念していた、㊁弁護士にそして一審の過程に於ても自分からその事実を隠し来たものでありそれ等の行為わ自分の一存なる行為でわなく警察当局の圧力があればこそのものでありかゝる事実と関連する当局の作意的意途のありせばの不提出行為である。

一の㈢ 原判決わ「所論の如き違法な取調態度をうかゞわせる事跡わいさゝかなりとも認められないこの点につき被告人水内わ当公判廷において井上警察官から『検事のところへ行つたら絶対に違ふことお云ふでわない情お悪くするだけで証明できないことを言つても駄目だ』と言われたので検察庁でわ事実お否認しなかつたと供述しているけれど同被告人取調警察官なる井上昇一の当審における証人尋問調書中の供述記載部分と対比して到底信用し難く……」として主張立証お排斥されるけれど念書なるものゝ存在事実に関連してわ予断を以て自白させられたの因果関係を立証している事実であり左の事実を以て予断を以て自白させられたお証明付けるものである。

① 警察での自白わ予断によるものである。

念書に関連して原判決わ警察の取調当時その念書の存在せる事実を認めているものであり又かゝる証拠（念書）を当局が提出しなかつた事又その念書を原審で初めて証拠として申請した事等の結果的なことお認めながらもその原因理由等についてわ何等考慮されていないけれどその原因理由についてわ予断の事実を証するものである。

㈠ 念書のもつ意義的にわ渡辺典子の性格を証明し且私との関係度合ひを証明しているものであり即ちそれわ渡辺の方からのみ一方的に念書を取つている事であり又親子連名で念書に誓約している事実であり又その内容の示す如く相思相愛の間柄でわなかつた事の証明のできる念書なれば警察当局が事実を予断し一方的に決めつけられし為にその反証として念書の押収を要請したものであり然も大塚信治郎宅に保管してありしものゝ押収なればそれ等の事実が証する如く事実を予断され自白を強制されさいしなければ敢いて念書の押収要請もしなかつたものである。

㈡ 証拠能力のある押収証拠にも拘らずそれを提出しなかつた事わ故意的なる行為でありその理由わ、念書のもつ意義的に渡辺との関係を実証しているものであり又その押収経緯からして予断の事実が証明されるものなれば敢いて提出しなかつたものとみるべきであり尚かゝる違法事実のあるを以て予断行為のありしものとして裏付けるものである。

㈢ 折角の押収証拠（念書）でありながら然も予断事実の反証としてその主張をせしものなれど警察官の巧みなる言葉の圧力に屈し遂に錯誤させられてその主張を断念し以後誰れにもその存在事実を話さずに又聞く者もなき儘に来たのなればかゝる事実が証明する如くそれわ自分の一存からの行為でわなく外形的な力の作用があればこそでありそれわ警察当局の予断行為に一連せる作意的意途に錯誤させられし裏付ける事実である。

② 検察庁での自白わ示唆の錯誤によるものである。

㈠ 警察官からの示唆を誤信していた事から嘘実ながらも否認する事なく自白したものでありそれわ前述で証明する如

く㋑予断を以て自白させられた事からその反証として念書の押収をしてもらつた、㋺念書の主張を断念させられそれに呼応するかに一方的に念書を処分されていた。

それ等の事実わ警察員の一連せる作意ありせばであり自白の示唆とてそれ等の事実に関連すればこその示唆なるを㋑㋺の事実お以て裏付けるものである。

(ロ) 反証としての折角の押収証拠（念書）ながらもその主張を断念させられ以後只管その存在を隠し来た事実の原因が示唆に依るものとして証明する如く自白の示唆とても念書の示唆同様に予断行為ありせば当然の示唆なるとして因果付けるものである。

一の(四) 原判決わ「故意に水制ボットにつかまるべく言命したものとし」又「舟内に立上つて両手を差延た所を舟に動揺を加えて転落させたものとし」又渡辺の哀願に応ひ「お前がそれ程までに言ふものなら妻を殺してお前と一緒になろう」と言つたものとして判断されるけれどそれ等の事実わ予断による事実である故に立証事実と相反するものである。

① 危いから水制ボットにつかまつての言命わ故意あつての言命でわない。

事件当時における川の状況又私の操舟技術等からして舟の進行角度が急変され舳先が水制ボット先端に突当るかに直感した事からもし突当りし時のその衝激お避けたかつた事と又進行角度が変じた儘でわ当底対岸に漕ぎ着く事が不可能のみか本流に出た瞬間に舳先丈が押流されて艫部わ逆に水制ボットに横なぐりに突当る危険性があればこそ止むお得ず水制ボットにつかまるべく言命しつかまる事で進行角度を修正したひと想ひばこそであり決して故意なる言命でわなかつたものです。

(イ) 事件当時は平常水より約一米余の増水状況下に在りて水制ボット下手の水流わ逆流されていたものであるの証言の如く

(ロ) 水制ボット下手の水流わ巻水状態となつていた為普通此の渦中に入ると仲々脱出することが至難のものとの証言の如く

(ハ) 私わ事件発生以前四ケ年程操舟をしていなかつたので（中村製作所に勤める様になつて以来）操舟感覚が鈍つていたものでした。

(ニ) 平常水なら水制ボット下手百米位の所から離岸するものなれど当時の水量からしてわざ〳〵逆のぼり離岸したものでした。

右の条件が加わり操舟が思ふ様に出来ずに結局進行角度が変じられたことから咄嗟の危機お避けんが為に水制ボットにつかまるべく言命したものであり故意などのものでわない。

② 進行舟内での立上りは不可能である。

進行舟内に立上り両手お差延べたものとして認定されしものなれどかゝる行為わ進行舟内でわ到底不可能的なる行為であり例ひ立上るとしても身の安全を考ひ如何なる咄嗟の動揺が加つても平常体で動作に入つた時なら絶対的に舟から転落するが如きわ考ひられず尚事件当時の水量からして水制ボットにつかまるにも立上る必要性もなく又立上つた状態でわつかまる事などできない位置に水制ボットわあつたものです。

(イ) 事件当時使用せる舟は小さな舟でありよつて安定性がなく艫擢操舟の場合でわ特に舳先部の動揺が激しいものである（現場検証より）。

(ロ) 進行舟内で立上れと言つても人間の本能的にそれは不可能であり立上れぬものであるとして岡与一郎証人わ立証している。

(ハ) 舳先部で手擢を使ふ場合女子等でわ立上りながら擢を使ふ事わできないものとして水内忠治証人わ立証するもので

ある。

(ニ) 平常水より一米余の増水であつたの証言のある如く平常水の場合わ水制ボットの水面露出部分わ約一米四十糎のなれど当時でわ約三十四、五糎位の露出部分しかなかつたものであり舟内からその水制ボットにつかまるにわ立上つた状態でつかまることなど出来ない状況下であり当然つかまるにわ舟底に跪きながらの行為でなければ絶対的不可能な状況下であつた。

(ホ) 舳先に近い舟ばりに腰かけていた妻わ咄嗟の言命で舟内お移動しようとして腰を上げた瞬間に目まひでもしたものとしか考ひられず尚此の目まひの持病の件についての証人の申請おせるも却下しその事実なしと認定されしものである。

右で立証される如く舟内での立上りは絶対的の不可能行為でありまして両手を差延べる事などできるものでなくまして浮動舟内から舟外物につかまるに立上つてなどの動作わ絶対不可行為である。

③ 私は自分の妻お殺害しなければならない理由がない。

原判決わ渡辺典子からの教唆に依り「お前がそれほどまでに云ふものなら妻を殺してお前と一緒になろう」と答えたとするものなれどかゝる事実わ予断された嘘実であり私わいまだ自分の妻を殺害して色狂人的低能の女性と一緒になり度いなどと想つた事もなくそれのみか極力渡辺とは疎遠すべく努力していたものであり渡辺典子の家出見合せの説得依頼までしていたものであり典子の言動にわほど〳〵閉口していたものである。

(イ) マスミは三児の母であり又良き私の妻であれば私わ未だ妻に暴力を振ひ或ひは喧嘩高論をするが如き事もなくして来たものであり渡辺典子との関係についても妻わ理解していたものであり家庭的にわ平隠なる日お送り来たものである。

(ロ) 私わ従来から女道楽的な面があり渡辺典子との関係も単なる女遊び的なものでありむしろ反感をいだき閉口していた矢先であつた。

(ハ) 渡辺典子は一風変つている性格者であり依つて私わほど〳〵に閉口し再度の絶交もむなしく結局念書お取つて本人の自粛を促がし然も親子連名までして今後を誓つてもらつた念書の事実の如く相思相愛の仲でわなく渡辺の色狂人的妄想心にわ如何にしてその言動の矯正をしてやるべきと思案していたものである。

(ニ) 私わ風間栄人と渡辺典子が結婚お持続してゆく事に異存などなく積極的に夫婦生活をすべく再度忠告もし又その都度渡辺の遍見的言動を抑制し又矯正もして来たものであるけれど仲々自己の言動の反省をする余裕などなく事件発生二日前の五月七日に渡辺キセなる者を通じ典子の家出見合せの説得依頼までしていた事実の如く結婚の持続を念願していればこそでありその言動に閉口すればの処置であつた。

右の事実等で証明される如く私わ渡辺典子と一緒になり度い意志など毛頭なく渡辺の妄想的言動に閉口こそして来たものであり如何に関係のあつたものとは云ひ半狂人的者の言を正面に受け妻の殺害を決意し以て意志表示をするが如きことなどありません。

右の記載事実お以て証明する如く証拠とされし自白調書は強制に依るものなれば何卒よろしく御審理の程をお願ひ致します。

以上

被告人　水　内　謙　助

被告人の上告趣意（上申書）（昭和四三年三月二三日付）

私は殺人被告事件につき上告中の者でありますが相被告人渡辺典子との関係について既に御審理賜わりしものでありますが念書の存在事実に関連して更に詳細に御理解していたゞき度く此処に上申書を以てその実情を申上ます。

記

一、私と渡辺典子との関係わ相思相愛的なるものでわなく渡辺の妄想的考ひと色欲狂的なる言動にわほど〳〵に閉口して来たものでありかゝる一方的なる遍見の矯正に苦慮しており尚再度の絶交の話合ひもむなしくして来たものでした。

㈠　念書を一方的に渡辺の方からのみ取った理由

(イ)　知能的にやゝ低く反省心がとぼしく依って罪悪感など比較的ない事から自己の言動に対する責任がなかった。

(ロ)　嫉妬心が過剰であり新保アイなる女性と私との関係を必要以上に詮策さる事からして再三、会社内で喧嘩沙汰を生じていた。

(ハ)　妄想に猛けており只管自我の主張のみに終止し他言を聞き入れる余裕などもたず自己万足せんが為に他の迷惑を考ひない。

㈡　性欲的に変体性であり自制心がない事からすぐ理性を失し本能的となり強引にも自己の欲望を充さんが為に吸吸としていた。

(ホ)　単純なる性格から公私混同し絶交後職場で私が職務上作業の指導おし少し親切にしてやればそれを以て錯誤し自分に対する思ひがあればこそ面倒を見てくれるものと解訳し口程に嫌っての絶交でないとして人前かまわず得意となり

て誇示していたものでした。

右の如く渡辺わ一風変つている性格であり尚再度の絶交経緯のあるものであるけれど仲々長続きもせずそれは自制心のない事からであり私は一方的な迷惑を受けた事からその報復的なる念書でした。

(二) 絶交に念書を取る事の必要性について

(イ) 渡辺わ一風変つている性格であり口先丈で如何に約束しても直ぐ理性を失し本能的に返つていた過去の実績があればこそであり念書を取る事で本人も余程自覚するだろうと考ひた結果のものでした。

(ロ) 過去再三の話合ひ丈の絶交もあれど長続きせずに直ぐ元に戻り仲々完全に絶交する事の至難を痛感していたものなればそれを敢いて実行してゆくにわ書面を以て誓約でもさせなければその約束の履行も不可能とする大塚信治郎の意見もあり結局そうする事が最上の策としたものでした。

