である。しかし、右判例は昭和三二年一一月二七日言渡の大法廷判決（昭和二六年(れ)第一四五二号、刑集一一巻一二号三一一三頁）によつて変更されたものであるから、所論判例違反の主張は刑訴四〇五条三号の上告理由として不適法である。なお、論旨引用の昭和一六年一〇月六日言渡の大審院判例は、法人が業務主体である事案につき、いわゆる転嫁罰規定たる旧職業紹介法一一条一二条の適用に関するもので、業務主体が自然人たる人である場合につき、両罰規定たる所得税法七二条一項の適用に関する本件とは事案を異にし、不適切と認められるから、右判例違反の主張は前提を欠き適法な上告理由に当らない。

同第一点その余の論旨および弁護人定塚道雄の上告趣意補充書（二通）による上告趣意について。

所論は、先づ所得税法七二条一項に関する原判決の法律解釈は法条の文言を無視し、立法者の意思を離れた誤れる解釈で、罪刑法定の原則を定めた憲法三一条に違反すると非難する。しかし、前掲大法廷判例の趣旨に徴すれば、所得税法七二条一項による事業主たる人の刑事責任の本質は過失責任であつて、同条はその過失を推定した規定と解するのが相当であり、原判決もこれと同趣旨に出ており、その法律解釈は相当であつて、これに所論のように不当な解釈があるとは認められない。所論違憲の主張はその前提において失当である。そして右規定による事業主たる人に対する処罰の根拠を過失責任と解すべきである以上、この解釈と反対の見解をとり、右規定を事業主の無過失責任を定めた規定と解し、それが刑法の責任理論に反する無効の規定であるとして、同条項の適用により被告人荻布の処罰を肯認した原判決の違憲をいう所論もまたその前提において失当であつて採用できない。さらに、所論は、原判決は右被告人に対し証拠に基づかず、単なる推定によつて処罰することを肯認したもので、右は証拠裁判の原則を定めた刑訴三一七条に違反し、ひいては適法手続を保障した憲法三一条に違反すると主張する。しかし、原判決は従業者たる被告人守越の本件所得税法違反の犯罪事実を証拠に基づいて確定し、これを基礎として被告人荻布の事業主としての過失を適法に推定して同被告人の刑事責任を問うておるものであり、

その推定が合理的根拠に立つ以上、所論のように証拠によらず有罪を認定したといえないことは勿論である。したがつて、所論刑訴法違反の主張は理由がなく、所論違憲の主張は、その前提において失当であつて採用できない。

同趣意第二、第三点について。

所論は、事実誤認、訴訟法違反および量刑不当の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三九年三月三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　石坂修一
裁判官　五鬼上堅磐
裁判官　横田正俊
裁判官　柏原語六
裁判官　田中二郎

弁護人定塚道雄、同定塚脩の上告趣意

第一点　判例違反

原判決「控訴趣意第三点について。」以下の記載は、刑事訴訟法第四〇五条第三号の判例と相反する判断をしたこと、に該当する。

左記大審院判例（判例集二〇巻二四号七一三頁以下）は、本件の所得税法七二条一項と全然同一文言なる国家総動員法四八条に関するものであるが、両罰規定に関するこの判例は現在までくり返えされ、維持せられてこそいるが、絶対に変更せられていない両罰規定判例であると共に、両罰規定の前記条文についての当然自明の解釈を示しているものである。

昭和一六年一二月一八日大審院第二刑事部判決、破毀、大審院判例集二〇巻二四号七一三頁

按スルニ国家総動員法第四十八条ニ依リ従業員ヵ同条列挙諸法条ノ違反行為ヲ為シタル結果其ノ主人カ処罰セラルル場合ニ在リテハ該違反行為ノ遂行ニ付主人ノ行為乃至意思ハ何等介入セス単ニ行為タル従業員ノ違反行為ニ付主人トシテ従業員ト同一罪責ノ下ニ処罰セラルルモノナルコト同条ノ法意ニ照シ疑ヲ存セス

右の判例は、犯行につき主人（荻布一郎）の行為乃至意思は少しも介入しないもので、単に、直ちに行為者たる従業員、使用人（守越七蔵）の違反行為につき、主人（荻布一郎）として同一罪責を生ずる法意なれば、処罰法条も従業員使用人（守越七蔵）と同一法条によるほかないものである、と言つているのである。

しかるに原判決は、

被告人　荻布一郎
同　守越七蔵

『よつて考察するに、所得税法第七十二条第一項は事業主たる人の代理人、使用人その他の従業者が同法第六十九条等に違反した行為に対し、事業主に右行為者等の選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽さなかつた過失の存在を推定した規定と解するのが相当であるから、両罰規定をもつて、故意過失もない事業主をして他人の行為に対し刑責を負わしめたもので刑法理論上許されないものであるとの前提に立脚する所論は、その前提において既に失当である。のみならず、事業主たる被告人荻布一郎において、被告人守越七蔵の本件所得税逋脱行為に対し、事業主として右守越七蔵の選任監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽したことを認めるに足る証拠がなく、従つて被告人荻布一郎もまた刑責を免れえないことについては既に説示のとおりであるから所得税法第七十二条を適用して被告人荻布一郎を処罰した原判決には、いずれにしても所論の如き違法は存しない。それ故論旨は理由がない。』

と言い、過失責任を定めたものであると判示している。そして主人荻布一郎は過失責任規定による処罰がなさるべきであるとする。ところが、第一審判決は、過失責任の処罰はしていないで、前示判例その他多数判例の通り、無過失刑事責任を科していること明らかである。また、原判決の見解に従い刑事過失責任とするならば、刑法三八条一項、

罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス

の特別規定がなければならぬのである。しかるに、所得税法七二条の如き両罰規定を以つて過失犯処罰の特別規定とみることは全く不可能である。前記判例は、これら両罰規定は、過失刑事責任をみとめた特別規定でないのみならず、犯意故意の存在を要求する刑法三八条一項と全く関するところがない法規であると言つているのであり、それが正当な法意であると断じているのである。

原判決は前示の如く過失推定規定であるといつているけれども所得税法七二条は、「法人の代表者（第一条第六項に規定する法人でない社団又は財団の管理人を含む）又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は

人の業務又は財産に関して第六十九条乃至第七十条の違反行為をなしたときは、その行為者を罰する外、その法人又は人に対し、各本条の罰金刑を科する」（第一項）と規定しているのであつて、これを本件の如く個人であつて法人に関連しない場合についていうと、右七二条一項は、

「人の代理人、使用人その他の従業者が、その人の業務又は財産に関して第六十九条等の違反行為をなしたときは、その行為者を罰する外、その人に対し、各本条の罰金刑を科する」

となる。すなわち、「荻布一郎の使用人守越七蔵が、荻布一郎の業務又は財産に関して第六九条の違反行為をなしたときは、その行為者守越七蔵を罰する外、荻布一郎に対し、各本条の罰金刑を科する」となる。

判例の解釈は、一応右法文の解釈をすなおに表明したものとするほかないであろう。

ひるがえつて、原判決は簡単に過失責任と断定するけれどもそもそも、過失というもの、原判決を引用すれば、「違反行為を防止するために必要な注意をつくさなかつた過失の存在」「事業主として……必要な注意」という必要な注意というものは、犯意、故意と同じく自然人の心理作用であつて、自然人以外にはこれを有し得ない心理過程、心理作用、心理そのものなのである。しかるに、すべてのあらゆる両罰規定は、「人」のほかに「法人」を規定している。法人には心理も心理作用もない。心理過程のない法人に心理作用を推定することは不可能で心理がないということを知りながら、推定し、推定に基いて処罰するという結果になる。そんなことが許される道理がない。

この一点からみても法解釈を誤つていること明らかといえよう。本件は、たまたま心理作用を有する「人」すなわち自然人荻布一郎の場合であつたから、原判決を読んで不自然と感じないで読みすごす人があつたとしても、一般には、法人処罰の問題であり、ここに思い及ぶならば、原判決の判例違反は明々白々となる。所得税法七二条は、決して選任監督につき権限を有する法人の機関たる個人の刑事責任を規定したものではなく、法人そのものの処罰を規定したものである。

「人」の場合のみ過失責任で、「法人」の場合は然らずというならば、それは、法条の無理無態な、勝手な解釈といわねばならぬ。

日本国憲法の条項は、明確に罪刑法定を厳守すべきことを命じている。今日のわが国民の自由は、これら憲法条項によって存在している。いやしくも、人を刑罰に処せんとするに当つては、厳格に法条に基かねばならぬ。原判決の解釈は、法条の文言を勝手に無視している。立法者の意思からほしいまゝにはなれ、法律の根拠なくして刑罰を創造できるという、危険な思想を現わしている。無罪の方向に対してならとに角、有罪の方向に対して法文に根拠のない、ほしいまゝの解釈は絶対に許されないと思うが、いかゞであろうか。判例違反と同時に憲法違反を主張する所以である。

なお、附記したいのは、本件は行政罰に関するものではなく、刑罰に関するものであること、行政法の問題でなく、刑法の問題であること、刑法総則すなわち刑法三八条一項の適用あることである。刑罰である以上、刑法学者の所説によるならば重大な誤りと危険におち入る性質の問題である。本件の如き、仮りに両罰規定による処罰の必要あるものとするならば、（私は絶対に処罰の必要なしと断言する、断言できる）、行政法上の秩序罰を規定し、刑法総則や憲法規定と関係なく問題の解決をはかるべきである、という所論があり得るであろう。これは、刑法から行政法へ移すべし、刑罰から秩序罰へ移すべしという完全な立法論であつて、この際採り得ないものである。本件は刑事事件であり、刑法九条の刑罰を科するや否やのみで、所得税法七二条は刑罰を規定した特別刑法で、刑法総則の支配を受けるという、厳たる客観的事実を前提として、問題とされるのみである。

原判決は荻布一郎を過失推定規定によつて処罰したと主張するのであり、第一審判決も推定規定により刑罰を科したものだというのである。すなわち、荻布一郎は推定規定があるから、証拠なくして処罰し得ると断定している。しかしながら、全く刑事訴訟法に則らないで判決することは憲法違反である。憲法三一条の

「法律の定める手続によらなければ刑罰を科せられない」との規定に違反している。憲法三一条に含まれる大原則として、刑事訴訟法三一七条は、「事実の認定は、証拠による」と定めているが、原判決は、推定による処罰を肯認し、証拠なくして荻布一郎を処罰してよいとしているので、この法条に反し右憲法三一条の解釈を誤り所得税法七二条の如き何ら証拠裁判主義の例外とならないものを例外なりと解釈して、証拠によらない有罪判決を行つている。右刑訴三一七条の如きは、裁判の公正を確保するのに本質的と考えられる重要な規定で、従つてこれは憲法三一条の違反となると解すべきである（平野、一七〇頁、高田卓爾、刑事訴訟法五六六頁以下）。反証をあげない限り有罪の推定をする、反証をあげないから、証拠がないけれども有罪とする推定がある、という。刑事司法においては全く容認されない理論ではなかろうか。この場合民法その他の私法や行政法をもつてくることは、憲法、刑事法の強く拒否するところである。

従来の判例はこれと異り、大審院判例によれば、両罰規定というものは「株式会社ノ代表取締役カ会社ノ業務ニ関シ会社従業員ノ為シタル同法違反行為ニ付テハ自己ノ指揮ニ出テタルト否トヲ問ハス其ノ罪責ヲ免レサル趣旨ナリト解スヘキモノトス」（昭和一六年一〇月六日大審院第二刑事部判決、法律新報（集）八輯三六号一二二頁）とし、刑事未成年の事業主（人）も、従業者の行為につき両罰規定の責任を負う（昭和一三年九月三〇日刑事局長回答）ものとしているのであつて、原判決のいうように、事業主に選任、監督（刑事未成年者にはできない）や、犯罪防止（右判例の指揮を要する）のできることが前提となつている規定ではない。原判決が従前の判例に反するものであり、法文を無視したものであり、憲法と刑事訴訟法に反するものであることは明らかである。

第二点　原判決には刑事訴訟法四一一条第三号の判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があつて原判決を破毀しなければ著しく正義に反する。