(三) 念書に親子連名を必要とした理由

(イ) 渡辺わ知能的にやゝ低い事から自制心のない事等ですぐ理性をなくし本能的言動に返つた過去からしてどうしてもその約束を実行してゆくにわ第三者的に渡辺の指導監督をしてやらねばその約束の履行の不可能を知る故に強いて親からその任に当つてもらつたものであり尚、大塚、水内（私）宛の書面なれば当事者間の約束と異なり本人も今迄とは異なる故そうも経卒的な考ひから脱却するだろうと思つた故でした。

(ロ) 渡辺典子の父母わ典子の素行等についての認識など全く無関心で過し来たものなれば親として是非此の際認識を新たに典子の素行の指導をしてもらひ度い一念でした。

右の如く念書わ絶交に際して一方的に渡辺の方からのみ取つたものであり然も親子連名にて誓約しているものであればそれ等の事実が証明する如く渡辺わ一風変つている性格なるを裏付ているものであり親もそれを認め連名しているものなれどそうでもしなくてわ本人の自粛の維持が困難とする過去の実績があれば処置でありました、かゝる事実の如く相思相愛的なる関係にあつたと云ふ様なものでわなく私が一方的に迷惑をうけていた事を立証しているのが念書のもつ意義であればその念書を以て渡辺との関係を裏付けるものであります。

二、渡辺の結婚後再び関係を以つ様になるもそれは渡辺に対する愛情とか味練があつてのものとは異なり渡辺わ風間との夫婦生活に於ける欲求不万のはけ場としての対象とされたものでありそれは半狂人的言動にて積極的な性交の要求があればこそ止むなくその場逃れに応じたまでのものであり故に以後再度の密会があれどもその都度渡辺から性の要求のありしもするなれどそれを拒否し頑として渡辺の言動を排除して来た事で渡辺わ益々逆上し嫉妬に狂ひ私から如何なる忠告を与えようとも反感を買ふばかりで仲々聞き入れる気配などなかつたものであり私は如何に渡辺から詮策且罵倒されようとも斯くする事が本人の為であると思ひばこそ性の要求を拒否し又忠告もして来たものです。

(一) 風間に体を許さぬ約束などした事実わない。

(イ) 渡辺から念書を取り絶交して以降再び密会したのは渡辺の結婚後の四月十五日の夜が最初でありそれ以前にわ密会する様な機会もなくまして風間に体を許さぬ事の約束をしたと云ふ様な事実など毛頭ありません。

(ロ) 風間は新婚旅行をなし且渡辺の入籍についても何等異存なく済ませており渡辺への不万などなく無事に過し来たものである。

(ハ) 手紙の発覚時の状況からするならば故意なる発覚でありその行為わ芝居的である。

(ニ) 風間はかゝる手紙を発覚せるも何等異とするでなく渡辺との間にトラブルもなく平隠だつた。

(ホ) その手紙を仲人が見るも大事とするでなく静観し尚性交なき夫婦生活を異とせず黙認している。

右の事実で証明されている如く風間と渡辺との間に性交渉のなかつたと云ふ事わ私との約束を守つての渡辺の故意的

な行為などゝ云ふものでわなく風間自身の性的欠陥を証明しているものであるに拘らず約速を履行していたことからの不交渉とされるは納得できません。

(二) 念書取得後の渡辺との関係について

(イ) 渡辺わ念書の誓約を破り一方的なる思慕を再燃させての性の執念に抗し切れずに遂に交渉を持つに至るもその後とて自己の欲望を充さんが為に吸吸とし渡辺キセを仲介しての積極的なる行為を以て色欲に没頭していたものである。

(ロ) 渡辺わ風間との夫婦関係を以つ事が出来ない故を理由に家出をしたひと云ひ再度その相談を私にもちかけて来たけれど終始反対しその都度忠告を与え自粛すべく捉して来たものなれど自己の性欲を充せぬ事から自業自得となり私の説明など聞き入れる余裕などもたぬ事からわざ〳〵渡辺キセを通じ家出見合せの説得の依頼までしていた矢先でした。

(ハ) 渡辺わ自己の欲望を充さんが為にわ手段を選ばずそれわ妄想的性格から一方的な言動を用ひてストレスの解消に盲目していたものでありそれは手紙の発覚事実の如く色欲狂でありその言動にはほど〳〵に閉口していました。

右の事実で証明される如く渡辺典子わ色欲狂的な性格である事からその言動わ露骨であり且一方的なる錯誤にかられ甚だ私としてわ迷惑を受けていたものでありさりとてかゝる遍見的言動をその儘放置する事もできずそれを矯正してやる事こそ念書を取つた意義に添ふものと判断し家出見合せの説得依頼までして風間との結婚を持続してゆく事を念願していたものなれば私とは相思相愛の仲などと云ふものでわなくそれ等の事実こそ如実に念書のもつ意義に合致するものであり念書の存在事実こそ渡辺の性格と私との関係を裏付けている証拠であればそれを以て警察の取調当時それを主張して事件の事実を予断された事に対する反証としたものであります、依つて再度の要請で漸くその念書が押収されたものなれば何卒よろしく右事実を斟酌の程を賜わり御審理下されん事をお願ひ申上ます。

以　上

昭和四三年(あ)第二六七号

弁護人高垣憲臣の上告趣意（昭和四三年四月三日付）

第一点　控訴審判決には法令の違反がある。

(A)　刑事訴訟法第二八二条二項に曰く

「公判廷は裁判官及び裁判所書記が列席し且つ検察官が出席してこれを開く」と規定されている。

然る処控訴審の第一回乃至第八回公判調書を見るとその裁判書には公判した裁判所に併列して裁判官竝裁判所書記以外の検事の氏名が検事何某として併記してある、検事は裁判所の構成員てはないにも不拘裁判所の構成員たる職務を肩書することなく又訴訟関係人としての表示もなしに併記している、之に反し被告人弁護人に関しては出頭したの四字を冠して訴訟の関係人であることを明示している、従つて訴訟の関係人以外の者が裁判所の構成員と併列記載されて居る以上裁判所の構成員或は準構成員と判断せざるを得ないことになる、裁判所の構成は裁判官竝裁判所書記官によつて構成されることは言をまたない処てある、何等の理由をもつてしても是れ以外の者の介入はあり得ない、然るに前述公判調書（裁判書）は裁判所の構成員たる裁判所書記の次の行に直ちに検事何某と併列併記している、当該裁判書にある検事が刑事訴訟法二八二条二項の検察官にして出席して居た旨の記載もない、かるが故に茲に検察官たり得る者は検事の他に副検事其他がある、即ち検事が当然検察官の職務を併有するとも限つて居らないことは明である。

若し前述公判調書（裁判書）の検事何某の記載が刑事訴訟法二八二条二項の検察官を意味するものとするならばすくなくとも出廷したる検察官の文字を検事の官名の上に冠することが必要と信する、これなき限り同条の検察官の出席とはなり得ないのみならず却つて裁判所の構成員或は準構成員と判断せざるを得ざるべく何れの点よりするも刑事訴訟法

被告人水内謙助

二八二条二項の違反は免れ得ざるものと解する次第である。

刑事訴訟規則五六条二項の「検察官の官氏名を記載しなければならない」なる規定は裁判書の何処へなりと当該法廷へ出た検察官としての職務執行の検察官の「官氏名」だけを記入して置けば足り得ると杓子定規に解すべきものではないと考察するものである、法廷に出廷した弁護士に対して出廷した弁護人と身分関係を明瞭にしまた被告人に対しても出廷したる被告人とその身分関係を明示する以上は検察官の出廷に関しても其の出廷上の職務権限を明示することは前述刑事訴訟規則制定の精神と解するものである、敢て附記して一言する次第である。

(B) 刑事訴訟法一五七条は被告人に証人調に立会の権利を規定しているがその第一項に曰く

「検察官被告人又は弁護人は証人の訊問に立ち会うことが出来る」とあります、控訴裁判所は昭和四二年三月一日第三回公判に於て（記録七一〇丁）

左記証人を同年五月一三日午前九時小千谷簡易裁判所に於て証拠調をする旨を決定した

証人水内峰治、渡辺キセ、岡与一郎、井上昇一、五十嵐昭三、大塚信次郎、渡辺ハル」と記録され

処が控訴裁判所は同年三月一日の公判廷で証人調を（前記証人）指定告知した証人調の期日の前日たる昭和四二年四月一二日新潟県小千谷市高梨町一、五三五信濃川川岸で法廷を開き（記録七二三丁）

職権で佐藤佐一、水内忠次

の両名を証人として昭和四二年五月一二日午後三時三十分小千谷市高梨町一、五三五信濃川川岸において、また

岡秀太郎

を証人として昭和四二年五月一三日午後一時二〇分小千谷簡易裁判所においてそれぞれ訊問を決定した。

茲に於て調書に基き精査するに以上三人の証人調決定をした信濃川川岸に開いた五月十二日の法廷の期日の指定告知

は調書によつては知ることが出来ない、すくなくとも上告人は昭和四二年三月一日の第三回公判には証人調期日として

は同年五月十三日小千谷簡易裁判所に於ける証人水内峰治以下七名だけである。

刑事訴訟法一五七条の解釈上第三回公判日たる三月一日に指定した以外に証人調をするならば之を被告人たる上告人に右期日の指定告知することは当然の次第と存ずる処である。

右証人（水内忠次、佐藤佐一、岡秀太郎）の訊問に対し上告人は証人訊問に立ち会はない旨の明示の意思表示を致したことがなく右に関しては裁判書にも何等の記載もない、全く刑事訴訟法一五七条に違反致している。

又、憲法に於ても三七条二項前段に被告人はすべての証人に対し審問する機会を充分に与えられている。

いかに憲法上機会を充分に与えられていても機会期日を指定告知されなければ審問することが出来ない。

憲法三七条二項とか刑事訴訟法一五七条を綜合して裁判所は前述三人の証人訊問の期日を上告人に指定告知しなかつたことは奈辺よりするも法令違反と解する次第である、要之に裁判所か職権を以つて昭和四十二年五月十二日の証拠調をなし上告人に昭和四十二年五月十二日の証拠調に立会うの機会を告知しなかつたことは刑訴法一五七条各項に違反し上告人の刑事訴訟法上の権利の制限に外かならない、被告人の弁護人が右の証拠調に立会つたとしても被告人は固有の権利を喪失するものでない、熟々記録を考究するに奈辺にも昭和四十二年五月十二日の期日の告知を上告人になし得る機会を窺知することが出来ない、成程昭和四十二年五月十二日の信濃川川岸に於ける証人決定の期日には上告人の弁護人は出頭しては居た、乍然被告人たる上告人は出頭していないのであるから刑事訴訟法一五七条の第一項上告人の立会権、第二項通知に関する件竝同項但書の件第三項尋問権等に関し是れ等の意思表示を弁護人に代行を委任した事実はないこと明瞭である、即ち右証拠調に不立会不尋問の意思表示を裁判所に明示していないのであるから裁判所は職権に依る証拠調であつても当然上告人の如き一審で無期懲役刑を言渡されている重罪犯の如きに対しては慎重の態度で処置す

べきものと信ずる。

前述の通り法令の違反があるから破毀を免れざるものである。

第二点　控訴審判決には憲法違反がある。

憲法第三七条二項前段に「刑事被告人はすべての証人に対して審問する機会を充分に与えられ」と規定されている。

此の点に違反する点かある、控訴裁判所は昭和四二年五月一二日信濃川川岸に法廷を開いて証人佐藤佐一、同水内忠次の証拠調を信濃川川岸で訊問することを同月同日と決定し又証人岡秀太郎を証人として小千谷簡易裁判所で昭和四二年五月十三日午後一時訊問する決定をしたが右五月一二日の期日の開廷は被告人に対し何等指定告知する処がなかつた（記録を調査するもなし）公判其他証拠調等の期日は被告人に通知すべきものなることは法律に規定されている（参照刑訴法二七三、同一五七条）従つて上告人は右佐藤佐一と水内忠次証人の信濃川川岸に於ける証人訊問に立会うことも右の証人達を訊問することも出来なかつた（参照刑訴法一五七条各項）是れ即ち控訴裁判所の刑事訴訟法の解釈に関し失当なる見解によつて蒙つた上告人の本件事犯に於ける不利益である、従つて上告人は憲法三七条二項前段「刑事被告人はすべての証人に対して審問する機会を充分に与えられなかつた」からその機会を失したものであるから控訴裁判所に対し右の通り憲法違反があるから本件判決の破棄を求むる次第であります（尚ほ上告理由第一点のB項を援用させていたゞきます）。

以　上

昭和四三年(あ)第四四一号

決　定

国　籍　インド（出生地、同国グジュラット州スーレット地方、デュマス局区内ビンポール村ジュナモラ）

住　居　右出生地に同じ

船　員

シムカバイ・セニヤバイ・カラシ

一九三四年生

右の者に対するあへん法違反被告事件について、昭和四三年二月一二日大阪高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人本人は、上告趣意書と題する書面を提出したが、その内容は自国（インド）の言語で記載されており、日本語を用いていないから、裁判所法七四条に違反して、不適法である。

弁護人本郷桂の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。また、記録を調べても、同法四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、同法四一四条、三八六条一項三号、一八一条一項但書により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四三年六月二五日決定　昭和四三年(あ)第四四一号

昭和四三年六月二五日決定　昭和四三年(あ)第四四一号

昭和四三年六月二五日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　田中二郎

裁判官　下村三郎

裁判官　松本正雄

裁判官　飯村義美

昭和四三年(あ)第四四一号

被告人　シムカバイ・セニヤバイ・カラシ

弁護人本郷桂の上告趣意（昭和四三年四月一五日付）

第一点　原判決は刑事訴訟法第三百九十二条第二項の規定に違反する不法の判決である。

原判決は原審弁護人黒田宏二の控訴趣意書第一項に「原判決は、判決に影響を及ぼすべき事実の誤認あり」と記載されて居るが、……略……原判決の認定のどの点に誤認があるのかの指摘する欠いで居るのであるから、この主張は適法な事実誤認の控訴趣意として取扱うことができず、これに対しても当裁判所は本判決中で判断を示すことをしない、と判断せられたが。

刑事訴訟法第三百九十二条第二項によれば「控訴趣意書に包含されない事項であつても、第三百七十七条、乃至第三百八十二条及び第三百八十三条に規定する事由に関しては、職権調査をする事ができる」。とあり、而して第三百八十二条には「事実の誤認があつて其誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合、……とあるが故に、控訴理由書に包含されない事項であつても職権調査をしなければならないと云わねばならぬ。況んや前掲控訴理由書第一項には、明らかに、「判決に影響を及ぼすべき事実の誤認があると、申立ており、唯だ其誤認がどの点にあるのかとの点を申立ないだけで、此点に付いて原判決は、断しないと、云はれるのは明らかに刑事訴訟法第三百九十二条第二項に違反する判決であると云わねばならぬ。不当の判決である。

第二点　原判決及第一審判決は共に判決に影響を及ぼすべき事実の誤認があると考へられない）と説明してあるが、之れを以て、原判決は第一審判決理由を原審判決理由として援用されたか否かは別問題として、原判決は（職権で調査しても、原判決（第一審判決の事）の罪となるべき事実の認定に事実の誤認があると考へられな

兎に角第一審判決の事実、理由を認め、之れを是認せられた事は明確である。よつて第一審判決の事実理由を記録によつて観察するに、本件記録中の冒頭陳述（一三枚裏）第四項に、

四、被告に近付き職務質問をしたところ、被告人は驚いて所持して居た包みを足下り高さ約八〇糎、約一米平方の船具入れの「フタ」の上に置いたので山本巡査に、おいて該物件を点検したところ、薄茶色の模造紙は包んだ黒かつ色の塊が入つており生あへんと思われたので、あへん所持の現行犯人と認めて、被告人を逮捕したものである、と陳述されて居る、而して、

第一審判決が採用証拠中、

(1) 公判廷に於ける証人黒岩忠三の陳述に（記録一〇四枚目）

「私は係長の合図は持つとるから行けと云う合図です、持つておつたからと、これだというんですね、丁度船尾のところに、高さ一メートル、足らず、一メートル四方の船具を置く箱があるんです、その上にひよつと見たら丸い包を手にとつてみなかつたのですが」云々とあつて、

前掲冒頭陳述にあるように、被告人が持つて居て、職務質問に驚いて、船具入れの上においたとの証拠とはならぬ、右黒岩忠三巡査は「係長の持つとるから行け」との合図によつたものであり直接目撃したものでなく、いわゆる伝聞証言であり、直接事実の証言でわない。

(2) 其他第一審判決が犯罪の証拠（あへん所持）として採用された。

一、被告人の検察官に対する供述書

一、証人伊井正文、同山本一男、同生田春次の公判廷に於ける各供述書、

によつても、冒頭陳述にあるように、「被告人に近付き職務質問をしたところ、被告人は驚いて所持していた包みを

……「フタ」の上においた」との事実を立証する事はできないと云わねばならぬ。何れもこのような証言をしたものは見当らぬ。

(3) 第一審判決は、

公判に於ける被告人の陳述及証人、ブイエム・コリー、証人ラジツトエムカラシ、証人シエイ・エムバタン等の証言は採用されず、一蹴せられたが被告人の陳述及これ等の証言は何れも、被告人が包を所持して居た事実を否認し、包の中に「生あへん」がある事さへ知らないのである。

要するに、被告人が、あへん入の包を所持して居た事実に付いては何等直接の証拠はなく、伝風証拠や、事実の憶測を以て本件犯罪事実を肯定せられたものと云うべきである。

尚結論として、弁護人は生あへんは高価なものであると聞いて居る、被告人は下級船員であり、かような高価なものを所持する筈もなく、仮りに所持して居たとしても背後の者の指示によるか、或いは輸出入に付いて許可を受けたものであるか、事実上の占有者（所持者）は船長又は係長にあるではないか、等々疑いの余地は充分にあり第一審判決は犯罪事実を誤認せられたものであると云わねばならぬ。

以上の次第であり原判決を破毀せられ被告人を無罪とする御判決あらん事を御願ひします。

以　上

昭和四三年(あ)第五四四号

決　　定

本籍並びに住居　奈良県御所市大字鴨神一〇七七番地

土　　工

森　村　孝　治

昭和一二年八月二五日生

右の者に対する業務上過失傷害被告事件について、昭和四三年二月二三日大阪高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主　　文

本件上告を棄却する。

理　　由

記録を調査すると、被告人の原審弁護人島秀一から「上告趣意書」と題する書面が提出されているけれども、本件上告は被告人自身により提起されたもので、右原審弁護人が提起したものでないことおよび同人を当審における弁護人に選任する旨の弁護人選任届は遂に提出されていないことを認めることができる。そうすると、右原審弁護人から提出された上告趣意は、なんら権限のない者が提出したことになり不適法であるから、本件においては、上告趣意書提出期間内に有効な上告趣意書が差し出されなかつたことに帰する。

よつて、刑訴法四一四条、三八六条一項一号により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四三年六月二五日

昭和四三年六月二五日決定　昭和四三年(あ)第五四四号

一

昭和四三年六月二五日決定　昭和四三年(あ)第五四四号

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　田　中　二　郎

裁判官　下　村　三　郎

裁判官　松　本　正　雄

裁判官　飯　村　義　美

昭和四三年(し)第四五号

決　定

秋田刑務所在所中

申立人　木　村　次

右の者のした付審判請求事件について、昭和四三年五月二九日山形地方裁判所がした請求棄却の決定に対し、申立人から、特別抗告の申立があったので、当裁判所は、つぎのとおり決定する。

主　文

本件抗告を棄却する。

理　由

最高裁判所に対し、特に抗告をすることが許されるのは、その対象である決定又は命令に対し刑訴法上不服を申し立てることができない場合に限ることは、刑訴法四三三条の定めるところである。

しかるに、申立人は、本件原決定に対し、刑訴法四一九条、四二一条により、高等裁判所に通常の抗告をすることができるものであるにかかわらず、これをしないで、直接当裁判所に対し抗告の申立をしたものであつて、結局、本件申立は、刑訴法四三三条所定の要件を備えない不適法なものとして、棄却を免れない（昭和二六年(し)第七一号、同二八年一二月二二日大法廷決定、刑集七巻一三号二五九五頁参照。）。

よつて、刑訴法四三四条、四二六条一項により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四三年六月二五日

最高裁判所第三小法廷

昭和四三年六月二五日決定　昭和四三年(し)第四五号

昭和四三年六月二五日決定　昭和四三年(し)第四五号

裁判長裁判官　田中二郎
裁判官　下村三郎
裁判官　松本正雄
裁判官　飯村義美

昭和四二年(あ)第二一〇七号

決定

本籍・住居　岩手県釜石市甲子町第一一地割二二番地の八

大工

川又一雄

昭和九年一二月二二日生

右の者に対する現住建造物放火被告事件について、昭和四二年八月二日仙台高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

被告人本人の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。弁護人高橋清一の上告趣意第一点は、憲法三八条一項二項違反をいうが、実質は単なる訴訟法違反の主張であり（なお、供述調書の記載内容を任意性調査の一資料とすることは差し支えなく〔昭和二八年一〇月九日第二小法廷判決、刑集七巻一〇号一九〇四頁参照〕、記録によるも所論供述調書に任意性があるとした原判決の判断に誤りがあるとは認められない。）、第二点は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。また、記録を調べても、同法四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、同法四一四条、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。

昭和四三年六月二六日決定　昭和四二年(あ)第二一〇七号

昭和四三年六月二六日決定　昭和四二年(あ)第二一〇七号

昭和四三年六月二六日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

裁判官　色川幸太郎

昭和四二年(あ)第二一〇七号

被告人の上告趣意（昭和四二年一〇月一七日付）

昭和四〇年一〇月二一日小野寺の調書であるが

当時の内容と意味が違つています、最初の小野寺の読み方であるが胸の中に触る所があつたので、可笑しいでわないか、と言つたのですが、私は注意されて途中から間違いましたと言つて始めから読み返えたのです、読み方もごく簡単な物でした、此の時に小野寺も何にもない様に読みました。

私は始めから放火する理由もないし、動機もありません、と言つてある筈です、小野寺は時に話が変るが、お前の働いている時に物置小屋にどんな物が置いてあつたか、と聞かれたので、私の働いている時には炭五俵位いと自転車を記憶していますと述べたのです、何故知つているかと言われたので働いている時に物置小屋の中に大工道具を出入したので記憶に残つていると述べたのです、私は便所に行かしてくれと願つた時に小野寺は何々しなければ、図面を同じ様に書なければと条件を付られてしまいました、私は四〇年一〇月二三日と同年一〇月三〇日と同年一一月四日とに、調べなをして戴きたいと咄下にも願ました、調べた時に食違がつた点がありましたが、お前わ嘘を言つていると言われました、咄下にわ変な気ををこすじやないなども言われています。

キャップであるが写真で見ると私の言つた所と場所が違つている事である、昭和四〇年一〇月二六日に小野寺に聞いたら言つた所からでて来たと言つているから見せて戴きたいと頼みましたが後で見せるからと言つて見せてくれなかつた、当時出た物であるなら此の日の内に見せられるはずである、キャップは足で踏んだ位で潰れるとわ考へられません、小西方との言争つた事もないし、文句を言われた事もありません、文句を言われた様に偽つて書いている。

私の所に製鉄所があ為めに三交代が行なわれている八時から四時迄、四時から一二時迄、一二時から八時迄である、当然ラシューの時である、人芥の中を戻る事は困難であるし時間が違つていると思ます人芥の中を逆に戻つてバイクの所に行つたとわ私は始めから言つていません、バイクの所に行くにわ私の家の方と逆に百米以上も戻らなければなりません。バイクの所であるが、私が言つたのでわなく此処に目撃者がいて、お前の点火するのを見た人がいると言われています見た人がお前だと言つているからお前なんたと言ふ話でした、私は始めに舗装した道を歩いた記憶しかないと述べてあるはずだ。