原判決は、控訴審において当弁護人が、

「被告人荻布一郎の昭和二十七年分の所得は三十四万九千三百五十六円あつて、前年よりの繰越損失金百五十五万七千四百八十八円を合算すると、百二十万八千百三十二円の損失になり、また、昭和二十八年分の所得は全くなく、却つて十万五千三百八十二円の欠損であつたにも拘らず、原判決は昭和二十七年分の所得を五百四十六万六千四百八十九円、昭和二十八年分の所得を百六十二万八千二百七十八円とそれぞれ認定しているが、右は全く根拠がなく甚しい事実の誤認である。即ち、絹織物業界は他の繊維と異なり、昭和二十年の終戦当時から昭和三十年頃までの十年間にわたり終始不況をつづけ、昭和二十七年には極度の不況のため同業者中倒産転廃業するものが続出する状態にあつたのに、被告人荻布一郎の経営する機業場に関してのみ前記の如き収益が生じたということは極めて不合理不自然である。これは、昭和二十七年末に数年前から保有していた簿外糸が突然収益の変形とみなされたため、昭和二十七年だけ収益が生じたことになつて了つたものと思われるが、もともと右の簿外糸は昭和十八年企業整備令により荻布機業場が一部転廃を命じられて高岡市中川所在の中川工場を閉鎖した際、現存の同市中島町所在の中島工場に引き継いだものであつて、昭和二十七年及び昭和二十八年の収益ないし所得とは無関係のものなのである。」

と主張したと記載しながら、これに対し、何らの判断をしない、理由を示さずに第一審判決を容認した。

本件は所得税法違反であつて、納税者荻布一郎に昭和二七年分と昭和二八年分の所得があつたか、なかつたか、問題はそれだけである。それだけにつきるのである。絹織物業界は、右昭和二七年二八年を含む昭和二〇年から昭和三〇年までの不況をつゞけ、どの業者も収益なく従つて所得税を納めていない。荻布一郎も同様である。しかるに、国税局のいう通りとすると、荻布一郎は昭和二一年に収益なく、昭和二二年に収益なく、昭和二三年に収益なく、昭和二四年に収益なく、昭和二五年に収益なく、昭和二六年に収益なく、昭和二七年に突如収益あり、昭和二八年に僅少の収益あり、昭和二九年に収益なく、昭和三〇年に収益なし、というのが正しい、ということになる。これは非常に不自然で、あり得ないことで

あり、殊に皮肉なことには昭和二七年は極度の不況で同業者中倒産者続出し、他の後援ある者多少の資力ある者も転廃業により危機を辛うじて免れる有様で、荻布一郎にのみ収益のある状況は全くなかつた。荻布一郎が他の同業者と異り何らかの収益があり得る状況があれば別であるが、それは全くなかつた。倒産を奇蹟的に免れたのみで、老朽設備のため転廃業も不可能であつた。以上の凡てにつき、法廷に十分な証拠が現われて居り、これを否定する証拠は一つもない。皆無である。然るに、原判決はこのことに一言もふれようとせず、一点の判断も示さない。ことは、荻布一郎に昭和二七年昭和二八年に所得があつたか、収益があつたかの一点にかかつているのに、それに対しては、完全に逃げて何も判断しないのである。

そして、弁護人が、どうしてこんな間違いが起つたかをしま憶測して、それは荻布機業場にあつた原料糸の数量が多いとみられて、収益の証拠はないが、収益を糸の形で存在せしめたとかんぐられているのではなかろうか、との案を出し、それならば、(1)それは幾何の糸量であつたか、(2)何故そのような糸量であつたか、この二点が明らかになれば、無罪の心証が得られるのではなかろうか、と申出たのを、ことごとく逆手にとつてしまつたのである。機業場で断えず動く糸量を争つてみても決らないから、(1)については、国税局（検察）の自分でした実地看貫、実地棚卸の数量を被告側も認めて、その上で脱税でないことを立証してみせる、と言つて審理を進め、検察の希望で鑑定となり、藤岡鑑定書は脱税なしとの鑑定を出したのに、検察側は反対の鑑定書も出さず、反対の鑑定人も申請せず、今更になつて、国税局の看貫を信用せずと、自ら提出した証拠から逃げるのである。(2)の点についても、中川工場が法令により閉鎖されたときに、法令により、官の措置によつて中島工場へ引渡された糸であることを明確に立証したのに、原判決はこれに対する判断として昭和一八年に入荷取得したこの糸量を、昭和二七年に取得したものとして所得の申告をせよという。無理な話である。原判決は昭和二七年の収益、取得でないものを、昭和二七年の収益、所得であつたと虚偽の申告をし、昭和二七年の所得税を納付す

べきであると書いている。昭和二七年の所得がないから、ないと申告したのが、どうして詐偽または不正の方法により脱税したことになるのか、全く理解に苦しむ事実誤認である。

原料費について。原判決は全く会計原則を無視した。しかも無視したことに自ら気付かず、特に会計原則を無視したものでないと言っている。全く驚くべきものである。

㈠ 荻布機業場は、昭和十年高岡市中島町三七番地において織機一〇〇台をもって発足し、昭和十三年高岡市中川一〇番地に織機二〇〇台の工場を増設した。しかるところ、昭和十八年企業整備令によって、右中川一〇番地の工場が転廃業を命ぜられたので、やむを得ず同工場を整理し、機械類は屑鉄として供出し、原糸、仕掛糸等は中島町三七番地の現工場へ引き継いだ。この時に引継がれた原糸、仕掛は合計約二百二、三十貫であるが、これがその後ずっと、荻布機業場の、いわゆる簿外糸として存在して来たのである。これは、その後荻布機業場における「含み資産」となっているのであるが、かゝる「含み資産」の存在は商法講学上秘密準備金といわれるものに類似し、商法上は企業の健全化の見地から是認せらるべきもの、むしろ、企業安定のためには或程度奨励さるべきものとして取扱われていることは周知のとおりである。荻布機業場においても、この簿外糸の存在が、前記大不況の際に損失にあえぎながらも倒産をくいとめるのに役立つたのである。

㈡ 然らば、かかる簿外分（含み資産）の存在は、税法の立場から、年間損益を計算する上においていかなる影響を与えるか。何の影響もないのである。以前から継続して存在する簿外分の存在は、年間の損益計算の上には全く影響しない。すなわち、原料費計算は、年間の買入原糸と期首の在庫とを加えたものから、期末の在庫を差引くことによって得られるものであるところ、期首と期末に同量の簿外分が存在しても、それらは差引されて原料費としては全く変らない数値が得られるのである。仮りに期末在庫をA、期首在庫をC とし、原料費をM、期首、期末を通じて存在する簿外分をPとするならば、簿外分を計算に入れない場合の算式は、

$$M=\frac{B+C-A}{\text{（正しい原料費）}}$$

であり、簿外分を計算に入れた場合の計算は、

$$M=B+(C+P)-(A+P)=\frac{B+C-A}{\text{（正しい原料費）}}$$

となって、全く同一結果となる。

しかるに、この簿外分を従来は計算に入れないでいるのに或る年の期末あるいは期首のみに突如として計上することとすると、正しい原料費計算が狂ってくることとなる。

本件原判決並に検察官の主張するところは、まさにこの「狂った計算方法」によったものである。すなわち、特定の一時期のみにおいて簿外の一部を算入した数値を用いるという誤った方法をとったために、或年度には突如として莫大な利益計算となり、その前年或いは翌年には損失計算となる、というような不合理な結論を導き出すに至ったものである。これが、大きな誤りであることは言うまでもない。例えば、期末には簿外分を算入しない帳簿棚卸によって在庫量を算出し、期首には簿外分を算入した実地棚卸（その他簿外分を含む資料）によって在庫量を算出すれば、前記の算式は、

$$M=B+(C+P)-A=B+C-A+P \quad \text{（Pだけ狂った原料費）}$$

となって、その年間の正しい原料費は得られないこととなる。

㈢ 機業場においては、期首、期末等一時期の在庫原料は、或いは原糸の形で、或いは仕掛品の形で存在する。そこで原糸、仕掛品を合算した重量で考えるのがもっとも適当である。

金沢国税局係員は、昭和二九年八月二四日突然荻布機業場に臨み、荻布機業場の在庫について精密なる実然棚卸を実行した（これは実地棚卸であるから、もちろん簿外分も全部算入される）。この実地棚卸の結果、

原料在庫量　二九五貫

であつた。この数字は、昭和二九年八月二四日当日の在庫実量として他のいかなる資料によつても動かし得ない数量である。原告の帳簿から算出される当日の在庫原料は

六八貫

であつた。従つて、右二九五貫と六八貫の差額二二七貫が当日における「簿外分」である。前記のとおり、荻布機業場では昭和十八年中川工場閉鎖当時からずつと継続して二百二、三十貫の簿外糸が存在したのであるが、昭和二九年八月二四日金沢国税局係員が実地棚卸をしたときまで、そのまゝ簿外として残存し、その数量は二二七貫であることが明瞭となつた。この二二七貫は、もちろん昭和二六年、二七年、二八年の各期首並に期末にも引続いて存在した。

	荻布帳簿上の量	実量	国税局の算出量
昭和二六年期首	九八六貫	一、二一三貫	九八六貫
昭和二六年期末（二七年期首）	三九七貫	六二四貫	五八四貫
昭和二七年期末（二八年期首）	八二貫	三〇九貫	三四九貫
昭和二八年期末	一三八貫	三六五貫	五二〇貫
昭和二九・八・二四	六八貫	二九五貫	二九五貫（貫以下切捨）

各年度の（帳簿上の原料在庫量」並に「在建庫料実量」はそれぞれ右上段、中段のとおりであるところ、国税局の算出量（右表下段）は、或る時には帳簿上の量をとり、或る時には実量をとり、また或る時にはそのどちらでもない量を

認定している。現実には簿外分が同量ずつ継続して存在しているから、前述の如く、年間の損益計算上簿外分を含めて計算しても除いて計算しても変りがない、すなわち、右表の「実量」によつて損益計算をするのがもつとも正当であるが、右表の「帳簿上の量」によつても全く同一の結果となるので、荻布一郎が「帳簿上の量」によつてなした計算すなわち申告は完全に正しいものである。しかるに、金沢国税局の計算のみは、その時々に応じて実量をとつたり帳簿量をとつたりしているものであつて、かくては「狂つた計算」以外の何物をも得られないのである。金沢国税局の計算は「狂つた計算」であるという所以である。或る時点において実量をとるならば、撤底的に終始実量をとらなければならない。そうすれば正当な計算が出る。また、或る時点において帳簿上の量をとるならば、終始帳簿上の量をとらなければならない。これが会計原則の第一歩である。しかし、過去の各年末における実際の量は後からこれを量ることはできない。一つか二つの時期における実際の量は或いは棚卸表とかその他の資料から得られるかも知れないが、全期にわたつて実量が得られないならば、その棚卸表等他の資料はも早や一つも使うことが許されないのである。これが会計原則の示すところなのである。蓋し、その一つ一つは或は正確な量を示しているかも知れない。にもかかわらずそれを使うと「狂つた計算」しか出て来ないからである。それは、正確な損益計算を示さないからである。どうしても実量で計算したいなら用いてはならない資料は捨てて、実地棚卸による動かない実量だけを根拠にすべきものであることを藤岡鑑定は喝破しているのである。

原判決は、「十分信頼するに足る昭和二七年度棚卸表（前同号の証第三十二号）が存する以上、これを昭和二七年分の原料費算出の基礎とした措置は当然であつて、これを目して会計原則を無視したものとはいえない。」と判示して、会計原則の示すところを全く理解していないことを曝露している。言うところの昭和二七年度棚卸表（昭和二七年末一期だけのもの）が、仮りに信頼すべきものであればある程（すなわち、それが昭和二七年末の「実量」を示しているも

のとすればますます）これは使用し得ない資料となるのである。何となれば、昭和二七年始の量については、右棚卸表によつたと同様の信頼すべき資料もなく、昭和二六年末、昭和二五年末、昭和二五年始にそれぞれ、右棚卸表と同一の価値を有するものが存在しない以上、右昭和二七年末のみの「実量」を示す棚卸表は原料費計算の資料として使用し得ないのである。これを使用することを会計原則は許さないのである。もちろん、このような棚卸表が財産税（一時点における財産の存在に対して課せられる）算出のためには、絶対の資料となろう。が、所得計算上は、使用してはならない資料となる。これを使用し、これを原料費算出の基礎とすることは明らかに会計原則に反する。原判決は、全く反対のことを大胆に言い切つた全く驚くべきものである。

他の繊維と異り、絹織物に関しては昭和二〇年の終戦当時から昭和三〇年頃までの一〇年間にわたり、終始不況をつゞけ、転廃業続出の状態で経過したことは業界周知の事実であり、凡ての日本人が常識として知つていることである。公知の事実で検察側原告官もこれを争つていない（第一、二審全記録参照）。この点レーヨンや人絹や、化繊や合繊とは全く異つた経過を示して居り、同じ天然繊維である綿ともまた異つている。この点は自明のことではあるが原審証人高瀬孝二、同大橋良作その他大多数の証人がふれているが、なかんづく右高瀬孝二が第一審公廷で明確に証言しているところであり、第一、二審の全証拠中これに反する資料は一つもない事項である。また、荻布機業場だけがその例外をなす特別事情があつたというようなことも第一、二審の全証拠中にその片りんもこれを見出すことができないのである。