以　上

被　告　人　川　又　一　雄

弁護人高橋清一の上告趣意（昭和四二年一〇月一六日付）

第一点　原判決には憲法三八条一項、二項の解釈の誤まりがある。

一、原判決は、「被告人の司法警察員および検察官に対する各供述調書中原判示第二の事実に関する部分を仔細に検討吟味し、さらに記録を精査してみても、全然身に覚えのない無実の自白を強いるような強制や誘導が行なわれた形跡は認め難く、かえつて、証人小野寺顕の原審第五回および第九回公判廷における各供述記載ならびに証人咄下吉男の当審公判廷における供述に照らし、かつ右各供述調書の形式、内容自体に徴するときは、その各供述に自然性が認められ、右各自白が任意になされたものであることが首肯できる。」と判示している。

二、しかしながら、原判決は、本来、供述（自白ないし自認）の真実性に先立つて問題とされるべき供述の任意性の問題について、その内容の真実性の判断と混同しているのであり、任意性に疑いのある以上、当然その内容の真実性にも疑いが生じることを看過し、これを逆転させた論理ないし解釈を展開しているのである。

任意性に疑いがある以上、そもそも事実の立証に供しえないのであるにも拘らず、それを事実の立証の前提として、そこからひるがえつて任意性を肯定するというのは、憲法三八条一項、二項の解釈を誤まつたものといわなければならない（然らざれば、強制、拷問、脅迫等による捜査官憲の供述強要の弊　はなくならないであろう）。

原判決は明らかに憲法三八条一項、二項の解釈を誤まつたものといわなければならない。

三、以上のことは、次の事実によつても、逆に明瞭に裏付けられるところである。

㈠　被告人の自白は強制、誘導によるものである。

被告人の自白は、逮捕勾留中の捜査官による強制、誘導の所産であり、任意性はない。

被告人は、第一審公判廷で次のように供述している。

「（弁護人）

被告人が小西方および野田車庫の二つの事件で放火犯行を自白したのは被告人の本心からですか、

いいえ自白したことはしましたがわたくしはやっていません。

そんなら自白したのはどうしてですか、

お前がやったんだと言われたからそうなってしまいました。

取調官からたたみかけるようにしてこうなんだろうと言われて調書はそうなってしまったというのですか、

そうです。

どうしてそうなったのですか、

亀山警部補に〝年貢の納め時だ〟とおどかされたからです。

小野寺警部からは言われませんでしたか、

似たようなことを言われています。

警察に行ったときはじめはやらないと言ったのですか、

はい、そしたら〝お前は炭俵に点火して小屋に投げ込んだんだ〟と言われました。

警察で取調を受けた数日間の状況はどのようでしたか、

泣いても泣ききれませんでした。

四日間ばかり泣き続けていたと前にわたくしに刑務所で会ったとき述べましたね、

はい。

最初はあるがままに述べたがそのようにきいてくれなかったのですね、

そうです。

現在警察をどう思っていますか、

憎いと思っています。

どうしてですか、

わたくしの経験からこのようにして犯人が作られていくと思いました。」

「被告人は松田警部補に野田車庫の件や照井洋品店、トヨバーマ隣りの理髪店、野田さんの門口等に放火したと自供していますね、

はい、しかし事実はやっていません。

いずれも取調官に言われてこうなったのですか、

そうです。〝こうやったろう、だからお前がやったんだ〟と言われました。」

また被告人の最終陳述では、

「本件の取調に当ってはうそ発見機を使用されたが右機械に何らの反応が出ていないのにお前がやったと言われましたがどうしても警察の取調には納得がいきません。」

と述べているのである。

また、逮捕勾留中の約五〇日間、被告人には弁護人も選任されず、したがつて弁護人との接見もなされていないのである。

とくに被告人は、のちに述べるように蓄膿症をわずらい頭痛もちである。かような身体的欠陥を有し、あまつさえ本件当時は飲酒酩酊のため、記憶を喪失している被告人にとつて、右の強制誘導は一般人以上に痛切にこたえたのである。

かような事情は、被告人がその妻川又秀子にあてた手紙によつても裏付けられる。

(二) 証人小野寺顕の証言は措信しえない。

証人小野寺顕は、第一審第九回公判で、被告人の自白には任意性があつた趣旨の証言をしているが、同証言は左の点で措信しえないものである。

1 被告人が逮捕された後の釜石市内の不審火の件数について誤まつた供述をしている。

すなわち同証人は、

「(弁護人)

被告人が逮捕された後釜石市内で不審火が起きていることを知つていますか、

わたくしがいる間には一件あつたと思います。」

と証言しているのである。

被告人の逮捕によつて、本件のみならず、昭和三九年度の未解決の放火事件を解決したという事態に捜査関係者はほつとしたのに、その後あいついで発生した放火事件や不審火には眉をひそめたにちがいない。しかしこれについて同証人は実際以上に少く証言しているのである。

同証人は昭和三九年四月から昭和四一年三月まで釜石署の刑事課長であつたのであり、右のような事情には精通していた筈なのである。

現実には、昭和四〇年一二月五日、同月一〇日、同月二一日、同月二二日と不審火があり、とくにあとの三件はいずれも放火の疑いがもたれているのである(釜石消防署長の回答)。

この点でも小野寺証言は措信しえないといわなければならない。

2 飲酒客を捜査したと証言しつつ、その数をまつたくあげられない。

「捜査の対象となつた飲食客は何名ぐらいいましたか、

把握していません。」

これは同証人の証言が措信しえないことを示していると同時に、飲食客の捜査は一つのキレイゴトであり、実際は被告人をヽシときめこんでその口を割らせることに狂奔していたことを裏書している。

3 気象状況について不正確な事実を供述している。

同証人は、判示第二の事実について、「犯行当夜は小雨で月明りもなかつた」と証言しているが、これは不正確である。盛岡地方気象台長の回答によれば、「風弱く曇り時々晴、処により一時雨の変化の多い天気であつた」のである。

弁護人の反対尋問で、右の点を追求された同証人は、運転手から聞いたと逃げているが、この運転手以外に多数の調書(例えば、成ヶ沢忠三の司法巡査に対する供述調書は、小雨が降つたなどとはまつたく述べていない)や聞込みがあるのに、不正確な事実を証言したのは、同証言の措信すべからざる点を示していると同時に、同証人が被告人を現場に精通しているものとしてヽシときめこんだことを示している。

4 小野寺証人は、被告人を逮捕した当初から被告人を犯人であると確信していた。

「(弁護人)

一〇月二〇日に逮捕状請求をする段階では証人は相当の確信をもつていたのですか、

はい。」

しかし、この確信は、物的証拠に裏付けられたものではなく、一つの見込にすぎない。しかし取調べはこの確信に基いて強力に推進されたことは明白である。

5 被告人に対しては強制誘導がなされた。

強制については小野寺証人は否定している。しかし誘導の点については、はしなくも認めているのである。

「(弁護人)

証人は取調の際〝小西方にあつた炭俵三俵のうちお前が一俵持つてきてつけたろう〟とデータをあげてたたみかけて言いませんでしたか、

言いません。〝改築工事現場に三俵ぐらいあつたというがそれを持つて来てやつたのではないか〟とはききましたが、〝三枚重ねたものに火をつけた〟というのは自供によつたのです。」

(三) このことは、強制を否定した点についての同証言の信用性を疑わせるものといわなければならない。

被告人は蓄膿症をわずらい、頭痛がし、且つ判示第二の当時は飲酒酩酊していた。

証人川又秀子は次のように証言している。

「(検察官)

結婚後病気をしたことはありませんか、

ありません。ただ頭が痛いということはよく言つていました。

原因は、

蓄膿症の関係かしらと思つています。」

「(弁護人)

前に検事にきかれた際証人は〝好きで飲むのか頭の痛さをまぎらわすために飲むのかわかりません〟と述べていますね、

はつきりはわからないのです。

まぎらわすために量を多く飲むのですか、

わかりません。

被告人がよく仕事を休むことと頭が痛いということとの関係はありませんか、

あると思います。

そのときはだるそうにしていますか、

はい。

故意に休むのではなく身体の都合で休んでいると思われるのですか、

そうです。」

また判示第二の事実の当時は、被告人は、「菊池や」「白糸」「天忠」とはしご酒をやり、「菊池や」と「白糸」とで清酒九本乃至一一本、ビール二本を飲み、そば位しか口にしていないのである。そして、「菊池や」では自分の自転車をおいてゆく位既に酩酊しており、さらに「天忠」では出された清酒二本に手をつけない程酩酊していたのである(菊池ミヤ子、菊池チヤ、川崎ツエの各証言)。

一方、被告人の酒量は清酒五合位なのである(被告人の検察官に対する供述調書、昭和四〇年一〇月三〇日付)。

前述のような肉体的欠陥を有していた被告人が、それに加うるに酩酊していたのであるから、原判示の事実について正確な記憶を有しておらなかつたのは当然である。かような被告人が、被告人に対して強いて予断をいだいていた捜査官による強制誘導に屈したのが本件自白の真相にほかならない。

第二点　原判決には、判決に影響を及ぼすべき法令の違反および重大なる事実誤認があり、原判決を破毀しなければ著しく正義に反することは明らかである。

一、原判決が有罪認定をした事実に関する被告人の自白に任意性がないことは第一点において詳細明らかにしたところである。そして、このことは、同時に、刑事訴訟法第三一九条一項に違反するものである。

二、さらに被告人の自白は客観的真実と合致しない。

㈠　被告人の自白と客観的真実との不合致を正確にみるためには、原判示の有罪部分について検討するのみでは本件の真相が十分にわかるとは言えないのである。

被告人は、原判示の有罪部分のほかに無罪部分についても、さらに、野田又八方、照井洋品店、トヨバーマ隣という三件についても放火をしたという自白をしているのであり、そしてこの三件については、検察官が心証が得られなかったとして、自白があるにも拘らず、起訴をしていないのである（照井洋品店の件については、司法警察員に対する自白のみであるが）。

この不起訴部分について、自白と客観的事実との不合致は一層顕著なものがある。そしてこのことはたんに、不起訴部分についてのみでなく、同じ時期になされたところの原判示第一、第二の事実についての被告人の自白についても又、その真実性に重大な疑いを投げかけるものである。

したがつて、被告人の自白の真実性を考究し、本件事案の真相を明らかにするためには、どうしても不起訴部分を

含めた被告人の自白全体と、客観的事実との間のギャップを問題とするのが刑事裁判としての当然の責務であると考える。

㈡　検察官の態度

原審裁判所は、弁護人の前述のような考え方に基づく三件の不起訴処分に関する一切の記録の開示に対しては、検察官に強力な勧告をなした。しかし検察官はかたくなにもこの開示の勧告に答えていない。そしてわずかに不起訴理由について書面で明らかにしたに留まるのである。

しかしながら検察官のこの態度は刑事裁判の本質からみたら、いちじるしく背反するものと言わなければならない。

この点について弁護人は英米法上の若干の判例をこゝに紹介しつつ、検察官の態度がいかに検察官のあるべき姿と矛盾し、それによつて正義が踏みにじられているかということを明らかにしたいと考える。

第一に、バウエルケースというのがある。バウエル夫妻は、シューマンと上海で長くチャイナウイークレヴュー紙を発行していた。そして一九五三年にアメリカに帰国したところ、一九一九年防諜法による扇動罪で起訴された。公訴事実は大別して、次の四つのことをチャイナウイークレヴュー紙に掲載したという点にある。

一つは、アメリカは朝鮮における侵略者である。

二つは、アメリカは朝鮮、中国で細菌戦をやつた。

三つは、アメリカは平和交渉を遷延させ、休戦協定を破つた。

四番目は朝鮮におけるアメリカの死傷者の数を載せたということである。

弁護側は右の記事の真実の証明のために、中国及び朝鮮に渡航して立証準備をすることを要求した。国務省はこれ

に対して旅券を発行しなかつたのである。そこで連邦地方裁判所は、合衆国は本日より三〇日以内に右被告事件の弁護人に対して中国及び北朝鮮に旅行するための有効な旅券を発行しない限り、本件公訴は却下（dismiss）するという命令を出したのである。

要するにアメリカ憲法上証人を強制的に喚問する権限があるということ、それから適当な弁護を依頼する権利があるということ、さらにデュープロセスの保障があるということ、これらの点からしてアメリカ合衆国としては二つの選択の前に立たされている。一つは、今まで中国及び北朝鮮に対する旅券を誰にも発行しなかつたというそういうアメリカ合衆国の政策をそのまま継続するかどうかという選択、もう一つは、そういう政策よりもこの起訴事件の方が大事であるという考え方でやるという方法、この二つの方法がある。もしも前者、即ちアメリカ合衆国の外交政策、即ち中国及び北朝鮮に対する旅券を発行しないという政策の方が大事であると考えるならば当然この起訴については やめるべきであるということなのである。

第二に、バージャー対合衆国の事件で、一九三五年連邦最高裁判所の下した判決がある。これは、証人尋問と陪審員に対する検察官の弁論における検察官の不公正な行為を理由として破棄した事件である。この事件の問題点を判決の中では次のように指摘している。

「アメリカ合衆国の検察官は紛争の通常の当事者の代理人ではなく、公平な偏頗なく統治することを、統治することとそれ自体と同様に義務づけられている主権者の代理人である。検察官はかかる役人の行為には特にみられなければならない正当さと公正さの範囲を逸脱した。そしてその検察官の弁論は不当にして節度を失し、人を誤解させようとする不当なあてこすりと主張を含むものである。検察官は熱烈に訴追を行つてもよいし、それどころかそうすべきものである。しかし、強烈な衝撃を与えることはよろしいが、卑劣な衝撃を与えてはいけない。正当な有罪判決を生むために一切の適正な手段を用いるのがその責務であるが、それにも拘らず、不正な有罪判決を生むための不当な方法をさし控えるのもその責務である。」（傍点弁護人）。

第三に、一九五七年の連邦最高裁判所のジェンクス対合衆国事件の判例がある。

ジェンクスは労働組合の幹部でFBIに自分は共産党員ではないという虚偽の申告をしたという理由で起訴された。その裁判の中でFBIのスパイ二人が出廷して証言した。

その反対尋問の中で、かつてそのスパイがFBIにレポートを提出したことを認め、そのレポートの内容が問題になつた。弁護側はこのレポートの提出を裁判所側に求めたところ、裁判所は証言とレポートとの間の矛盾を証明すべきであるという理由で却下した。ところがそれが連邦裁判所においては次のような理由で破棄されたのである。

第一は、弁護側に証言とレポートとの間の矛盾を証明させることは被告のディスカバリーの権利を奪うものである。

第二は、検察官はこれらのレポートは秘密文書の特権を有するから、そのレポートの提出に応じる義務はないと主張したのに対して、連邦最高裁判所は、公訴の提起は、その範囲で秘密特権を放棄したものであると判断した。

そして第三に、もし検察官がこのレポートを裁判所に出さないならば、本件は免訴にすべきであると述べているのである。

この考え方に従えば、検察官は自分の都合の悪いことについての特権を主張して、被告の権利を犯したまゝ裁判を進めることは出来ないというのである。

以上のアメリカの二、三の判例からみても、本件における検察官の態度は、自己が強制力を駆使して収集した証拠を、そしてその中に被告人の無罪を立証する上で必要不可欠なものが含まれているという被告弁護側の主張にも拘ら

ず、それらの開示を拒否したまゝ、他方では被告人の有罪を求めるのである。

我々はこのようなアンフェアな態度を認めるために検察官に強大な権限を付与したものでは決してない。本件においては、検察官がかようなアンフェアな態度をとり、被告人に有利な不起訴処分の記録の開示を拒んだということは、検察官に不利に作用こそすれ、このことの負担を一切被告弁護側に転嫁すべきものではないということを特に強調しなければならない。

㈢　以上のとおり、検察官が本件不起訴処分記録の開示をかたくなにも拒んでいることによつて、被告人の自白と客観的事実との間の矛盾について適確に指摘することは困難である。しかしながら、原審ならびに当審における審理に現われた記録のみからしても、これらの矛盾については、かなりな程度に推定することが可能である。

1　まず、原判示の無罪部分について明らかなように、被告人にはアリバイが成立し、その意味で自白と客観的事実とがくい違うことは多言を要するまでもないことである。

2　原判示の有罪部分について。

原判示の有罪部分に関しては、被告人が捨てたと自白した箇所から発見されたバイクのキャップとの間には同一性はない。したがつて、自白と客観的事実とは合致しない。

被告人の自白によれば、小西源治方に放火する前に、伊藤善雄方前のバイクにいたずらをしたくなり、バイクのガソリンタンクのキャップをはずして、中のガソリンに放火し、そのキャップを捨てたというのである。そして被告人が捨てたと自白した箇所から、キャップが発見されたが、このキャップは伊藤善雄のバイクのそれと同一か否かという問題である。これが同一であれば、自白の真実性は一層顕著になることは勿論であるが、然らざれば自白に対する疑いは一層深まるのである。

伊藤善雄がバイク（六五年型六五CCスーパーカブ）を購入したのは、昭和四〇年四月四日か七日である。右のバイクのガソリンタンクに放火され、キャップが紛失したのは同年一〇月六日の夜のことである。右のキャップが発見されたのは一〇月二五日であり、同日それが警察官によつて伊藤善雄に示されている。

ところが原審公判廷における伊藤善雄の証言（昭和四一年五月一一日）によれば、右の警察官によつて示されたキャップは、バイクに元来ついていたキャップと同種ではあるけれども次の相異点がある。

すなわち、㈠メッキが黒ずんでいる点、㈡上面のキズのある点、㈢さびている点、㈣パッキングの色が黒くない点（泥が入つたような色をしている点）である。

この変化は、昭和四〇年一〇月二五日から、同証人が原審公判廷でキャップを提示された昭和四一年五月一一日までの経過によつて後に生じた性質のものではない。なぜなら、昭和四〇年一〇月に買いかえたキャップは、昭和四一年五月一一日現在もメッキがちやんとついていて変化していないのであり、約半年の経過で変化が生じうるものではないからである。

かえつて伊藤証人は次のように証言しているのである。

「（弁護人）

これと一〇月二五日に釜鉄の正門で警察官から示されたものとは変りありませんか、

変りはないようです。」

かようにして、伊藤善雄のバイクについていたキャップと領置されている証拠物たるキャップとは、その同一性について疑いが存するのである。

したがつて、この点に関する被告人の自白もまた真実に合致しているとはいえないのである。

3　不起訴処分となつた事実について。

野田又八方の物置の件については、野田又八の検察官に対する供述調書によれば、放火場所の状況としては、「この薪小屋の横にリヤカーを立てかけており、また、枕木の腐つたのを置いてありました。私の用立たなくなつた雨合羽をリヤカーのタイヤにかけてあつたと思います。その附近に炭すごを置いてあつたかどうかは覚えていません。」と供述されている（「炭すご」について覚えていないというのはにわかに措信しえないと思われる）。

これに対して、被告人の司法警察員に対する供述調書（昭和四〇年一〇月二二日付）第七項によれば、リヤカーの点にも、雨合羽の点にもまつたく供述はなされておらず、また枕木という供述もなく、わずかに古い材木が立てかけてあつたというのみであり、かえつて炭すごに火をつけたとなつているのである。

野田又八の検面調書――それも、事件発生の数ヶ月後である昭和四〇年一〇月二二日付の調書である――と対比するだけでも、被告人の自白が客観的事実と合致しないことは明らかである。

次に、照井洋品店の件については、不起訴裁定書には「被疑者は一応自供している」がとなつている程度の簡単な自供であり、検察官が証拠の開示を拒んでいるもとでは、自白と客観的事実との不合致をつまびらかにすることができない。

最後に、トヨバーマ隣の理髪店の件については、不起訴裁定もなされておらず、捜査をした検察官咄下吉男の証言によつても、まつたく内容を記憶していないという状態であり、所詮はじめから問題となり得ない程度のものであつたし、また検察官も問題としなかつたことがうかがわれるのである。

三、被告人の逮捕後も放火事件は存在し、犯人は未検挙である。

釜石消防署長の回答（二通）並びに岩手東海新聞等によれば、被告人が逮捕された昭和四〇年一〇月二一日以後昭和

四二年一月二六日までの間に、少くとも本件にのぼる放火事件が釜石市内に発生しており、犯人はいずれも検挙されていないのである。

このことは、被告人が本件（二件及び不起訴とされた三件）の犯人でないことを示す間接証拠であるといわなければならない。

四、被告人には前科前歴はない。

被告人には、およそ放火の前科前歴のみならず、一切の前科前歴が存しない。

五、以上のとおり、被告人が原判決の有罪部分の認定の如き所為をなしたという点は重大なる事実誤認であつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反することは明らかである。

六、原審は、バイクのキャップ同一性についての鑑定を一旦は留保しつゝ、最後的には却下した。そして、この重要な証拠調をなすことなく有罪の認定をしたことは審理不尽の違法があることは明らかであり、この法令違反は判決に影響を及ぼすことは明らかであり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものである。

以　上

昭和四三年(あ)第四一号

決定

本籍　札幌市南九条西九丁目七四八番地

住居　同市北五条西二七丁目　流盆荘六号室　橋本勝子方

魚行商　稲見孝

昭和一二年八月七日生

右の者に対する銃砲刀剣類所持等取締法違反被告事件について、昭和四二年一二月一四日札幌高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人渡辺敏郎の上告趣意は、量刑不当の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。なお、原判決の是認した第一審判決は、刃渡り一五センチメートル以上の日本刀二振の不法所持の事実を認定した上、これに銃砲刀剣類所持等取締法三一条の二第一号を適用しているが、右法条は、けん銃又は猟銃の不法所持を構成要件とするものであつて、該判決の確定した事実に対しては、同法三一条の三第一号を適用しなければならないこと多言を要しない。そうして、右三一条の二の法定刑が五年以下の懲役又は二〇万円以下の罰金であり、同条の三の法定刑が三年以下の懲役又は一〇万円以下の罰金であることに徴し、右法令適用の誤りは判決に影響を及ぼすものというべきであるけれども、記録にあらわれた本件事案の

昭和四三年六月二六日決定　昭和四三年(あ)第四一号

昭和四三年六月二六日決定　昭和四三年(あ)第四一号

内容、被告人の前科、家族関係、その他一切の事情を考えると、被告人に対する宣告刑は不当に重いものといえず、右法令違反は、いまだ刑訴法四一一条により破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められない。

その他、記録を調べても刑訴法四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて、同法四一四条、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。

昭和四三年六月二六日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

裁判官　色川幸太郎

弁護人渡辺敏郎の上告趣意（昭和四三年二月一〇日付）

原判決は被告人を懲役五月に処したが、この刑の量定は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。

被告人は終戦後八才の頃に父親と二人で樺太から身寄のない北海道に引きあげ、父親が居所を転々と変えながら土工夫などをして生活していたため、小学校三年の学歴しか得られなく、又被告人を養育出来なくなつた父親は一六才の被告人を江部乙町の農家にあづけ、それ以来、生き別れの生活が続いたのである。その間学歴もなく身寄もなしに社会の荒波の中に一人で生きて行く事を予儀なくされた被告人の苦労は察するに余りあるものがある。

ところが本件が契機となり被告人は十二年ぶりに父親と再会し昭和四二年九月八日保釈になつてから父の住む田舎の士別市に移り住み、一人息子の被告人に何一つ父親らしいことをしてやれなかつた事を恥じている父の援助のもとに妻と二人で食堂を経営しており、妻は三月に出産の予定である、被告人にとつては恐らく生涯に二度とはめぐつてこない更生への道が開かれ従来の不安定な生活から足を洗い、人並の生活をする機会が与えられたという事実は非常に重要な事である、この事は被告人自身も十分自覚して、保釈中も更生意欲あふれる生活を送つているものである。

被告人が本件日本刀を入手したのは手塚の申出によつて欲しいと思つていた物が手に入るという子供つぽい気持で譲り受けたのであり、日本刀を使用して人を殺傷する等、他の犯罪に利用する目的など全然なしに軽い気持で譲受けたに過ぎない。又その当時は暴力団とは手を切つていたのであり、現在も暴力団と関係がないのは明らかである。