以上の次第で荻布機業場は昭和二〇年から昭和三〇年以降に至る十余年の間、毎年欠損状態の所得税申告をしてきたのであつて、そして、それが承認せられていたのである。昭和二六年はもとより昭和二〇年、二一年、二二年、二三年、二四年、二五年と所得収益のないものが、昭和二七年、昭和二八年に至つて、突如として多大の所得（収益）があつたとい

う事情はどこにもなく、全然なく、想像の他の、あり得ない事項であり、原審の全証拠によつても、昭和二七年二八年に何らか収益のあつたことを少しでもうかがい知る資料は少しも存在しない。もとより、生糸業界が、昭和二七、二八年に好況に推移したこともなければ、他の同業者にして収益をあげ、所得税を納めたという事例も一つも存しない。いや、却つて、昭和二七年には極度の不況が進行し、同業者中倒産者があり、転廃業者あつたことは原審証拠中にあるが、特に一審証人高瀬孝二は生糸業界全般に関係し他の同種企業のことも述べて十分にこのことを証明している。

しかるに、一、二審判決は、何らの根きよもなく、昭和二七年分の所得は一六二万八二七八円であつたと認定した。絹織物業界一般の甚しい不況下において、終戦以来引つゞきあえぐような操業をつゞけているときに、昭和二七年に突如五四〇万という収益があることが、常識からみてもあり得ないことであり、不思議、不自然、不合理であることはさておき、昭和二八年になると突如一六〇万と少い数字になるのである。前記の通り昭和二七年二八年にこのような収益を推定させるような業界の動きは全くないのみならず、昭和二七年五四〇万が翌年はまた急減しなければならずその前もあとも収益がないということは何のことであるか、そのこと自体不自然であるが、何故このような不自然が起つたか。検事が誤つて昭和二七年末に数年前からあつた簿外糸を突然収益の変形とみなしたために昭和二七年だけ収益が出てしまつた。起訴状も原判決もそのような金銭的収益があつたといつていない。荻布機業場に右金額に相当する原料糸が在庫（簿外糸）していたと主張するのであり、国税局が機業場を急襲査察、看貫（実地棚卸）した数量（原審証拠若宮証人二〇回公判調書54問、73問、二一回119問、大橋証言八回、二七回調書）を基礎として割出しているところが、被告側もこのような原料糸が簿外糸として存在することを承認した上で収益なしとしているのであつて、この糸は企業整備令によつて中川工場を廃業閉鎖せしめられたときに、官の命令と許可のもとに現在の中島工場に引つがれ、今日に至つたものであることを一審当初の公判で申述し立証しているのである。一審の野

村裁判官は、当初はそんなことがあるはづがないと考えたらしく、そんなことがあれば無罪だと称しつゝ当時の富山県関係官の取調べに入り、当時の資料の取集めを始めた。証人高瀬孝二は富山県絹人絹織物調整組合の事務長であり、幸いにも戦争中から引つゞき絹織物の統制調整、企業整備に従事して居り、当時の資料も法廷に提出することができた。かくして、野村裁判官の取調べにより遂一右の事実のあることが証明され順次公判廷に顕出された（高瀬証人の提出した書証参照）すなわち、同業多数工場、特に同一地方の同一規模の工場がほとんど廃業した中で、どうにか、操業をつゞけ得られたのみ。しかし、注意すべきは、この簿外糸は決して昭和二七年、二八年の所得や収益ではない。それとは関係がないことである。それが昭和二七年分の所得や収益ではないことである。糸という形の財産として昭和二七年ないし二八年に所得された収益が荻布機業場に存在したのではなく、前年、前々年から引つがれた糸であつて、昭和二七年も二八年も全く収益、所得がなかつたという真実である。この真実は左の各証拠によつて十分に証明されているにも拘らず、理由なくして、これを無視した原判決は甚だしい事実誤認を冒している。

イ　昭和二七年一月一日の実数（期首）

昭和一八年から保有した二二七貫の簿外があつたこと。

高瀬証言一一回（一審第一一回公判調書の略称以下同じ）二六回。

大橋証言二七回。

ロ　昭和二九年八月二四日の実数（期末）

昭和二九年八月二四日金沢国税局が被告工場において被告人側立会の下に実地棚卸をしたその数額で、

原糸　三二貫二三三匁、仕掛　二六三貫三三九匁

である。右は、

若宮証言二三回84、二一回119、二〇回54

大橋証言八回、二七回

に明らかであり、二九・八・二四付査察官宛大橋上申書に回収屑糸量と共に右数量を記載し署名捺印提出されている。

起訴状によれば、荻布機業場は昭和二七年に五四六万六四八九円の所得があつたことを証明すべき立場にある被告人弁護人の側としては、どうしてこんな細かい数字の金額所得が算出されているのかを知らしてもらわなくては、具体的にそういう所得のないこと、具体的にどこに誤解があるかを指摘できない。それで、一審では当初から、この起訴状の数字の主張の基礎を教えていたゞきたいとこい願い、口頭でいくら言つても無視されるので文書でまでも申入れた。しかるに、最後まで説明も回答もなかつた。具体的に数字を出していたゞければ、被告弁護側も具体的に一つづつ真実を明らかに解明できる。

荻布機業場は昭和一〇年高岡市中島町三七（高岡市南方）に織機一〇〇台を以つて発足した。その後昭和一三年に高岡市中川一〇（高岡市北方）に織機二〇〇台の工場を増設したが、昭和一八年に企業整備令により転廃を命ぜられ、機械類は屑鉄として供出し、原糸仕掛糸などは中島町の現工場に引つがれ今日に至つている。なお、中川一〇の転廃した工場は現在荻布建材工場となつている次第である。この中島の現機業場は本工場と分工場（近距りではあるが）に分れ、双方の設備は織機一〇〇台であるが、老朽のため、数台の使用不能のものが含まれている。撚糸機五二八〇錘、従業員約九〇名、製品は生糸を原料とする輸出本絹ジョーゼット・クレープをのみ専門に製造し、「オギノ」印商標登録をうけている。

右に述べた昭和一八年に転廃を命ぜられた中川工場の原材料を引ついだ時に発生した簿外糸（原糸及仕掛糸の合計で約二五〇貫見当）が本件誤解の発生、起訴の根源であります。簿外糸というのは文字通り帳簿に記入せられていない原糸仕掛糸のことで、この簿外を引つゞき保有する場合に、突然当該年分の収益や所得に見積られては、その年にありもしない

収益や所得が見積られてしまうことになります。すなわち、簿外を昭和一八年から引つゞき保有してきた場合に、工場に現存する糸量でたゞちに昭和二七年の収益を割出してはならぬのであつて、昭和二七年の期首と期末の現存糸量から、この簿外糸量を、期首期末とも差引くか、期首期末とも差加えるかしなければ、糸量を以つて昭和二七年の年間収益とみなすことはできません。期首には除外し、期末にのみ加えれば、年間欠損を生じた昭和二七年に、五四〇万というような大きな収益があつたという誤りを生ずることになる。簿外を期首期末に加えて計算しても結論は同一ですが、簿外を期首期末から差引く計算方法をとつたのは、昭和二七年分の正確な所得損益を算出するためにはどうしても必要なことをしたのみで、何ら脱税の目的でしたことではない。昭和二七年に初めてそうしたのではなく、昭和二五年も二六年も二九年も同様にして正しい計算、正しい申告をしているのであります。国税局は査察と実地棚卸の結果、これを昭和二七年度の収益と威ちがいしたところに本件の誤りが起つたのである。そして査察の際押収した書類の中に、係員が簿外を帳簿にのせる試案としてメモしていた書きつけを曲解して、正式帳簿にはない糸がある故、脱税だという誤りにおち入つたのである。

昭和二七年末についてみると、昭和二六年には約四〇〇万円の貸倒れ（売掛代金回収不能）に会い、不況で資金ぐりが窮迫してきたため、原料糸の買入れが手控えがちとなり、資金難に追われつゝ操業をつゞけるために現実にある簿外糸を使つていた。帳簿上は皆無に等しいのに糸があり操業がどうにかつゞいたということになり、簿外糸が非常時の役に立つていたという有様で、これを利益が上つたとみるのは全く実情と人情を無視した感覚からくる。このような簿外糸を昭和二七年分の収益の変形とゆがめて解釈したために、実際は欠損の昭和二七年分に五四〇万という大へんな収益、所得があつたことになり、不自然にも、昭和二八年にはまた全然収益、所得がないことになる。当然そうなる不自然をかくすため、守越の生糸清算取引益を昭和二八年の収益とし、昭和二八年も百万余円の収益ありとしたが、機業場としては、収益がなかつたことを認めざるをえず、これを認めている。しかも課税している。

1　被告人の所得税申告は正しい。

2　原料費に関し公正な立場で会計原則に基いてなされた藤岡鑑定人の鑑定書を正しいと見ざるを得ぬのに無視した原判決は採証の方法を誤つている。

右の通りであります。之を費目別に説明すれば、

A　原料費について

被告人の所得税申告は、

イ　申告の基礎が正しい――実地棚卸に合致している。

ロ　計数が合理的である――被告人上申書の通り。

鑑定書は、

イ　基礎を実地棚卸に置き実数を基としている。

ロ　公認会計士が感情をぬきにして公平に作つている。

ハ　計算方法は会計理論、会計原則にもとづいている。

ニ　若宮査察官及本多検察官から強く訂正を求められた鑑定人は公判廷で之を拒否し鑑定の真実を絶叫している。

そもそも原料費解明の根基は、期首及期末の実数が明らかになることによつて自ら明らかになるので原審の審理を顧みてこの二点を究明すれば次の通りであります。

a　期末の実数

本件における期末実数は幸い二九年八月二四日被告人側立会の下に国税局が被告工場において実施せる実地棚卸がある、その棚卸につき、

(1) 棚卸の実施存在は次の証拠で明らかである。

若宮証言　二十回54、73、二一回119

大橋証言　八回、二七回

大橋上申書二九・八・二四付査察官宛実地棚卸の結果の原糸、仕掛、回収屑糸量の数量確認の上記載し署名捺印して提出したるもの、この文書は重要であり、控訴審において提出命令を発せられ、押収せらるべきであつた。

(2) 実地棚卸の数額について。

原　糸　三二〇〆二三三匁

仕　掛　二六三〆三三九匁

回収屑　六〇二〆余

であつた。

右につき次の様な証拠がある。

若宮証言　二三回84、二一回119、二〇回54

大橋証言　八回、二七回

(3) 其の数額が間違いない。

イ (1)に述べた様に二九年八月二四日付で立会人大橋に数量の確認を求めた上、文書に記載せしめて上申書として徴して居る。

ロ 若宮は前項の如く証言で何度も此の数字を言つている。

ハ 若宮は「実地棚卸をするまでに荻布は糸を動かした」（二一回100、二二回29）と公判の終りに言い始めたがそ

の事自体が実地棚卸の正しいことを示すものである。即ち自らの手で実施した実地棚卸の数額は正しかつた事を確認した結果、その数額では脱税がなかつたことが証明されるために、当初の此実地棚卸のあつたことを極力秘匿し軽視しようとしたが次第にそれが不能とみるや、十五俵動かしたと新しい工夫をせねばならぬ破目に陥つたのである。

b 期首の実数

本件における期首とは二七年一月一日を言うが之の実数は確認されていないが左の証拠により二二七〆簿外を保有していた事は間違いない。（十八年から保有していた）

高瀬証言　十一回、二六回

大橋証言　二七回

簿外二二七〆（二七・一・一の）は二九年八月二四日の実地棚卸の数量に合致する。

この二二七〆に対し国税局は一八七〆（差四〇〆）というが根基は証第三二号（二七年度棚卸表と題する書面——大橋メモ）に扱つている。しかし、この三二号証は絶対に棚卸表でない。試案であり概況表にすぎず何ら実数を記したものではない。

若宮証言　二一回98

若宮作成「原糸関係消費過大計上による所得削減の実体説明書」便宜上「若宮計算書」と称す

別紙1、(1)

右ニテ三二号ニヨルコト及其ノ数字ヲ採上ゲテイルガ

大橋証言　八回

ニテ実数ヲ記シタモノデナク且期首ハ前任者カラノ引継デ直接知ラヌト言ツテイル。

若宮証言二二回212で、三二号証は試みに作つたものだというのか、の問に対し、「そうです」と答え、実数を記したものでない事を認めている。

計算上は、

期首227〆の簿外の場合に二九年八月二四日の実地棚卸に合致する。被告上申書の通り、鑑定書は227〆と187〆と両方の計算を示しているが187〆のものは不合理がある。

若宮作成の計算書は187〆を採用している為全く不合理なものとなり収支を合致させる為に糊付加算を加えたり、未回収屑量を適宜伸縮させてつじつまを合せているが計算としては全く出たら目なものとなつている。