被告人には確かに前科はあるが本件とはその罪質を異にするものであり前科があることのみに重点を置き、被告人の人格

被告人　稲見孝

には犯罪傾向の危険性ありと速断し懲役五月の実刑に処した原判決は不当である。犯罪の軽重は犯罪のもたらす実害、危険性の大、小、被告人の犯情の軽重によつて決定されるものである、被告人は他の犯罪に利用するため本件日本刀を入手したのではなく、被告人の無学な好寄心から譲受けたものである。この事は昭和四一年一〇月頃本件日本刀を入手して以来この日本刀を利用した犯罪は何等行われておらず反つて友達に見せびらかしていた程の子供つぽい好寄心しかなかつた、又被告人が日本刀を所持していることが犯罪であることを知つた時から本件日本刀を廃棄しようと努力していた事実からも明らかである。

もし日本刀の発見がもう少し遅れていたならば日本刀は廃棄されていたのである。

つまり本件日本刀が他の犯罪に利用される危険性は全くなく、しいては被告人の人格には犯罪傾向の危険性は存しないと言わざるを得ない、被告人が「やくざ」に入つていたのは被告人が父親と再会する前であり、被告人の反省を無視して、過去を重視するのは余りにも人間を信用せず且つ前進のない考えである。

従つて懲役五月の量刑は重きに過ぎ甚しく不当であると思料する。

よつて以上の理由から原判決は破棄の上、被告人に対しては罪金刑が然るべきものと思料する。

以　上

昭和四三年(あ)第六六号

決　定

本　籍　茨城県久慈郡大子町大字小生瀬五六一四番地

住　居　茨城県久慈郡大子町小生瀬入会五六一四番地

人　武藤保夫

右の者に対する殺人未遂被告事件について、昭和四二年一一月二九日東京高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人関口緝の上告趣意のうち、憲法三八条一、二項違反をいう点は、実質は単なる訴訟法違反の主張であり、憲法三八条三項違反をいう点は、原判決の支持する第一審判決は、被告人の自白のほか同判決列記の証拠を総合して被告人に殺意があつたことを認定しているのであるから、所論違憲の主張はその前提を欠き、その余の論旨は、事実誤認、単なる法令違反（記録に徴しても、所論各供述調書の任意性を疑うべき証跡は存しない）および量刑不当の主張であつて、いずれも刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。

また、記録を調べても、同法四一一条を適用すべきものとは認められない。

昭和四三年六月二六日決定　昭和四三年(あ)第六六号

昭和四三年六月二六日決定　昭和四三年(あ)第六六号　二

よって、同法四一四条、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。

昭和四三年六月二六日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

裁判官　色川幸太郎

被告人　武藤保

弁護人関口緝の上告趣意（昭和四三年二月一六日付）

第一点　原審は弁護人の本件は傷害罪をもつて処断すべきにかかわらず殺人罪と認定したのは重大なる事実の誤認であるとの主張に対し第一審判決認定事実中殺意を除くその余の事実はその挙示する証拠によつて認めることができ記録を精査しても右認定を左右する証拠はないから第一審判決には事実の誤認ないとし又殺意の点につきては被告人の検察官に対する第五項記載の供述調書を引用し当時被告人に殺意又は未必の故意あつたと認定し次で司法警察員及び検察官に対する各供述調書中判示の如く被告人に不利な記載部分を引用し被告人において右調書に署名捺印したことを以て任意性を疑わしめるような具体的な事情を認める証拠又は信用性を失わしめる事情もないとし更に弁護人か第一審の第五回公判期日（昭和四二年五月一五日）において前示司法警察員、検察官の面前で被告人の供述した調書の任意性ない旨の調書を証明力を欠くものと変更したのみならず被告人も第一審の第五回公判で検察官に対する面前で供述した調書によると右調書に任意性信用性なしと認め刑訴第三一七条に違反しないと判断した。

しかしながら弁護人か原審に提出した控訴趣意書の補充申立第一点の(一)(二)において詳述した如く弁護人が第一審（第二回）の公判廷において被告人の司法警察員に対する供述調書（二通）同人の検察官に対する供述調書及び受命判事の小川勝夫に対する供述調書（いづれも被告人の署名あるもの）はいづれも任意性ない旨意見を陳述したが第五回公判期日（昭和四二年五月一五日）において右陳述を撤回し右調書は証明力を欠くものであるとの意見に変更したことが認められると判定した。

されど弁護人は当時第一審の裁判長の前示各調書には被告人の署名あるからこれに不同意を唱えるのはおかしいので判

示の如く証明力を欠くとしては什かと偏陂な訴訟指揮をなし考慮の余地を与えずして不同意を撤回させた。

右撤回が弁護人の真意に基くものでないこと第一審の第一回公判廷における「被告人に殺意なし同人は小川勝夫の右胸部をめがけて刺したことない本件は正当防衛云々」と主張したことに比較して無眉しておること明白である。故に弁護人の右撤回の意思表示は民法第九五条の要素の錯誤に該当するから無効と解すべく従て原審か被告人及び弁護人が前示の第一審において同意しなかった各供述調書及び第一審第五回公判調書中被告人の検察官に対する質問を記載した供述は証拠能力ないから裁判長は前述の各証拠につき刑事訴訟規則第二〇七条により職権を以て排除の決定をなすべきであつた。

右の見解が正当なることは弁護人か原審に提出した控訴趣意書第一点二の㈠㈡㈢、四の㈠乃至㈣五の㈠乃至㈤同補充申立第一点㈠㈡に各記載しある証拠により明白なる如く被告人は小川勝夫から木刀で殴打せられ兄武藤亥三三方に救助を求めに行き現場に引き返すと友人原静磨か木刀を所持しおる小川勝夫等一味に取り囲まれ口論しおるを知り兄方に引き返し兄の車にあった庖丁を持ち現場に引返すと原か単身で木刀を持ちおる小川等一味に囲まれ同人の生命身体に危険が及ぶと感じこれを排除するためにその場に飛出したところ小川に機先を制せられ木刀で殴打せられたので防禦のため同人を刺したこと、刺すとき極度に憤慨し殺してやると叫び庖丁を以て同人を刺したことが起るべき正当の理由ないこと「殺す」という言葉は制裁するということで殺す意思かあったのではないことが認められる。

しからば原審か前示の各証拠を無視して原審において弁護人が申請した検証及本件犯行の成否を判断するに重要な証人及被告人本人尋問を排斥したことは不当である。

以上の次第につき原審判決は刑訴第三一七条の外憲法第三八条の各項刑訴第三一九条第三二二条第二項第三二二条第一項に違反する。

第二点　仮に弁護人の第一点掲記各調書に対する不同意の撤回が採用されないとしてもその各調書は第一審第五回公判調書中の被告人の検察官に対する供述記載により任意性信用性かないと判断したのは弁護人の第一点に列挙した各証拠により明白につき右は刑訴第三一九条第三二二条第一項但し書に違反するのみならず同法第三二一条第二号但書同法第二項にも反するから被告人の右供述調書に無眉あったとてその供述が特に信用すべき情況の下になされたとの証拠ないからこれと反対の見解を以て証拠価値なき書証を引用し弁護人の主張を排斥したのは不当と信ずる。

第三点　原審は弁護人の正当防衛、違法阻却過剰防衛の原判決㈡の(1)(2)(3)の各主張（控訴趣意書第二点の一、二の(1)、(2)三、第三点の一、二第四点参照）に対し第一審判決挙示の証拠によれば被告人は第一審判決及び原判決に反し被告人は最初旭屋食堂の西南側駐車所前において小川勝夫より木力で頭を一回殴打せられ逃げんとするや肩辺を木刀で殴られんとしたこと、その場の状況から味方の原静磨が小川らと何やら論争中なることを知り再びそこに引返すと風見、出浦らが小川に味方し原を取り囲んでいたことを知り兄方に至り援助を求めると共に兄の車にあった庖丁を持ち引返すと小川は依然として木刀を構えおり前示の二人も小川に加勢し闘争中なるを認め原の身体に危険が及ぶのを痛切に感じ隠れていた場所から飛び出し近接したところ小川に機先を制せられ木刀で額を殴られ自身及び原が危険にさらされたことが認められる。

そうすると被告が所持の庖丁で小川近よるや庖丁で刺したのは刑法第三九条の条件を具備し正当防衛に該当し罪とならぬ他面前述の適法な証拠によりて認めうる犯罪事実とそのこれをなすに至った心裡状態及び被告人をして犯罪をなすの余儀なき立場に陥らしめた原因が被害者小川勝夫の責に帰すべき度重なる違法行為に基く以上これを阻止するためなした被告人の所為は道義上、法規上何人も批難することの出来ない違法性を欠く所為につき罪とならぬ。

そうすると原審が第一判決の判示に列挙した証拠を盲信し弁護人か前述の如く証拠の内容を詳述し被告人が無罪なる旨

力説し被告人の司法警察員及び原審の検察官に対する供述調書が右と無眉するのに十分審理せずに判断したのは明白につき刑事訴訟法第四一四条第三八一条第四一一第三号に違反し判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認をおかしたことになる又原審は弁護人の前示無罪の主張か認められない以上過剰防衛の主張も採用せられないと判断するも被告人は友人原を救助するため路上に出た折小川に木刀で殴られてから自身又は原の身体に危険か発生したので同人を庖丁を以て防禦のため刺した次第につき犯行の原因、事情に徴し刑法第三六条第二項に則り被告人に対し刑の免除をして下さい。（控訴趣意書第四点参照）

第四点　原審は弁護人の心神耗弱の主張に対して成程当時被告人が多少酒に酔っていたこと、また相手方より木刀にて殴打され極度に憤慨興奮していた事実は認めることができるけれども被告人の司法警察員に対する供述調書（第一、二回）及び検察官に対する供述調書中において被告人の述べているところはいづれも事件前後の事情当時の様子につきその心理の動きをも含めてかなり詳細に述べておりしかもそれ等は首尾一貫し、かつこれに相応する行動の存在か認められるのでありこれ等を綜合すれば云々となし被告人か心神耗弱の状態にあったものと見ることはできないと判断した。（原判決㈢心神耗弱の主張御参照）

しかし被告人は前述の如く小川勝夫より木刀で額を殴打せられた当時はその少し前に小川に殴られ精神麻痺し頭がぼつとして是非善悪を判断し難い状態にあったことは前述の弁護人の指摘した証拠により認めうるからこれを裏付ける証拠ないとして弁護人の主張を排斥したのは事実を曲げ法の解釈を誤りたるもので不当と信ずる。

第五点　原審は被告人が小川勝夫を庖丁で刺した当時は小川勝夫から木刀で殴打せられ極度に憤慨し柳葉庖丁を持ち出して来ておどしのため振り廻すうち同人を刺したのでなく積極的に加害の意思を以て攻撃を加えたから傷害罪の成立する余地なく被告人の本件犯行を殺人未遂と判断した。

されどかかる判断は第一点において弁護人か述べた如く審理不尽の結果事実を誤認し殺人の故意又は未必の故意なき被告人に対し不当な措置というべく若し殺人未遂なりとするも本件につき原審か第一審の懲役四年を容認したのは不当につき刑法第三九条第二項第六七条第六八条第三号第六六条に則り被告人を懲役一年以内に処し相当期間刑の執行を猶予するとの判決をなすべきと信する。

第六点　㈠　前示各点につき弁護人の主張不当で仮に被告人の本件犯行を殺人未遂なりとするも弁護人か控訴趣意書第六点の一乃至六に主張した通り㈠被告人は腕力強いが従来これを自慢してけんかしたことないのみか道楽に恥り金を浪費せず兄及び勤先の会社の指揮監督を受け真面目に働き人に迷惑をかけたことなく慈愛深き人物なること。

㈡　小川勝夫は第一審判決認定の如く全治まで約三ヶ月半を要する傷害を受けたとしても現在全治し働きおり後記の如く示談成立したので被告人に対し何等悪い気持を抱いていないし被告人は右小川の木刀による度重なる暴行により当時脳の具合著しく悪化したのに入所中十分な治療できず百日以上も拘束せられ衰弱と疲労のため苦悩甚だしかったこと。