二二回100—102, 194, 若宮二二回71—81、二四回増量未回収屑は根基はく弱なこと。

大橋証言　二七回20、21
高瀬証言　二六回34、35　増量はない
生糸検量証明書

以上の証こにより原料費について何らの不正がなく、申告通りが正しいことが判る。

1

二七年末の帳簿仕訳違いの件

前記期首からの簿外二二七〆（発生は一八年）の中一六〇〆余に関する二七年末の帳簿上の取扱は被告人の簿記知識の欠除によるもので何ら不正の存在しない事が明かである。即ち企業外資産を企業資産に投入したにすぎず、何ら損益には関係はない——二重仕入をやつて居れば問題であるが其の事実はない、従つて検察官冒頭陳述三の1(イ)は全く間違つている。

鑑定書　二のホ項
鑑定書　各年度消費原料糸の計算書、註2のイ後段
藤岡証言　二五回13、14
藤岡証言　二五回15、16、17、18、19
大橋証言　八回
若宮証言　二二回212、二一回98

2

屑糸帳（二号の一）の件

国税局が証拠と称する屑糸帳は、

イ　不用紙を用いた体さい——荻布では正規簿に不用紙を用いた事なし。

ロ　内容は全工程を記載して居らぬ。

ハ　本工場、分工場全部記載されていない。

ニ　発生量は最大一日で四〇〇匁、最小一日で七五匁と記載され、浮動の激甚さは常識上了解出来ない。

ホ　二号証一の作成者、作成要領は全く不明です。

ヘ　二九年八月二四日の実地棚卸の実数に合致しない。

以上により本証こそは一片の価値なきものである事が明らかである。

大橋証言　二七回17、八回41—43
鑑定書　発生屑の検討の項
鑑定書　別表Nの三(C)経営分析による検討の項

藤岡証言　二五回22

3　原糸受払票八枚（証一の一―八）の件

本証こにより国税局は二八年末に原糸十五俵を簿外として保有し、二九年八月二四日の実地棚卸までに工場外へ持出したものであるから二九年八月二四日の棚卸は本計算解明の基礎とならぬとし、更に二八年末には右十五俵を在庫せりとして計算している。

本証に関する国税局の主張は全くデッチ上げであることが次の諸証により明らかであります。

大橋証言　二七回1―14、36―38、42―43、44―56

同　八回29、36―38

此の証拠で、はつきり局の誤認ということが出来る。にも拘らず、十五俵を持出したという局主張についてみるに持出しとした根拠、10俵については一の七欄外に「本店」とあるを「本店へ」と記載されていると誤解を生ぜしめている。

若宮二〇回54、五俵については証言なし。

持出の場所、若宮二〇回54で本店と証言しながら、

同二一回108―111にてどことも現物は確認しておらぬ。

同二二回48―50　本店になし。

同二一回117　一〇俵は本店へ行つて居る。

同二三回169―171本店へは持出せぬ。

同二三回172―176場所の確認なし。

持出の時期、若宮二二回43　税務署員の調査日（二九・七・八―十）頃、其他之に関する若宮の証言は多数あるも二転三転し持出認定の根基、場所、時期、方法等何れも証言はくい違いを生じ、且、十五俵の現物について、全然確認しておらず。（事実がないからできるはずはない）

二二回42では之はどこまでも考察の問題として証言している。

更に若宮計算書では検番二三五二番五俵全部消費したことに記載しながら、なお且、一俵残ありという記載をしている。若宮二二回93―96

又同計算書は十五俵持出を前提として作成してある為前述の如く糊加算、末回収屑の不合理な計上をして無理な計算を行つている。

4　国税局の計算方法

国税局は誤つた根基によつて、しかも無理に所得を算出しようとする為に

1　会計原則を無視した計算をやつている。

帳簿棚卸と実地棚卸がある時は実地棚卸によるべし。

2　事業は継続しているから関連年度分――本件の場合は二九年八月二四日までの計算を示すべきであるに拘らず、二七年度の原料費を過少（所得大となる）に算出している不合理性を隠ぺいする為、二八年二九年の計算提示が不可能になつている。

鑑定書　二のイ後段

藤岡証言　二五回54―57、9、12

5　鑑定人に対する鑑定書の訂正申入の件

検察官、若宮査察官から鑑定人を検察庁へ呼び出し、或は自宅訪問して、鑑定書は国税局に不利だから訂正せよと強こうに申入れたが鑑定人は断こ拒否した事実。此の事は国税局側の不合理性、不当性を物語るものであると共に鑑定書の公平を表明するものである。

三四・五・一二付藤岡義丈より本多検事宛陳述書。

藤岡証言　二五回39、40

若宮　〃　二四回44―47

B　経費（機場用品費）について

此の科目の実体は

1　機場用品を実際に買い実名で、計上したもの

2　同　架名で計上したもの

3　接待費を実際に支出し架名で此の科目へ計上したもの

4　修繕費を実際に支出し同

であります。科目流用等の処理は個人企業の気安さ且経理知識の欠除によるに過ぎず、支出は実際に支出されたものに相違ありません。

イ　機場用品買入の架名処理について

一〇〇〇種類以上に及ぶ品目であるため当時統制の残滓が強く従つて其の買入は正規店以外、問屋の店員及ブローカーからの買入が相当大量でありました。此の様な人々は当時金沢市内だけでも七、八十名居り、其の取引方法は品物と代金つ引替という方法で行われ取引上（領収証、請求書等）自分の本名を出すことを極力きらい無理に書懸を求

めると架名の住所氏名を用いるのが実状でした。

大橋証言　八回、二七回

奥野証言　三二・九・四調書

ロ　修繕費の架名による計上について

老朽工場で補修を必要としたが、当時の営業状態から多大の出費が許されず姑的補修に止めた訳ですがそれだけに、後日外形的に工事施行が認め難く計算上従来しばしば、論争の対象となり且否認されていたのです。且この様に少しでも安くやろうと特殊の人にやらせたので、事務的に整つたものにならぬので、比較的口数の多い機場用品を流用し之に計上したものであります。

要堺証言　三二・九・四付調書

安養モータース商会領収証

ハ　接待費の架名による計上について

当時の繊維業界は一般に派手な飲食遊興等の接待をしていた事は世間周知の事で、荻布も大勢に順応しなければ現実の取引に支障を来すので支出した。勿論この様な支出ですから領収書の取れぬものがあつたが、支出はあくまで真実でした。

ニ　会計処理の実際について

前述、機業場用品、修理、接待の諸費用はすべて現金を必要としたのと、突然が多かつたのです。

機業場は御馬出支店との取引で毎月の資金くりは入金は全部手形であるため之を割引くか、信手による借入をせねばならぬ状態でした。そのため毎月の中途で支払うのは原糸代と小口雑件のみで他は一切月末払を原則としていたの

で当座の残金は〇に近い僅少なものしか残つて居りませんでした。山本証言二六回23及びその他の全問答

C　生糸清算取引益について

生糸清算取引は守越が石黒平吉名を以つてやつたものに相違ありませんが、判示は全く違つた所論を為して居ります。

証八号（二八年九月二二日付亀井より荻布宛書状）

内容に示す通り二九・九・二〇付日本経済新聞記載の記事に関する照会に対する返事で何等特殊のものは無く一般的の状況を知らせて来たものに過ぎない。

証二九号（二八・九・一五付荻布より亀井宛書面）

本状は荻布の特殊事情による糸代の遅延に関する陳謝と決済に不安なき旨（亀井織物部に債権――一、七五九、九七五円――あるに付万一の時は之と相殺も結構ですと申述べている）を連絡したものに過ぎず何等他意の無いものである。

証二九号証中の其他の書簡について

清算取引に関するもので荻布宛になつているものがあるとの事であるが此事については小松原証言で明らかな通り荻布気付石黒とすべきを御中とした事は誤りであり荻布へ宛てる意思のなかつた点を明らかにしています。

証二九号中守越より小松原宛書簡について

(1)　名宛の問題は前記の通り荻布気付とすべきものとの証言にて明らかなとおり、現に荻布気付石黒宛の書簡も存在することによつても充分了解出来得るはづである。

(2)　文中の主人を裁判官は荻布一郎と勝手に解しているのは明らかな誤りである。

裁判の様な固苦しい場合は別として日常荻布における主人とは宗太郎を指し一郎は若主人と呼称されている事は世間周知のとおりである。特に従業員で宗太郎時代からのものは全部宗太郎を主人（は常に内部では大将という）一郎を若主人（内部的には若大将という）と言い世間の人も同じ呼び方をしています。

亀井、小松原氏はしばしば来宅して居り一郎、宗太郎とその都度会つて居りますのでよく此の呼称を知つて居ります。（小松原以外の人も知つている）ますし彼自身も宗太郎、一郎に夫々御主人様、若主人様といつて話して居ります。

処で文中の主人は宗太郎であります。機業場の事務所は宗太郎の居宅と隣接（というよりは同一家屋の中の一部分である）しているので、宗太郎は食後の休けい時、其他一日に何度となく店へ顔を出し四方山話をして行くのが常です。一郎は中川に住居するため一日に一度来るだけ（然も二八、九年頃はあまり来なかつた）で建材工場に常住して居りました、現在も。

問題の守越が小松原へ電話をしていた時に壁間の戸をあけて入つて来たのは外ならぬ宗太郎です、そして手紙の通りの事を注意したのです、こんな訳で此点全く人違いでありその様に間違つた事を基に判断されたのではたまつたものではありません。

判示一審(2)において裁判官は守越から小松原宛書翰中の「主人」を荻布一郎と誤断している事については上述の通りであるが、此の事については、検察官調書（守越訊問第六回目昭和三一・二・二五日）の第二項に、「今お示しの私から亀井株式会社の小松原宛の書翰の中に私が此の石黒名の流用をするについて荻布の主人に了解を得た様な文言が書いてありますが、其の手紙の中の主人というのは荻布宗太郎さんの事であります……」とはつきり説明されて居ります、此点からも裁判官の誤断ということが明りようであります。

又査察官調書（守越第十回、昭和二九・一〇・二三）の十二問答に

問　此の手紙の中にある主人とは誰ですか。

答　それは多分、宗太郎さんであつたと思います。しかし、機業場の事ですから第一段階としては当然一郎さんに話していると思います。

とあります、之からしても守越は当初から文中の主人は宗太郎なりと陳述していることが、はつきり致します。

(3) 守越は前述の通りで此時一郎とは会つて居りません、宗太郎からは取引の基本契約を尊重すべき事につき注告を受けましたが命令ではありません。

守越は、石黒c/aの六〇万余を代金の一部に充当して居りません、手紙にも示してある通り「従而石黒a/c分はあくまでそのまま存置していただき、実質御流用願い度いのです……決して振替等の処理をなさらぬ様に……」で決済するまでの見返りとして実質流用願つただけで充当していません。それは所有主が異るからであります。

次に判示は被告人荻布一郎の別途預金より其の残金を……といつているが別途預金という如何にも隠し預金の様な印象を受けますが之は御馬出支店の機業場の当座預金から支払はれているものであります。

(4) 清算取引益を生糸代の決済に充当する事を一郎と相談し其の承認を得たと判示しているが、此事については前記(3)及(2)で記載のとおり、守越は自分の清算益金を荻布機業場の生糸代一部遅延の見返りとして流用を申出てこそ居れ、決済に充当はして居らない事は明確であります。又此の様な資金操作については一郎とは全然相談して居らぬことは前記のとおりです。従つて一郎は清算取引に関係なしと解すべきであるのに原判決はこの事実を認めながら、理由なく一郎の取引と強弁するという甚しい誤解をしているものであります。

(5) 一郎は使用人の財産を借用する様な事の無い事は一審判示の通りであるが、本件に於ては前述の通り一郎とは一回も話合つた事が無く、宗太郎と話合つただけ（注告を受けたというべき）であり、然も守越が職務の責任上、貸倒による資金繰の窮迫に伴い自己の財産を一時流用願つただけの事（貸借では無く守越の債権を見返りとして糸代金決済の一時延期）であります。

(5) 一郎は当時営業資金以外の預金は全然ありません。宗太郎なら相当のものを有して居りました事は山本証言でも明らかな通りです。この様にはつきりしているにも拘らず、判示は宗太郎のものを一郎のものと誤認して居ります。

機業場は当時資金繰が窮くつだつた事は諸証の明示する通りであります。又機業場としては、係員が職責上自発的の発意に対して之を受け入れたとしても何ら異とすべき事でありません、即ち係員が自己の職務遂行の為にやる行為だからです、然もそれは、私有財産の無償譲与ではなく、債務延期の為に遊休債権を一時見返りとして提供しただけの事である。

(6) 守越は将来も石黒a/cによる清算取引を企図していたので、其の計画に変更が無い限り口座を其のまま存続する様、小松原宛に申し送つた事は何ら異とするに足らない。其の守越の企図を荻布機業場の営業上の一計画だと、妄断は事実誤認も甚だしく、何を根基としての妄断か全く奇怪である。

本件に於て論難されている守越の清算取引益金を見返として一時決済延期を願つた生糸代金については、其後完済され守越の清算益金は厳存して居ります。判示は事実誤認というか歪曲も甚だしいといわねばなりません。

原料費関係で検察官の冒頭陳述は間違であり且つ不合理であることは既述の諸点で明らかであり、特に鑑定人はそれが間違であり不合理である事を明確に証言している。

藤岡証言　一七回8、二五回29、10

原料費計算の根基は二九・八・二四の実地棚卸以外にないことが次の証こから明らかとなる。

鑑定書　二のイ理由2

藤岡証言　二五回31、47、10、一七回7
若宮　　二三回134にて自認している。
荻布は二七年、二八年でみずから所得を過大に算出しているという変な事になる。藤岡証言一七回20
原料費に於ける荻布の計算誤謬は脱税とは思わないという藤岡二五回28の証言があり書面がないものでも支出は支出であるという藤岡二五回37の証言にも留意されたい。また、銀行からみた二七、二八年頃の荻布機業場は赤字経営であったことは山本二六回37、43、31に明らかである。銀行から見た当時荻布機業場に預金余力なかつたことは、山本二六回23、31の証言がある。

鑑定人の本多検事宛の陳述書について

昭和三四年四月初旬藤岡鑑定人を富山検察庁へよび出し、若宮査察官から前後四時間半にわたり、さきに提出された鑑定書（昭和三三年九月二日付）につき、あれでは都合が悪いから国税局の希望通りに訂正してもらいたいとの申入あり、その後更に重ねて要求ありたるに付、鑑定人は昭和三四年五月二一日付を以つて鑑定は間違いなく、従つて訂正の意思なき旨を本多検察官宛に提出しております。

○昭和三四・五・二一付藤岡鑑定人より本多検察官宛陳述書。
○昭和三五・二・八藤岡証人の証言。

第三点　原判決は刑事訴訟法四一一条第二号の刑の量定が甚しく不当であつて、原判決を破毀しなければ著しく正義に反する場合にあたる。

現行税制の実際は、法による納税とはいえない。税法の通りに納税されていると目しうべき実態はない。裁量による納税であり、行政的に処理されている。税務行政として考えねばならぬ実状で、当局により適当に処理されている面が相当

に多いのである。国家予算も税法通りの納税額を予定して立てられているのではなく、税法通りの全額がもし徴収されたならば、非常に過大な歳入となつて予算の根本が狂つてくることは明らかである。税法通りの納税の何分の一かしか納税されないとみているからこそ、毎年自然増収税額五千億などというとんでもないことになつている次第と思われる。また、税法通りの納税が行われたとすれば、例外的に税法通り完納の傾向にある（社用的厚生費的な脱税も相当あるとしても）俸給生活者の源泉徴収税の税率などはもつと低く、各個人の源泉徴収額ははるか少額で済むことになるわけである。要するに行政による納税であり、話合いによる納税であり、全般的にみれば税務吏員の裁量に委されている納税である。運用がこのようであるからこそ、税法通り強行されたら成立たない事業、納税のための倒産が続出するはづの処を、そのような破綻を免れ、一種運用の妙で解決されているともいわねばならない実状であろう。そのため機械的に処理されている一部俸給生活者の課税は不公平に過重となつているとせねばならない。本件のような事業者の所得税納税においても、事は俸給生活者ほど単純でないので、税務署がすぐに荻布機業場の収益、所得を、確認しえなかつた事情はわかるのであり、よく判らない以上一応疑つてみることも当然ともいえる。かくして一応の疑いはかけられ、突然の査察とまでも発展したのであるが、その不意打の査察、押収の結果は何も脱税の確証がなかつたようなことになつてしまつた。そこで、普通ならば、納税者荻布一郎を対象として税務吏の裁量的話合いがはじまり、そこで税額を納税者荻布一郎も納得して納税するという順序をふみ、解決するはづである。荻布のような経過をたどつた納税問題も、九〇パーセント以上右のように解決され、刑事事件などにならないですんでいるといえる。行政による納税と申上げる所以である。しかるに本件においては、荻布側において実際欠損しているものを収益があつたとは何事かと、強く反ばつ的態度に出たために本件となつてしまつたものである。すなわち、話合いや裁量による納税であることを知らず、長い者にまかれることを知らず、生一本に激怒したために本件となつたもので、主観的には終始一貫正義心に燃えている被告である。このように、日本の税務行

政に対する無智と無収益で所得税納税義務なきことを明らかにする帳簿も整備されていないのに正直一本やりでふんまんをぶちまけるそのやり方のため悲境におち入つたのであることを考えると、そのために多大の重加算税をとられ、根きよのない重税を既に納め、非常な苦しみを受けているのに、更に原審の如き重い刑を科する必要はなく、酷に失するものと考える。以上、国税局側の感情から生じた事件であることも十分御明察を賜つていると考えるので、この点からも刑を軽くする必要は絶対的で、原判決の刑の量定は甚しく不当であると思料せざるを得ぬ。

荻布家は富山県における誰も知つている旧家、素封家であり戦前は多数の汽船、航洋船を所有し、莫大な資産があつたが、戦後財産税で資産を失つている。もとより名門、素封家で先祖以来未だかつて一度びも脱税の嫌疑などを受けた者の居ない家がらである。これらの点からも本件発生の経緯は推察できる、苦痛を察知しうる気の毒な事件である。

以　上

（昭和三十六年十月二十五日受理）

被告人　荻　布　一　郎

同　守　越　七　蔵

弁護人定塚道雄の上告趣意補充（その一）

業務主荻布一郎を何故処罰すべきではないか、処罰できないのであるが、その規定自体が無効ではないか、無効とするのが正当ではないか、その前提としてこのような規定の性質から検討したい。

このような業務主たる自然人の処罰規定があることは自明であるが、

1　非刑事責任説　業務責任の本質を如何に理解するかについては種々の見解が分かれるが、業務主責任を刑事責任ではないとする見解から、検討してみよう。この見解に属するものとして、ライヒ租税法の業務主の責任についてのべたフォン・リスト（Von Liszt）の「他人の犯罪のために負担する責任（Haftwng）」であつて、「刑罰ではなく税法上の理由によつて生ずる私法上の責任である」（Liszt, Lehrbuch des Dewtschen Strafrechts, 13~14, Aufl., S. 250）とする見解や、リスト・シュミツト（Liszt-Schmidt）やゴルトシュミツトらによつて主張された「他人の行為に対する公法上の責任」（Liszt-Schmidt Lehrbuch des Dewtschen Strafrechts, Bd. 1. 26. Aufl., S. 369. Anm 121 Goldschnsidt, Deliktsobligationen des Verwaltungssechts, 1905, S. 237.）であるとする見解があり、わが国では、一部の大審院判例や亀川氏が行政処分ないし保安処分であるとする見解を主張している。（大判昭和一五・九・二一、法律新聞四六二九号、亀川・司法協会雑誌二三巻七号六五七頁）。代理人や被傭者などの行為は、たとい、その行為の実質的な経済上の効果が業務主に帰属するものであつても、刑法上は業務主の行為とはみとめられない。ところで、他人の犯罪行為によつて刑罰を科せられないというのは近代刑法の大原則である。そこで、業務主の責任は、刑事責任ではないとするのであろ

う。

近代刑法の大原則である責任主義の原則に忠実であろうとする意図はよくわかる。しかし、わが国の業務主責任については、法はあくまでも、罰金、科料という刑罰の形式を採用しているのである。佐伯博士のいわれるように、「法律が特に刑罰という形式を選んで用いたという事実の含蓄する意味に強いて眼を閉じようとする非現実的態度」をとつてはならない。(佐伯・「経済犯罪の理論」新法学の課題、昭和一七年三〇六―七頁。なお、大谷教授も、「事業主がわが実定法上刑罰を科せられ、被処罰者たらしめる法的現実は如何ともすることが出来ない」とされる(大谷「両罰規定に関する一考察」法と政治一巻三―四号。五(頁))。われわれは業務主荻布一郎の責任が刑事責任であることを否定することはできない(なお業務主の二次元的代当責任を刑罰(Strafübel)であるとするのは、ドイツの判例通説である(vgl., Hartung, a. a. O., S. 252))。

2 無過失責任説 業務主の責任は他人の行為による無過失責任で、取締目的のために犯罪主体と刑罰主体の同一を要求する刑法上の大原則の例外をみとめたものであるとする見解で、わが国においては従来通説的地位を占め、判例もこの立場をとつていたのである、(泉二・刑事学研究五八六頁、六〇三頁。牧野・重訂日本刑法(上)九六頁、滝川幸辰・犯罪論序説一六頁、定塚道雄・日本経済刑法概論、三九四頁、河村「租税犯における責任」㈣税法学五五号四―五頁等。大審判昭和一五年九・二一法律新聞四六二九号、大審昭和一七・七・二四、刑集二一巻三三〇頁等)。しかしてこの見解の間にも多少のニュアンスの差があるがおおむね取締目的の徹底とか報償責任的思想にもとづいている。業務主責任に関する規定の設けられている犯罪の実体は経済上の事項に関するから、その犯罪行為による経済上の効果(利益)は、その行為者の属する事業の主体に帰属するのを常とする。したがつて、もしこのような場合に犯罪主体と刑罰主体の一致という原則を堅持し、その行為者たる従業者のみを処罰するに止め、業務主を刑事責任の外に置くとすれば、業務主は従業者の犠牲に

おいて不当に利得し、ひいては事業のために不当な利得をはかろうとして予め従業者中に犠牲者を予定して犯罪行為を敢行させるという危険さえも考えられる。そこで、このような危険を防止するという取締上の必要から、租税犯等の犯罪については、その従業者の行為につき、特に業務主に罰金という刑罰を科することにしたのであると考えるのである(最初に両罰規定を設けた資本逃避防止法およびその後身としての外国為替管理法の業務主責任についての大蔵省の、立案者の説明(野田卯一編・外国為替管理法解説九一頁参照)、津田実「税法法罰則の解説下」財政経済弘報九五号、河村・「租税犯における責任㈣」。たしかに租税犯はその経済的効果が業務主に帰属する典型であろう。したがつて、所説のいうような危険を防止するために業務主に責任を追及する実際的必要性を否定することはできまい。しかし、だからといつて他人の行為による無過失責任をみとめてもよいということにはならない。福田教授もいわれるように、ともかく刑罰である以上はその倫理的意義を全く無視することは許されないのであつて、単なる取締目的から近代刑法の責任主義の原則に対する例外をみとめることはできないのである(福田・行政刑法五四頁、五四頁)。違反防止の完璧を期することが重要なことはもちろんであるが、八木博士のいわれるように、このような政策上の要求を満たし功利的な目的を達せむがために、刑法における刑罰属人性の原則、個人責任の原則を破り、刑法における責任主義の原則を放棄し、他人の行為につき、過失なきものを処罰することはみとめることはできないのである(八木・業務主体処罰規定の研究七一頁)。また、八木博士の指摘されるように、功利の追及が道義の要請を破るという道義的責任論よりする批判は固よりのこと、行為者の犯罪性を考え、その刑罰適応性を慮り、社会防衛を念慮する立場からするも重大な批判を受けざるを得ないことなのである(八木・右同七一頁)。ヒッペル(Hippel)はいう。「責任なき処罰は不正であり、不正であるが故に、たとえそれが国家に金銭収入をもたらすとも、それは国家を害することになる」と(Hippel, Deutsches Ltrafrecht, Bd. 2. 1930. S. 287.)。

すでに詳しく論じた如く、租税刑法は基本的に刑法であり、責任主義は租税刑法の分野にも適用される基本原則であ

る。租税刑法は、租税収入を確保するために取締を徹底するということから他人の行為による無過失責任を特別に要求するような特殊性を有するものではない。租税刑法の刑法的性格は業務主から税金代りの罰金を取るという報償責任的思想と相容れないのである。行政的合目的主義は、責任主義の原則に優先することはできないのである。また、租税犯には社会的反倫理性があるのであり、業務に関して従業者らによつて租税法違反行為が行われたという関係から業務主に対して科する刑罰たる罰金の倫理的基礎を無視することは当を得ない。また、他方、取締目的の見地からも、業務主に無過失責任を追及することが合目的的であるかは疑問である。無過失責任論者は、「無過失的にも処罰を加えることに因つて直接又は間接に法規遵奉についての注意が喚起される」（牧野・重訂（日本刑法）（上）九七頁）とするが、八木博士もいわれる如く、「法規遵奉についての注意が喚起せられる」ためには、処罰を受ける者が自らその注意を喚起し、一層違反防止の努力を為すの余地がなければならぬのであり、無過失処罰によつてはこのような余地はないので、自己の最善をつくし客観的にも相当な注意をなして、しかも違反の発生したばあいにおいても処罰を免れないとするならば、国民は徒に法の過酷を難じ、違反防止の努力をむしろ無意味とすら感ずることにもなる。一層の注意をなすことによつてさけることのできたであろう違反行為の発生したばあいに、これを処罰するかぎりにおいて初めて刑罰は意味があるのであり、基礎を保つのである。すなわち、過失を責めるという意味において、将来一層の注意を喚起することができるのであり、それが取締の目的にも適応し、規定の政策的意義も生かされるのである。このような処罰であつてはじめて世の理解を完うすることができるのであるまいか（八木・業務主体処罰規定の研究七二頁。なお、福田・行政刑法五四頁）。