㈢　被告人は出所後節酒し犯行につき深く反省しつゝ病の治療をなす一面兄と共に同居しその指揮の許に従前の会社に働きおり弁護人の斡旋立合の下に原判決言渡後なる昭和四二年一二月一日兄武藤亥三三を連帯債務者に頼み同人及び兄が小川勝夫代理人小川純一郎（祖父）と話合い金一五万円を支払うことにし内金八万円を支払い残金七万円の支払延期の承諾を得た事。

第七点　右の如く原判決には証拠能力なき無効な証拠を採用して被告人を有罪としたこと。

被告人の前後無眉する供述調書を任意性信用性なきとして採証の法則に反し無効としなかったこと不当な訴訟指揮をして弁護人の不同意を唱えた証拠を錯誤により証明力を争うための証拠に転化せしめたこと。

事実誤認の結果憲法、刑事訴訟法、刑事訴訟規則に違反したこと。（第一第二点）
本件が正当防衛違法阻却、過剰防衛を構成し無罪又は刑の免除をなすべきにしなかつたこと。（第三点）
心神耗弱の主張に対して刑の軽減をしなかつたこと。
本件には殺人未遂を認めうべき証拠ないのに肯定し傷害罪にしなかつたこと。
傷害罪としては刑を軽減し刑の執行を猶予すべきこと。（第四第五点）
原審判決言渡後被害者と示談し損害を賠償したりその他刑を酌量すべき顕著な事由あること（第六点）に徴し原判決を
破棄し原審に破棄差戻すか又は自判して下さい。

添付書類

原審判決　一通
領収書　二通
契約書　一通
承諾書　一通

（記載省略）

以上

昭和四三年(し)第三三号

決定

申立人　清水美佐男

右の者に対する刑執行猶予言渡取消請求事件について、昭和四三年四月一五日東京高等裁判所がした即時抗告棄却決定に対し、弁護人長谷川柳太郎から特別抗告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり決定する。

主文

本件抗告を棄却する。

理由

本件抗告の趣意は、別紙特別抗告の申立と題する書面に記載のとおりである。

所論第一点は、憲法三一条三四条違反を主張するが、その実質は、単なる法令違反の主張であつて、刑訴法四三三条の抗告理由に当たらない。

同第二点は、憲法三二条違反を主張するが、憲法には、同八一条以外の審級制度についてこれを規制する規定はなく、すべて立法にゆだねていることは、当裁判所大法廷の判例とするところである（昭和二二年(れ)第四三号同二三年三月一〇日判決、刑集二巻三号一七五頁、昭和二二年(れ)第一八八号同二三年七月七日判決、刑集二巻八号八〇一頁、昭和二七年(テ)第六号同二九年一〇月一三日判決、民集八巻一〇号一八四六頁等）。この判例の趣旨に従えば、原裁判所が抗告裁判所としてした決定に対し、刑訴法四三三条一項所定の場合を除き、更に抗告をすることができないからといつて憲法に違反するものでないことが明らかであり、論旨は採用することができない。

よつて、同法四三四条、四二六条一項により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和四三年六月二七日決定　昭和四三年(し)第三三号

昭和四三年六月二七日決定　昭和四三年(し)第三三号

昭和四三年六月二七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　松田二郎

裁判官　長部謹吾

裁判官　岩田誠

裁判官　大隅健一郎

昭和四三年(し)第三三号

特別抗告の申立

本籍　静岡市小鹿一番地

住居　同市本通一〇丁目四八番地　中川康治方

特別抗告人　清水美佐男

右弁護人　長谷川柳太郎

一、特別抗告の申立

右の者に対する昭和四三年四月一日静岡簡易裁判所がなした決定に対し特別抗告人及弁護人から即時抗告申立をなし該申立に対し東京高等裁判所第一刑事部より抗告棄却の決定があり該決定の告知を昭和四三年四月二二日受けたのであるが、右東京高等裁判所のなしたる抗告棄却の決定は左記の如く日本国憲法に違反するものと考えるので茲に特別抗告に及びました。

二、特別抗告の趣旨

日本国憲法第三一条、同法第三四条、同法第三二条に各違反する。

原審決定を取消し特別抗告人清水美佐男に対する刑執行猶予取消請求を棄却する旨の御裁判あらんことを求めます。

三、特別抗告の理由

第一点　原審決定は日本国憲法第三一条、第三四条に違反するものであります。

原審の即時抗告棄却の理由は遵守事項である善行保持義務違背がありその情状が重いというのである。

思うに刑事訴訟法第二六条の二、第二号に情状重しというのは、特別抗告人（以下抗告人と略称す）の身体の自由を

保持しつゝ尚教育可能性ありや否やがその基準をなすものと思料する。

即ち身体の自由を保持しつゝ教育することの可能性なきものを情状重しといゝ身体の自由を保持しつゝ教育することの可能性の存するものをその情状が重くないというべきものと信じます。これが同法条の正しい解釈とみるべきである。

静岡簡易裁判所において保護観察官が意見を附した如く「普通の順良な社会人の水準としての生活態度を継続的に保つてゆくこと」というが如き道徳的修身的な基準では決してないと確信する次第である。

之によつてみるに抗告人は積極的に非行がなかつたというほかむしろ積極的に左の如く身体の拘束がなくても教育可能性があることを裏づけるに足る次の如き行為をしている。

(1) 遵守事項の実施として内妻を直ちに入籍し長男正倫（当四ヶ月）をもうけておること。

(2) 家庭が頗る円満であり抗告人自ら長男正倫を風呂に入れる等の家庭協力をなしており一家の支柱として良き父性愛を発揮しておる。

(3) 昭和四二年九月二〇日拾得した現金等在中の財布を警察署に届出ており当時抗告人は赤貧洗うが如き状態であるに拘らず財布を落した人に対する同情心からこの美挙に及んでおるのであつて教育可能性を高く評価すべきである。

(4) 長男正倫の出生に対しては弁護人にその喜びを別ちあい報告し儀礼を尽している。

(5) 毎月必ず弁護人宅を訪れ生活状況の報告をなし且指導をうけている。

以上の諸事実は一件記録上明らかなように証人鈴木繁、同清水夏子、同小野田照男の各供述に照し明らかであつて抗告人はすでに昭和四二年三月二二日静岡地方裁判所において刑執行猶予の云渡をうけて以来自由の身にあり乍ら必ずしも反社会的な行為に走らず自らの意思により若干でも前進し且聊かでも社会のためになるような行為を些少ではあるが

行なわんと努力した形跡を窺うことができるのである。されば抗告人の行為につき敢えて身体の自由を拘束してまで教育せねば改善しないというようなものでは断じてない。

したがつて原決定は刑事訴訟法第二六条の二、第二号にいわゆる情状重いというばあいに該当しないのに換言すれば情状重い場合でなければ刑執行猶予の取消ができないのであるに拘らず、同法の手続によらずして抗告人の自由を侵奪したる原決定は日本国憲法第三一条違反であると共に、また正当な理由なくして拘束されないという憲法第四条にも抵触しておるので破棄を免れないものと確信する。

第二点　原審決定は日本国憲法第三二条に違反するものであります。

即ち同条は「何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」と規定し右にいわゆる裁判所とは三審制の下における裁判所と解すべきことに疑を容るゝ余地がない。

ところで原審決定は刑事訴訟法第四二六条第一項後段による決定なるところ、該決定に対しては刑事訴訟法第四二七条による再抗告禁止の規定がなされており憲法において保証されたる裁判所の三審制の保証が完全に剝奪されている。

このことは明らかに抗告人をして三審制の下における裁判所の裁判を受ける権利を侵奪せるものであり此点においても原決定は破棄されるべきである。

右特別抗告の申立をなす。

昭和四三年四月二四日

最高裁判所　御中

右　特別抗告人　清水美佐男

弁護人　長谷川柳太郎

昭和四二年(あ)第二八九一号

判　決

本　籍　山梨県南都留郡山中湖村山中一二五番地
住　居　同県富士吉田市下吉田八五〇番地
農業兼林業
羽　田　克　治
明治二四年三月一七日生

右の者に対する境界毀損、器物毀棄被告事件について、昭和四二年一一月二二日東京高等裁判所が言い渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は、次のとおり判決する。

主　文

原判決および第一審判決を破棄する。

本件を甲府地方裁判所に差し戻す。

理　由

被告人本人の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認の主張であり、弁護人露木茂の上告趣意は、事実誤認、量刑不当の主張であつて、いずれも刑訴法四〇五条の上告理由にあたらない。

しかしながら、所論にかんがみ、職権をもつて調査すると、本件第一審判決が認定判示した犯罪事実のうち、第一は、「被告人は昭和三九年六月一日頃、高村高元が南都留郡山中湖村山中字茶屋の段二四八番の二の同人の所有地と、その北側及び西側において隣接する被告人の土地との境界に、境界標として設置した有刺鉄線張りの直径約八センチメートル、長さ

約一メートルの丸太三二本を根元から鋸で切り倒し、もつて境界標を損壊して右土地の境界を認識できないようにしたものである」というのである。そして、原審弁護人が、本件被告人の行為によつては、境界の認識が不能になるという結果が生じていないから、境界毀損罪が成立することはないと主張したのに対し、原判決は、「被告人のなした原判示の所為により、原判示境界標を損壊し、右土地の境界を認識することができないようにしたこと、右高村が、原判示所有地に植林した原判示三年生落葉松苗木三〇八本を抜き捨て、その本来の効用を害したことを含めて、原判示第一および同第二の各事実を十分に肯認することができ」る旨判示して、右主張を斥けている。

ところで、境界毀損罪が成立するためには、境界を認識することができなくなるという結果の発生することを要するのであつて、境界標を損壊したが、未だ境界が不明にならない場合には、器物毀棄罪が成立するにとどまり、境界毀損罪は成立しないものと解すべきである。これを本件について見ると、第一審判決の挙示する証拠を検討しても、被告人がその所有地と高村高元の所有地との境界標として設置されていた有刺鉄線張りの丸太三二本を根元から鋸で切り倒し、境界標を損壊した事実は認められるが、この行為により境界が不明になつたという事実を認めるには十分でない。かえつて、右証拠中の司法警察員作成の実況見分調書および第一審第二回公判期日において取り調べられた司法警察員作成の現場写真撮影報告書によれば、右丸太は、いずれも地上すれすれのところで切断され、根元附近に有刺鉄線をつけたまま放置されており、その地中の部分（約二〇センチメートル）はそのまま残存し、しかも、その切株の位置を発見することが特に困難という状況にもなかつたことがうかがわれるのである。そうすると本件境界は、被告人の行為後も、従来の境界標の一部によつて、その認識が可能であつた場合であると認定できないことはない。しかるに、右認識が不能になつたものとして、境界毀損罪の成立を認めた第一審判決には、重大な事実の誤認を疑うに足りる顕著な事由ないし刑法の解釈適用をあやまつた違法があり、判決に影響を及ぼすことが明らかであつて、第一審判決およびこれを是認した原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものといわなければならない。

よつて、刑訴法四一一条一号、三号、四一三条本文により原判決および第一審判決を破棄し、本件を第一審裁判所に差し戻すこととし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

検察官　斉藤周逸公判出席

昭和四三年六月二八日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

裁判官　色川幸太郎

昭和四二年(あ)第二八九一号

被告人羽田克治

被告人の上告趣意（昭和四三年一月二九日付）

一、この事件は昭和三九年甲府地方検察庁の森高彦検事さん係りで取調べ高村高元のなした告訴は証拠不十分で不起訴処分となつたものであります。

二、不起訴の理由は高村高元は其当時居村で農地委員の職にあつて職権を乱用して他人の土地を横領してこの事件に関係ある南都留郡山中湖村山中之茶屋之第二六〇番の土地と隣接していると称する土地第二四八番の二の土地は昭和二五年農地買収したような山梨県知事から買受た証書を偽造作成して自己の所有権取得の登記をなしたもので高村高元は公文書を偽造作成してこの土地を開墾もせず現況其まであつて土地を横領したことが明白となつたので不起訴処分となつたものであります。