また、この見解によると、従業者の違反行為につき実際行為者である従業者と業務主の双方を処罰する両罰規定は同一の犯罪につき行為者と業務主との両者の処罰をみとめたということにもなる（福田・行政刑法五四頁）。

過失責任説　すでに検討した如く、業務主の責任を他人の犯罪行為による無過失責任であるとすることはできず、業務主の責任も自己の行為による過失責任であることを否定することはできない。過失責任説は今日では多くの学者によつて支持され（美濃部・行政刑法概論二九頁以下、田中（二）・行政法総論四一八頁、小野・刑事判例評釈集四巻三〇〇頁、八木・業務主体処罰規定の研究八〇頁以下、福田・行政刑法五四頁等）、学説の有力な動向となつてきているものであるが、その間にも過失推定説・擬制説等種々の見解の対立がみられるのである。

まず、美濃部博士の見解を検討しよう。博士は、罪責なくして刑罰を科せられることは刑罰の性質とは絶対に相容れない所であり、犯罪者と受罰者とは必然に相合致することを要するとされた後、事業主の処罰は事業主に犯則者に代つて罪責を負担せしめているものではなく、事業主は事業経営の衝に当り其の事業に従事する集団生活の全体に対して、主裁者たり統制者たる地位に在るもので、その統制者としての事業主は、総ての従業員をして、犯則行為なからしめるよう万全の注意を為すべき義務を負担している。犯則行為を為した者は従業員であつて事業主ではないとしても、それは事業主が従業員をして犯則行為を為さしめないように注意し監督すべき義務を忘つた結果と見なければならぬのであつて、国家に対しては専ら事業主の義務違反であり、したがつて、事業主の犯罪を構成するのである。それが犯罪たる所以は、一に注意義務の懈怠に在る。しかして注意義務の懈怠であるから、その事業の実施に関し違法の結果の発生したばあいには、それが不可抗力に基づいたことが証明されない限り、当然に注意義務を怠つたと推定せられ、その義務違反に対して罪責を負担せしめられるのであるとされるのである（美濃部・行政刑法概論二九―三〇頁）。

事業の統制者であるから従業員をして犯則行為をなさしめないように注意し監督する義務があり、そのような注意義務を懈怠した過失責任として業務主責任を把えることは、倫理的要素と行政的合目的要素を調和したものといえる（なお、団藤「いわゆる代罰、両罰規定に関する一考察」時報一六巻一二号、一九頁。福田・行政刑法五五頁）。事業の統制者で

ある事業主が、事業経営に際して従業員をして犯則行為をなからしめるよう注意監督する社会的義務を負わされていると
みるのは今日の社会通念であるとさえいえよう。したがつて、このような注意義務を懈怠すればそこに社会倫理的非難が
生ずる（ちなみにドイツの一九一八年の価格吊上禁止令は、使用者又は他の従業者が可罰行為をなしたばあい、経営の所
有者がその監督義務の懈怠により当該違反行為を防止しなかつたことにつき、一年以下の軽懲役刑と五〇〇〇マルク以下
の罰金の併科または選択を法定している）。そしてまた、業務主にこのような注意監督責任を負担せしめることは行政目
的を達成せしめるに合目的的であるからである。事業主が不可抗力を証明しないかぎり、注意義務の懈怠を推定するとい
うことも、このような監督義務における過失の立証の困難ということを考慮すれば、背理的な見解であるとはいえないで
あろう。しかし、博士の見解にはさらに検討しなければならない点がある。それは博士が、「苟も事業主として其の事業
を主宰し運営するの地位にある以上は、未成年者でも瘖唖者でも、心神喪失者又は耗弱者でも、原則としては自ら事業主
としての責に任ぜねばならぬ」とされ、「殊に法律で従業者の外に事業者をも処罰すべきものと定めているに拘らず、事
業主が心神喪失者又は一四才未満である場合には、全く事業経営に付き責任を負う者がないとすることが法律の趣旨に反
することは疑を容れない所であるから、刑法三九条乃至四一条の適用は当然除外される」（美濃部・「経済事犯の刑事責任
について」法協六一巻六号九頁、同・経済刑法の基礎理論三一頁）とされる点である。刑法三九条ないし四一条の適用を
除外し、たとえば一四才未満の刑事未成年者でも刑罰を科せられるならば、他人の行為による無過失責任をみとめること
とどれ程の実質的差異があるだろうか。博士の見解は、脱税犯についての「義務違反者は納税義務者に外ならないのであ
るから、其の義務違反が何人の行為によつて惹起せられたかを問わず、納税義務者が義務違反者として、罪責に任ぜねばな
らぬのである。主観的には未成年者や禁治産者は自ら不正手段を行つたものではなく全然与知しない所であるとしても」、
「尚お、自ら犯罪者としての責を負わねばならぬ」（美濃部・行政刑法論一七五頁）とする博士の考え方とよく論理的に

一貫しているものであり、無過失責任説と何ら変らないものであるといわなければならない。博士のような、脱税犯の処
罰は倫理性、罪悪性とは関係のない不法行為にもとづく損害賠償であるとする考え方は、むしろ、無過失責任論と結びつ
くものである。脱税犯に対する罰金を単に形式的な刑事責任であつて実質的には損害賠償という民事責任であるとしなが
ら、業務主責任については罪責なければ刑罰なしとする刑法理論を強調するのは、体系的矛盾を感じさせるものがあるこ
とを否定できない。美濃部博士の見解は小野博士の批評をかりるならば、「形の上ではすべての刑事責任は自己の犯罪に
因る責任であるという刑法理論を標榜しながら、実は其の根本に在る道義的責任の理念を完全に抹殺してしまうことにな
るのである」（小野・国家学会雑誌五三巻八号一〇九頁）。

つぎに過失擬制説を小野博士の見解を中心に検討しよう。小野博士は、両罰規定を「一個の構成要件的事実に依り二重
に刑事責任を生ずる特殊の場合である。しかも業務主は行為者に非ずして其の責任を負うのであるから、当該行為につい
ての故意とか過失とか問題ではない。その意味で刑法第三八条第一項に謂ゆる『特別の規定』と解さなければならない」
（小野・「国家総動員法四八条に依る業務主の責任と連続犯」法協六一巻三号、四三一―二頁）。とされつつも、「しかし、
凡そ刑事責任の根底には道義的意味がなければならない。従業者の行為につき業務主が責任を負うのは業務主であるから
であり、業務主として其の選任監督の義務があるからである」。それは、「法理的には何処までも監督不行届の責任である
（小野右同・同頁）」とされる。刑事責任の根底には道義的意味がなければならない。しかし、博士はこのような業務主
の責任は現行法上擬制されているとされるのである。すなわち博士は、「しかし現行法の概念構成としてはその監督不行
届の事実又は其れにおける過失の存在を責任の条件としていない。業務主であるかぎり当然其の責任を負うのである。い
わば監督不行届は法律上当然有るものと推定されている。謂ゆる Praesumptio Juris et de Jure である（小野・右同、
同頁）」とされているのである。

博士の見解が主張された当時においては、「司令官野戦ノ時ニ在リテ隊兵ヲ率キ敵ニ降リタルトキハ其ノ尽スベキ所ヲ尽クシタル場合ト雖六月以下ノ禁錮ニ処ス」といつた陸軍刑法四一条の規定があつたことによつても推察されるように、今日の道義的観念とは相異があり、国家主義的色彩が濃厚であり、事業主が国家に対する関係において、その企業に関してきわめて高度の責任を有することを認めなければならなかつた。したがつて、従業者の違反行為の発生が事業主にとつて不可抗力的なばあいにも、監督義務が絶対的なものであるとすれば、やはり一種の監督不行届であるし、そこに道義的非難の基礎を見出すということもかならずしも不可能ではなかつたといえよう（団藤・「いわゆる代罰、両罰規定に関する一考察」、前出の一九頁）。しかして当時においては、自己と身分上・社会上・職務上一定の関係にあるものから犯罪者を出したのは申訳ないという、徳川封建時代の道義意識から歴史的に発展してきた、博士のいわれる日本道義的な責任観念がわが国に特殊な社会心理的意識としてあり（小野・法協六〇巻六号一五七三頁以下）、このような社会心理的地盤が事業主の責任を法律上擬制されているものとしながら、そこに道義的な要素を見出すことを可能にしていたことは否定できないであろう。（団藤教授も、「縁座、連座等の制度は取締目的を多分にもつていることはいうまでもないが、しかし同時に、自己と――身分上・社会上・職務上等の――一定の関係をもつている者の間から重大な犯罪者を出したことが申訳ないという道義的意味の含まれていることが看取されなければならない。個人倫理から言えばそれは導かれ得ないが、共同体的倫理からはかようなことがいわれ得るとおもう。現行法における代罰・両罰規定――特に事業主のそれ――についても或る程度に同様のことがいわれ得るのではあるまいか」という見方をされている（団藤・いわゆる代罰、両罰規定に関する一考察、前出一九頁）。わが国の両罰規定ほど高度で広汎なものは現在の世界法制の上では異例であることを考え合わせてみると封建的道義意識に沿革を有するいわゆる日本道義的な責任観念が、業務主責任に対する国民の法意識――監督不行届を反道義的なものであるとする――との脈絡を有するとすることも、理由がないとはいえないであろう）。ま

た両罰規定の条文じたいを一見すると擬制説を採つているようにみえる。博士の見解は当時としては、道義的責任の理念と合目的性の要求との調和を試みたものとして妥当なものであつたといえよう。しかし、今日では不可抗的なばあいにも刑事責任をみとめるということは、刑事責任の趣旨と相容れないものといわなければならない。不可抗的な場合に刑罰を基礎づける社会倫理的な非難を加えることはできない。不可抗的のばあいすなわち無過失のばあいにも刑事責任をみとめることは責任主義の大原則と相容れないものであり、ことに道義的責任論の立場からは不当としなければならない。また取締目的からいつても、業務主の監督責任を絶対的なものとして不可抗力のばあいにもみとめることは、徒らに法の苛酷を難じさせ、かえつて違反防止へ努力する熱意をさまさせることも予想され、過ぎたるは及ばざるの感がある。（団藤教授も、「取締目的からいつても事業主の監督が十分に行われたならば事足るべく、監督の全然不可能な場合にまで事業主の責任を認めるのは行きすぎではなかろうか。具体的な監督義務懈怠を要件とすることが事業主の責任の道義的意味を一層明かにするゆえんでもある」とされる――団藤・いわゆる代罰、両罰規定に関する一考察）。過失擬制説は小野博士じしん、「法律的には従業者の違反行為が其の構成要件である。其の意味で他人の行為に基く責任であるとも謂える」（小野・「国家総動員法第四八条に依る業務主の責任と競合」法協六〇巻九号一一四頁）とされているように他人の行為による無過失責任をみとめる見解と実質的には同様であり、採用することはできない。

以上各種の内外学説については、板倉宏氏「租税刑法の基本問題」に詳細であるが、要するに、事業主荻布一郎の過失の推定ということは、成法の解釈としては、いかんながら到底是認できず、否定せざるをえない。また所得税法の規定じたいからみても、到底、刑法三八条一項の過失犯処罰の特別規定とすることはできない。そのような特別規定とみうるような形式を全く具えていないのである。しかも、過失なき人を罰することは、いかなる場合においても、たとい取締上の必要切実であると仮定しても、なお、常に不正である（飯塚・刑法論攻五八八頁参照）。無過失の人を罰する、過失推定

を敢えてする、それは理論の仮面をかぶつているだけで、合理的根拠を全く欠くものである。論理にももとつている。事業主業務主荻布一郎は刑罰を受くべき一切の理由がない。Pfund 氏（Pfund. S. 17）に従えば原審はこれを不正に処罰せんとしたものであるということになる。守越七蔵の処罰で十分に目的を達しうるにも拘わらず、刑罰万能思想に基く無効な両罰規定を適用して荻布一郎を処罰せんとするものである。ところが、この刑罰万能思想たるや、憲法の禁止するところであり、刑法理論の絶対容認しないところである。けだし、憲法と刑法が不動のものとする罪刑法定に正面から挑戦しているからである。取締上も必要がないのに、錯覚に基いて、無過失の業務主荻布一郎を処罰せんとするもので、この適用法条自体完全に法律としての効力がないのである。税法罰則において、この種の規定は、取締上も必要がないのであるが、特別刑法として刑法八条、三八条一項に明らかに反しているから、無罪たるべきことは明らかである。イタリヤ憲法二七条には、「刑事責任は人的である」という明文があるが、明文がなくとも罪刑法定を採る憲法は凡て当然のこととしてこれを是認している。日本国憲法違反は明かである。