三、そこで森検事さんは私に対しこのような事件は高村高元と羽田豊明の両名で共謀して被告訴人の土地を横領して勝手に境界を定めて杭を打込たり苗木を植付たりしたのは悪意であるから被告訴人より公文書偽造行使土地横領森林法違反の告訴提起すれば受付て処分するとの御説明がありましたから私は高村高元を相手として告訴を提起しました。

四、然るに今岡検事さんは私のした告訴を昭和四一年一二月一二日不起訴処分にして同日逆に私を起訴したるは不当の起訴であります。

五、それから第一審裁判が開廷となつたから法廷にて被告人は事件について事実及び証拠申立をしましたが裁判官から本人の意思表示は否認する本件は弁護士の弁論であるからと言ふで事実の表示も証拠の申立も出来ず只有罪の判決となつたのであります。

六、それから控訴しましたが第二審裁判所にても私の事実表示も認められないので只裁判官はこの事件は調停調書によつて有罪であるからと申渡しで有罪の判決となつたのであります。

七、第二審裁判官の言ふような調停調書に依て有罪と言ふなら調停調書に対する事実を次のように述べる。

一、高村高元は其当時農地委員会の委員の職にあつて職権を乱用して私の土地を横領して昭和二三年に開墾したので刑罰を恐れて昭和二四年調停の申立をしたのであります。

二、然れども其当時高村高元には第二四八番の二の土地の有所権がないし且又当時の調停委員会の委員である天野清は高村高元とは従兄弟の間がらで調停をすることが出来ないで不調となつたのであります。

三、それから調停がをわりて一三年もたつた昭和三六年八月一二日本件の調停調書が送達になりましたから調停無効の訴訟を提起したが裁判官の言ふのは土地の所有権問題でない調書の有効か無効かとの裁判であつて土地に対しては更に関係ないしこの調書は裁判所が作成したものであるから原告の言ふことは認められないと言ふ理由であつて私は負訴となつた。

四、高村高元が調停調書の裁判に勝訴の判決があつたとしてもこの調書の記載が回数方位が十分認められないし土地の地積等が記載されてをらず消滅時効となつていて土地所有権の確定証明体与は下附出来ないので今だに至るも土地所有権の収得の登記が済ないでありますから高村高元は暴力を以て私の土地を横領したり欲に事件を起していることは明白であります。

五、調停調書が有効のものなら執行の付与も下付できて高村高元の所有登記も完全に済むものであるが不要の調停調書であるから所有権収得の登記も出来ないものに依て第一審第二審の裁判所は不要の調停調書で有罪の判決は法の認定を誤ての判決であることは明瞭であります。

六、それで私は所有権たる土地を横領されたり並木を盗伐されたりで有罪とは全世界にない判決であるから前審裁判所の判決を取消し無罪の御判決をを願ひする次第であります。

以　上

弁護人露木茂の上告趣意（昭和四三年一月三一日付）

原判決には、判決に影響を及ぼす重大な事実誤認があり、且つ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と認められるから、刑事訴訟法第四一一条により、原判決を破棄すべきである。

第一、事実誤認について

(一)　被告人を境界毀損罪に問うのは誤りである。

被告人と高村高元間には本件境界につき争が存したところ、昭和二五年一二月六日原判決判示の調停が成立した。然し、被告人は右調停を無効と信じていたものである。即ち右調停においては、高村所有地の地積の確定がなされず境界線の測定もズサンで基点は単に(イ)点の電柱、(ニ)点の電柱と表現されているだけで特定されず、又右高村所有地と被告人所有地との相関関係も明らかにされていなかつたからである（被告人の検察官に対する昭和三九年一一月九日付供述調書記録一四五丁裏）。

結局、被告人は高村が打込んだ棒杭は境界線上にあるものではなく被告人所有地に打込まれたものと判断したものである。

境界毀損罪の保護さるべき境界は必らずしも真正な境界を意味するものではなく、それまで関係者の間で一応認められてきた境界をいうものであつて、一方の当事者が自分で正しいと信ずる境界を設定したとしても、他方の当事者がこれを認容したものでない以上、境界とはいえないのである。

この点からして、被告人には境界の認識がない。

又高村は右調停調書に基づいて境界標を設置したというが右設置には被告人の同意がなく、設置の正確さを保証する制度的裏付を欠いているので、これは本罪にいう境界標には該当しない。

よつて、被告人には犯意なく且つ構成要件該当性がないのである。

(二) 仮に被告人が切倒した杭が境界線上に打込まれていたとしても、被告人は土地の境界を認識すること能はざるに至らしめなかつたものである。

本罪は土地に関する権利の範囲に重大な関係をもつ境界の明確性を保護法益とし、土地の境界を不明にする行為を処罰する趣旨であつて、境界の認識が関係者の供述とか図面によるなど他の方法によらなければ不可能になるという結果が生じない場合には本罪は成立しない。

本件についてみるに、被告人が切倒した杭は根本から鋸で切断されているもので、その地中部分は勿論地表にもその一部が残存していることが明らかであつて、充分に境界標としての効用を持続しており、本罪は成立しない。

(三) 被告人は落葉松苗木三〇八本を抜捨てたが、原審は右本数の苗木を全て器物毀棄罪の対象としている。

然し、毀棄罪の対象になるものは現に生育している苗木に限り、枯死しているものは対象にはならないのである。

しかして、被告人の司法警察員に対する供述調書によれば、引抜くとき現場に生えている落葉松苗木の三分の一は枯れていた旨（一三六丁裏）の供述があり、高村が植林したのは昭和三九年四月中旬であるから、植林技術、土質、天候等の諸条件から考えると三年生の苗木が全部根づいて生育することは科学的にも不可能である。

結局原審が抜捨てた全部を毀棄の対象としたことは採証法則を根本的に誤つたものである。

以上何れの点においても原審は重大な事実誤認をしているものである。

第二、刑量不当について

(一) 本件は民事上の紛争に検察権が不当に行使された感のある事件であつて、被告人を処罰すべきではない。

(二) 被告人には累犯となるような前科はなく、山中湖村に生れ育ち真面目な農家として生活してきたものである。

被告人は令既に七六才に達した老人であり、本件事案が軽微なことから考え合せると懲役の実刑を科することは誠に苛酷であり、且つ無益である。

被告人は第一審の実刑言渡により充分に苦痛を味わつているのであるから、実刑を科するのは甚しく不当であり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものである。

以　上

被告人　羽田克治

検察官の答弁書（昭和四三年五月一五日付）

被告人の上告趣意は、第一審判決が証拠とした調停調書の無効を主張するに過ぎず、弁護人の上告趣意も事実誤認ないし法令違反および量刑不当を主張するに過ぎず、何れも上告適法の理由とならない。

しかしながら、弁護人の論旨にかんがみ若干の所見を開陳する。

弁護人は、第一審判示第一の境界毀損の点につき、被告人が切り倒した杭は根元から切断されただけで、その地中部分はもちろん地表にもその一部が残存し、充分に境界標としての効用を持続しているので、境界毀損罪は成立しないと主張する。

よつて記録を検討するに、編綴の実況見分調書（司法警察員青林富雄作成、記録第三一丁ないし第三九丁）および現場写真撮影報告書（司法警察員深沢照守作成、同第四〇丁ないし第五〇丁）によれば、被告人が切り倒した杭はその根元部分がなお地表から認識しうる程度に残存していることが認められる。従つてもし刑法二六二条ノ二の境界毀損罪は境界標を損壊しただけでは成立せず、境界標を損壊した結果土地の境界を認識することができないようにした場合にはじめて成立するものと考えれば、本件についても、単に境界標を切り倒した事実のみならず、進んでその結果境界の認識が不能になつたか否かを判定しなければならないこととなる。

しかしながら、境界の認識が不能になることを要するとの説に対しては反対説がある。

すなわち、境界標を損壊した場合には、境界標を損壊しただけで境界毀損罪が成立し、刑法二六二条ノ二が「土地ノ境界ヲ認識スルコト能ハザルニ至ラシメタ」といつているのは、同条に列挙する境界標の損壊、移動、除去以外の方法による場

合にのみ必要とされる要件に過ぎないという説である。この説によれば被告人の本件杭を切り倒した行為が境界標の損壊に当ることは疑いないところであるから、境界の認識を不能ならしめたかどうかを論ずるまでもなく、境界毀損罪は成立し、論旨は理由がないことになる。

この説は、境界毀損罪制定過程の中で一部に強く主張せられ、制定施行後の法令の解釈としてこのような説も成り立つように原案に若干の修正が加えられたいきさつがある。すなわち、法務省事務当局が法制審議会に提案した原案は「境界標を損壊し、移動し、もしくは除去し、又はその他の方法で、土地の境界を認識することができないようにした」とあつたのを、「境界の認識不能という結果の発生を要件とする必要はない」と解釈する余地を残す趣旨で、「その他の方法で」の下の「、」を削除して答申されたというのである（臼井滋夫・不動産侵奪罪等に関する規定の立法経過と問題点、警察学論集一三巻六号八八頁注（7））、このことは文語体で制定公布された刑法二六二条ノ二の条文自体には痕跡を残していないが、その解釈適用に当つては十分考慮に価するものと考える。

さらにこの説は、別の角度から支持されている（註釈刑法六巻六一九頁）。その説くところによると、境界標を損壊、移動、除去した場合にも境界毀損罪が成立するためにはなお境界の認識を不能ならしめる典型的な行為であるため境界の認識を不能ならしめるという要件が比較的ゆるやかに解されることとなり、その影響が「その他の方法」による境界毀損罪の成否を論ずる場合にも現われ、「その他の方法」という漠然たる行為形態による境界毀損罪の場合に特に効用を発揮すべき境界の認識を不能ならしめるという要件がその効用を発揮しなくなるおそれがあるので、境界標を損壊、移動、除去することによる境界毀損罪の場合には境界の認識を不能ならしめるという要件を特に必要としないこととすべきである、というのである。

このように境界標を損壊した場合にはそれだけで境界毀損罪が成立し、特に境界の認識を不能ならしめたかどうかを問わないとすれば、境界標の軽微な損壊まで境界毀損罪に問われる危険があるとの疑念が抱かれるかも知れないが、それは損壊という行為を立法目的に即し合理的に解することによつて解決することが可能であり、かつ、その方が妥当であるとするのである（前掲注釈刑法第六巻参照）。

次に、仮に所論のごとく境界標を損壊、移動、除去した場合にも境界の認識を不能ならしめる結果の発生を要すると解するとしても、被告人の所為はまさに境界標を損壊して境界を認識不能ならしめたものに当たると解すべきものである。すなわち、境界を認識不能ならしめるといつても絶対的に不能ならしめることを要するものではなく、社会通念に照らし、境界が境界標として認識することができないようになつたと考えられる状態に達すれば足りるのであつて、本件を見るに被告人は境界標として打ち込まれた長さ約一米、直径数糎の有刺鉄線で連結された杭三二本をことごとく地表すれすれのとこから切り倒したのであつて、一度大雨が降りあるいは雑草が生い茂れば、境界の認識が殆んど不可能になることは明らかである。かような場合こそ法が予想した境界毀損罪の典型的な場合の一つであつて第一審判決が「もつて境界標を損壊して右土地の境界を認識できないようにし」と判示し、第二審判決も「右土地の境界を認識することができないようにしたこと」を肯認しているのはこの趣旨とも解せられる。従つて境界標たる標を切断した時点において杭の根元が地上から認識しうる状態にあつたというだけで、境界の認識を不能ならしめたということはできないとする所論には賛同し得ないのである。

なお仮に、被告人の杭切断の所為が境界毀損罪を構成しないとしても、器物損壊罪を構成することは明らかであり、被害者の告訴もあることであるから、被告人の刑事責任が無に帰するものでないことはもちろんである。

次に、弁護人は、第一審判示第二の器物毀棄の点につき枯死した苗木の如きは器物損壊罪の対象にならないと主張するのであるが、植物は生育中のものでなければ器物損壊罪の対象にならないものではなく、また仮に本件の場合枯死した苗木は