かりに必要ありとするならば、あるいは放任すべきでないとするならば、行政法上の過料にすべきであり、不法行為上の損害賠償を賦課すべきである。いわんや、租税犯は、重い加算税をみとめ、法定利りつをはるかに上まわる過大な利息を科することを許しており、また、本件も更正決定を不当とする納税者荻布一郎に、とも角それを徴収した後でなければ更正決定取消の民事訴訟も起させぬという税法に基いて納税せしめてしまつているのである。行政法上の手段を以つて補いえないものではなく、どうしても刑罰をもつてする必要があるのではなく、全く不当、不法なものである。行為者守越との二重処罰である点も、刑事法上疑わくの存するところである。業務主の取締は刑罰以外の方法制裁によらなければならない。過料によつても取締目的の見地からみての不足は全くない。刑法の破かい、刑事司法の破かいをさけたい。その考えからこの書面を提出しました。なお一九三七年第四次国際刑法会議は厳格な刑事責任の属人性を決議しており、西ドイツ一九五六年刑法改正草案二条は「責任なければ刑罰なし」の明文を設けて、荻布一郎の場合の可罰性を否定している。日本刑法も同一の原則に立つていると解するの他なく、そうでないとすることは到底できない。

（昭和三十七年九月四日付）

以　上

被告人荻布一郎

同　守越七蔵

弁護人定塚道雄の上告趣意補充（その二）

（一）

一、代罰・両罰・法人処罰などの規定について

ここで問題とする代罰規定、両罰規定、法人の処罰規定などは、多種、多様にわたる形式で立法されているものを総称したのであるが、その主要なもの一つ二つをはじめに示しておくことが説明を進めるために必要であると思う。

代罰規定としては、労働組合法三一条、

「法人又は人の代理人、同居者、雇人その他の従業者がその法人又は人の業務に関し前段前条の違反行為をしたときは、その法人又は人は、自己の指揮に出たのでないことの故をもつてその処罰を免れることができない。

前条前段の規定は、その者が法人であるときは、理事、取締役その他の法人の業務を執行する役員に、未成年者又は禁治産者であるときは、その法定代理人に適用する。但し、営業に関して、成年者と同一の能力を有する未成年者については、この限りでない」

の如きがあり、

両罰規定、法人の処罰としては所得税法七二条、

「法人の代表者（第一条第六項に規定する法人でない社団又は財団の管理人を含む。）又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務又は財産に関して第六十九条乃至第七十条の違反行為をなしたときは、

その行為者を罰する外、その法人又は人に対し、各本条の罰金刑を科する。

第一条第六項に規定する法人でない社団又は財団について前項の規定の適用がある場合においては、代表者又は管理人がその訴訟行為につき当該社団又は財団を代表するほか、法人を被告人又は被疑者とする場合の刑事訴訟に関する法律の規定を準用する」

の如きがある。

その他、各種法規に、各種各様の形式で、数多くいままで存在していたし、現在も存在しているのであつて（労調法三九条、労基法一二一条、旧国家総動員法四八条など）その型を類別整理することも、一つの仕事ではあるが、ここで論じようとする事項ではない。故に、単に比較的多い形式を示すに止めたが、この種の規定は経済、労働、警察、租税など、特別刑法の全分野にわたつて存在している。ここに示した立法の形式に明らかなように、この種の規定はひとまとめに、特別刑法における犯罪主体と刑罰主体とが異る場合の諸規定という言葉で概括することができる形式をもつているのであるが、こういう諸規定についての刑法理論を追究してみようとするわけである。

しかし、そもそも犯罪主体と刑罰主体が異なるというようなことは、それ自体甚だしい矛盾である。それはある人が他人の犯罪によつて処罰されるということであり、罪責がないけれども刑罰を科するということともなるのであつて、いかにこのような法規があつても、その法規自体無効のものであるという立論が、早くもその形式から成立すべきであり、また、処罰の必要がないのに行われた立法でないかがその実質について疑われるべきである。

もつとも、処罰の必要を疑う卑見については一言しておくべきことがある。例へば、冒頭に掲記した労働組合法三一条などの両罰規定について、次のようにいわれていることは明らかにしておく必要がある。「一般市民刑法にいはゆる個人責任の原則に対する修正的例外を規定しているもので」「労働刑法における責任性における特徴は、あらためていうまでも

なく、一般的・抽象的に自由であり・平等であると思料された個別的意思の主体を前提として構想された自由主義刑法が、ブルジョア市民法原理の対自的修正として現われた団体主義の法原理にたつ〈危機的立法〉たる労働法によつて、——すなわち、集団的従属労働関係＝階級関係にまで構成された従属的労働関係のもとにある労働者〔階級〕のための法益を確保し・保障することを機能とする、労働刑法の質的な特殊性を表現しているものにほかならないのである」（熊倉武「労働刑法」労働法講座一巻一四五、一四六頁）と。すなわち、両罰規定などは労働者階級の利益を確保し保障するためには有効なもの、必要なもので、労働刑法の質的な特殊性のゆえに特別扱いされねばならぬ、無効などとはとんでもないというわけである。しかしながら、この種の法規は何も労働法や労働階級のために関してのみ立法されているのではなく、電気事業法・瓦斯事業法・漁業法・鉱業法などにもあり、租税にも、経済にも、警察にもあり、国家総動員のためにもあつたことで、決して労働階級のためのみの特殊なものではない。そして、租税刑法においても、経済刑法においても、租税についてだけは必要だ、経済統制についてだけは必要だというふうにいわれたもので、ここでは労働階級の法益だけは特別扱いというふうに聞えるけれども、代罰や両罰規定を正当化しようとする人はいつでもそのような主張の仕方をしたということは明らかに記録されているものである。その主張の仕方の点で共通していたのである。要するに、木を見て森をみない主張で、このような局部に捉われて不法な刑罰を作り出さないためにも、刑法理論に照らしてみる必要があり、そうすることによつて、実は刑罰に価しない事項ではなかつたかという反省を生むよすがともなるし、刑罰の必要が実際にはなかつたことも判り、刑法理論に従うことの正しさが再認識されることになると思うのである。

二、私の見解

犯罪とは何かという問を起して、漠然と観察すれば、生起する社会現象の一つにすぎないこととなろうが、伝統に根ざす社会感情にそむく行為のうちで、絶対にかつ明瞭に許すべからざる非難に価する、刑罰という強い非難に価するものの

みが犯罪である、といつてよいと思う。

刑罰を科することが、絶体にかつ明瞭に必要とせられているかどうかを判別する標識として、第一に責任性の要素が考えられる。それは、責任性がなければ、それだけでもう犯罪ではないという意味で、要素といわれるものでその犯人の心理に立入つて刑罰という非難を加えねばならぬ心理状態で行われたのでなければ、犯罪として取扱うことは許されないという意味である。刑法三八条一項に明文上の根拠があるのであつて、民法七〇九条と異り、原則として過失の程度では損害賠償責任はあるが、刑事責任はない、ということを示して居り、また無過失の場合は、いかなる場合でも刑罰に処せられないということを含む規定である。前記の代罰・両罰などは、過失犯処罰規定でないことは形式上疑いなく、無過失の処罰も厳禁されているので、この規定は規定じたい無効である。第二に、その行為が法秩序全体の精神に反しているときに、違法性の存在をみとめるのであるが、この違法性がなければ犯罪ではない点で犯罪の成立要素である。不法行為はすべてこの違法性を必要としており、民刑共通の分野であつて、いづれも明文はない（刑法三五条を明文とみることはできるが、）が、当然のことである。このような責任性と違法性がみとめられても、第三に刑罰規定がなければ、犯罪ではない。構成要件該当性の要素であつて、不法行為の成立には全く法条を必要としないのと比べて、刑法特有の要素である。責任性と違法性と構成要件該当性の三つの要素は、その一つを欠いても犯罪を成立せしめぬとの考え方から、私は、犯罪とは責任能力者または限定責任能力者の内面的には違法性があり、外面的には法定せられた構成要件に該当する有責行為である、と定義するのであるが、犯罪三要素説によるこのような定義は、犯罪の成立を非常に少いものとするのであり、刑罰を科することは特殊例外の場合だという結論となる。私は、このような罪刑法定の思想のうちに新しい刑法の進路をみようとする。すなわち、刑罰の縮少、刑罰の消滅が理想であり、刑法を消滅させることが刑法の目的である。罪刑法定の終局の姿をそこにみようとする。そのためには、民法その他の私法において（民事法廷においてといつても同じである）

不法行為に対する損害賠償の賦課が十分に行われ、行政法において行政罰が適当に行われなくてはならないのであつて、不法行為法において懲罰的損害賠償 exemplary damages, Punitive damages が漸次わが国でも実現されることが望ましいし、行政法が行政罰を十分に活用することが望ましいのである。ところが、この望ましい進歩の方向をたどらないで行政法が、刑罰の分野、刑法の分野に逆に侵入して、刑罰を縮少しようとする罪刑法定の理想をまひさせ、刑罰拡張の不当を敢えて推進しつつある現状である。この憂うべき行政刑法の傾向の一つとして、この代罰責任、法人の犯罪能力などの問題も派生したものである。

刑法と不法行為法との関係、罰刑法定の支柱としての損害賠償、ことに懲罰的損害賠償は、従来刑法において論ぜられていないため、突飛の感をあたえてはとの心配から一言することを許されたいのであるが、この損害賠償と刑事司法ないし刑法とは、決して無関係ではないし、無関係であつてはならない。田中和夫氏の次の一文から、このことを察知していただけたと願うものである。それは、「多忙を極めている検事には気がつかない犯罪が沢山あり、また気がついても重大な犯罪でない限り一々これを起訴するわけではないので、被害者たる私人の訴えた不法行為の訴において懲罰的損害賠償を与えることによつて、非行をより完全に処罰し、犯罪ないし非行の予防をより全たからしめることができる。そして、民事訴訟で被害者に実害の補償以上のものを与えて非行の予防に役立たせるというやり方は、連邦議会も特許権侵害（35 USCA 67）や反トラスト法違反（15 USCA 15）等の場合に採用している――これらの二つの場合には、被害者からの訴において、その受けた損害の三倍の損害賠償を与える――のであつて、不当な行為の抑圧、予防のために有用な手段である。」このことをここで詳しく説くべき場所ではないが、私はやはり、行政罰との関係、不法行為・損害賠償との関係を通じてこの問題を明らかにしてゆく必要があるものと考えている。

刑法は他人の行為について罰せられないことを保障する。また、刑法が犯罪の主体として予定しているのは自然人だけ

であつて、法人や団体はこれに入らない。特別刑法にはこれに反する規定があるためこれを問題とするのではあるが、人のみが犯罰の主体であることは動かない。現行刑法は、自然人と法人のうち、犯罪の主体となりうるものは自然人のみで、法人に刑罰を科するなどということは刑法典のどこにもないし、正しい刑法理論は法人に刑罰を科しえないという結論をもつている。犯罪成立の三要素には法人の場合には絶体に充たしえない責任という心理的要素が存在しており、当然に、法人に犯罪能力のないことを刑法理論は明らかに示していることになる。責任能力ある自然人は、犯罪主体たると同時に刑罰主体となるが、法人には犯罪能力なく、従つて犯罪主体となることはない。特別規定をもつて例外として刑罰主体となるが如き法規があるのは、多分に必要でない刑罰を規定したものとして、それが法律としての効力をもたないとせらるべき理由をもつている。それは、社会の犯罪観念を混乱におとし入れ、刑罰万能思想に途を開き、危険な道程に足をふみ入れているものとして、刑法理論により排除せらるべき対象である。

法人処罰規定についていわれる、〝行為者が起訴または処罰されたかに関係なく〟、〝また行為者の死亡により影響を受けないで法人は処罰されるのだ〟という言い方、〝事業主は無過失で刑事責任を負い、証拠もいらぬのだ〟という無理な解釈がすでに規定自体の不法性を示している。正当な刑法理論は処罰の正当性を否定する。この場合、その処罰がいかに久しく、いかに多く行われたか、行われているかに捉らわれてはならない。民法その他私法の場合のように、慣習法は処罰の理由とならぬからである。かえつて、これらの処罰についてのより多くの反省は、人をして社会の必要な範囲を超えて、法人処罰が甚だしく拡張されてしまつたことの不当を自認せしめるに至つているものと思われる。絶対にかつ明瞭に必要な刑罰は、自然人については考えうるが、法人については考える余地がない。自然人に対する処罰のみで常に必要にしてかつ十分なことがやがては了解されるのである。ことに刑法三八条一項の要求する責任性の要素は、法人や事業主たる個人において常に欠けており、法人や「人」の犯罪能力は明らかに否定せられねばならぬが、従つて刑罰能力

も当然にないのである。犯罪能力はないが刑罰能力があるなどということ自体、とんでもない話であり、悪魔の如き非道を内容としている。法人や事業主たる個人の処罰規定は、刑法理論の容認し得ない性質のものであり、法人犯罪・無過失事業主犯罪ということは存在しえない。空想に基く処罰である。無過失なれど刑事責任あり、というに至つては、不法行為とさえもならぬものを犯罪とすることにもなり、過失さえ罰してはならぬとする刑法においていえることではない。何人もその不合理をみとめると思う。行為者について証拠さえあれば、そしてそれが法人の従業員の業務としてのものであることの証拠さえあれば、それだけで法人犯罪とみとめるというのも、刑事司法の諸原理を破壊するものであり、理由なく破壊するものであり、必要のない犯罪を偽造するものである。これが私の見解である。

これを法人犯罪・法人処罰について考えてみると、そもそも不法行為についても、犯罪についても、代表ということはないのである。代表とか代理とかは、普通の法律行為にのみ存在することであつて、機関の不法行為が法人の不法行為となるということはなく、機関の犯行が法人の犯行となるということもないことである。不法行為については代表なく、犯罪行為についても代表ということはない。会社の業務執行に関し故意を以つて犯罪を実行した者は、自ら犯罪行為者として刑罰責任に服すべきであつて、それはあたかも、会社の業務執行に関し過失を以つて他人の権利を侵害し損害を生ぜしめたものが、自から不法行為者として、これが損害賠償の責任に任ずべきであるのと同様である。代理は意思表示についてのみ存在できる観念であるから、代理の法則は意思表示を要素とする法律行為に関してのみ適用できるのであつて、意思表示を要素としない不法行為にも、犯罪行為にも、これを適用することはできないのである。従つて代理人、代表者、従業員などが行つた不法行為に対する賠償、犯罪に対する刑罰は、いかなる事情があつても代理の法則により、本人たる法人にそれが帰せしめられることはないのである。民法四四条一項は、理事その他の代理人が、その職務を行うにつき他人に加えた不法行為上の損害に対し、法人自からその責に任ずべきことを規定しているのであるが、民法四四条の「職務

を行うに付き」は、民法七一五条一項の「其事業の執行に付き」と同じ意味に解すべきであつて、民法四四条は法人の不法行為能力を認めたものではなく、いわんや法人の犯罪能力とは何ら関連しない規定である。

(一) 過去に存した無数の諸規定の分類整理としては、池田克、「特別刑法における犯罪主体と刑罰主体の異なる場合の帰納的考察」（司法資料一八九号）昭和九年。があり、明治初年以来のこの種法規を示し外国の場合と比較しつつ、徳川時代以前からのわが国に特殊な社会心理的な地盤が、この種法規のはんらんと関係があるのではないかを示唆するものとしては、団藤重光、「いわゆる代罰両規定に関する一考察」法律時報一六巻一二号、昭和一九年がある。

(二) 田中和夫氏の論文「英米における懲罰的損害賠償」（損害賠償責任の研究、中、八八五頁以下）は、行為者を懲罰するために、通常の損害賠償に附加して科せられているこの賠償についての貴重な研究であつて、わが国の慰藉料との関係、犯罪ないし非行との関係にも論及している。これによる、被害者の救済、被害者の正当な満足は人間愛の精神に合致するものがあり、懲罰的に加害者に作用することと相まつて、法律の企図する正義の理念に適合するものであると思われる。

（二）

一、法人の犯罪能力

犯罪行為というのは、生理的人間の行態についていうのであつて、性質上自然人だけが為し得る行為である。これを前提として責任性、違法性、構成要件該当性という分析も行われている。イタリヤ憲法二七条の「刑事責任は人的である」という規定は、当然のことを規定したものであり、その明文の存否に拘らず凡ての国の憲法において、憲法上の原則として承認されているものである。何人も他人の犯罪行為によつて処罰されることはないのであり、罪責なければ刑罰はないのであるから、法人には犯罪能力がないと結論されるほかはない。故に、多くの判例は、法人には犯罪能力がないという

見解をいくたびも繰返してやまないのである。かくして、法人の犯罪能力が否定されるならば、法人の刑事責任は他人の犯罪による責任だということにならざるを得ない次第であり、既述のようにそのような処罰法規は無効とせられねばならないわけである。

法人の犯罪能力を否定した判例の中に、「法人ハ無形人ニシテ唯タ其ノ目的ノ範囲内ニ於テ人格ヲ享有スルニ過キサルヲ以テ犯罪ノ主体タル能力ヲ有セサルヲ原則トシ、法律ノ明文ヲ以テ特ニ犯罪ノ主体トシタル場合ニ非サレハ刑事上ノ責任ヲ負ハサルノミナラス……」（大判明三六・七・三刑録九巻一二〇二頁）というのがあるが、これを以つて法律上の明文を以つて特に犯罪の主体と規定しさえすれば、その法規によつて直ちに法人の犯罪能力が是認されるという意味に解すべきではない。このような解釈は道理に反するのみではなく、その後の判例は法人の処罰規定を目して法人の犯罪能力を認めたものではない、としているのである。かくして、犯罪主体と刑罰主体とが異る場合という不合理に坐するのであるが、判例のおち入つたこの不合理は、この法人処罰規定が法の根本原理および憲法に違反し当然無効であることを明らかにしないことから発する。その無効規定であることを明らかにしない限り、全く是正の途を閉されている重大な不合理であることはすでに述べた。

自然人が法人の機関として行う行為は、民法その他私法の領域においても、行政法の領域においても法人自体に効力を発生せしめるのであり、機関である自然人の行為は、当然に法人の行為とみらるべきで、機関たる自然人の行為と法人自体とを分離すべきでない。法人の行為が自然人の行為と同様でないということは、法人の行為能力を否定する理由とはならない（木村亀二・刑法総論一五二頁）。刑法の領域においても法人自体に効力を発生せしむべきである、と論ずるものがある。しかしながら、私法においても、行政法においても、法律的な構成として行為の効果が法人自体に帰属するとしているのみであつて、行為自体と行為の帰属とは異るのである。自然人の行為が法人に帰属せしめられるのは、法律行為

における と、不法行為における と、犯罪行為における とによつて、当然異るべきである。それぞれ法律の構成を異にしているからである。公法私法における法律行為の効果が法人に帰せられているから、刑法においてもそうでなければならぬということにならないのは、刑罰責任の根拠が非難可能性であり、それは機関たる自然人については考えうるが、法人については考える余地がない。また、不法行為法において、機関たる自然人の不法行為が法人に帰属せしめられる場合があるからといつて、直ちに、刑法においても、機関たる自然人の犯罪が法人に帰属せしめられることにはならない。両者は原理と法則を異にしつつ、深く関連しているのであつて、いかなる意味においても同質のものではないから、刑法における是認は、刑法を左右しないのである。いわんや、民法四四条などの存在にも拘わらず、法人の不法行為能力を否定するを以て正当とすべきこと既述の如くであるにおいておや、ということになる（板倉宏、租税刑法の基本問題一五一頁以下参照）。

次に、法人と罰金刑との関係について言及しておきたい。大判昭和八・六・二〇新聞三五八八号に、「我現行法ノ下ニ在テハ刑事責任ノ観念及自由刑ヲ主タル刑罰トスル点等ニ稽ヘ法人ノ犯罪能力ヲ否定シ法人ノ代表者カ法人ノ為罪ヲ犯シタル場合ハ法人ヲ処罰スヘキモノニ非スシテ該代表者ヲ処罰スヘキモノト解セサルヘカラス只法人ノ代表者其ノ他ノ従業員等カ法人ノ業務ニ関スル犯罪ニ付法人ニ責任ヲ負ハシムヘキ処罰規定存スルモ是レ行政的取締ヲ目的トスル刑罰規定ニシテ例外ノミ原判決ノ認定シタル事実ハ被告等ハ所論会社ノ取締役ニシテ同会社ノ損害塡補ノ目的ヲ以テ不足証明書ヲ騙取セントシタリト謂フニ在ルヲ以テ従令其ノ目的ハ会社ノ利益ヲ計ル為ナリトスルモ詐欺罪ハ個人タル被告等ニ対シテ成立スルコト勿論ナリ」というものがある。この判決において、「是レ行政的取締ヲ目的トスル刑罰規定ニシテ例外ノミ」とし、罰金刑の法人処罰規定とみているように解されるのであるが、行政的取締の目的のためには、行政罰たる過料によるべきであつて、判旨の如く、行政的取締を目的とする刑罰規定が当然に許されるべきいわれはない。法人の取締、行政

的取締は、常に刑罰以外の制裁によらねばならない。刑罰責任は自己の自然人としての責任のみであり、他人の行為による責任ではない。個人的なものであり、一身に専属するものである。西ドイツでは一九五七年競争制限に関する法律四一条、一九五四年経済処罰法などが、法人その他の団体に対する取締のために罰金刑という刑罰を科さないで、行政罪により、過料を科することを定めている。また法人の取締のためには刑罰を科さない、刑罰としての罰金とは異る制裁を科するという原理が貫かれている。西ドイツ一九五六年刑法改正草案二条は、責任なければ刑罰なしの原則を明示しており、一九三七年第四次国際刑法会議も、イタリヤ憲法におけると同じく、刑事責任の厳格な属人性を決議しているのであつて、法人の取締は刑罰以外の制裁によらなければならないのである。また、この判決は、冒頭に「我現行法ノ下ニ在テハ刑事責任ノ観念及自由刑ヲ主タル刑罰トスル点……」といつているのは賛成致しかねるのである。近代刑法以前においては生命刑が主たる刑罰であつたという意味において、我が現行法は自由刑を主たる刑罰とするということは言いうるけれども、現に死刑も存在しているし、禁錮刑は殆んどなくこれを主たる刑罰とはいえないのであり、拘留刑は軽微である点を考えれば、懲役刑が主たる刑罰という意味で言つているのかも知れないが、いづれにしても主たる刑罰とそうでない刑罰とを区別する根拠がないのみならず、意味もないのであつて、たゞ言い得ることは刑法九条の刑罰は、すべて犯罪能力のない法人には科し得ないということでなければならぬ。自由刑云々といつてあたかも罰金刑その他の財産刑ならば、これを科しうるかの如き表現は許すことができない。この判決に対し、金沢文雄氏（同氏著法人の刑事責任・両罰規定一八頁以下）は、「この判決は刑事責任の観念及び自由刑を主とする刑罰体系から法人の犯罪能力を否定するが、これは我国の通説的見解となつている。しかし、刑罰体系の問題は今日理論的にあまり重要でないと思われる。何故なら、法人に対して自由刑は科し得ないが罰金刑は科し得るのであり、そして特別法には罰金刑の規定が多く、特に法人に対して直接罰金刑を適用する規定が激増しているからである。問題はむしろ刑罰の本質の理解に関するこ

とであり、これは結局現行刑法における刑事責任の本質の問題に帰着する。従つて、法人の犯罪能力は判決がいうように「刑事責任の観念」から考察されなければならない。そこで「刑事責任の観念」とは何かが問題となるが判例はこれについて特に理論を展開しているわけではない。いわゆる道義的責任論によれば、責任非難は倫理的人格に対してのみなされるから、かような人格を有しない法人は責任の主体となりえないとされるが、判例も恐らくこのような立場に立つものと考えられる。他方、社会的責任論においても従来は自然人たる行為者の性格的危険性のみが考慮されており、従つて、「刑法の主観主義は、要するに自然人たる犯人についての理論たるに止まるもの」であつた。しかし、社会的責任論の見地においては法人の刑事責任を肯定することがむしろ論理的ではないかと思う。何故なら、社会的統一体としての法人の社会的危険性は個人のそれに劣らず社会防衛の措置を必要とさせるからである」と説かれた。

しかし、法人に対し自由刑は科し得ないが罰金刑は科しうる——という考え方そのものが否定されねばならぬのであつて、それは法人には自由刑であれ罰金刑であれ、一切の刑罰は科しえないのであるから——と訂正されねばならぬと思う。また、法人に対し直接罰金刑を科する規定が激増しているのは、憂えるべき現象であり、それが法人に対する刑罰を是認する根拠とはなりえない性質のものであり、刑罰を以つてする必要がないのではないかの検討と、行政罰を以つてすることの工夫とが要請されている性格のものである。判例はこれについて特に理論を展開していないといわれるが、判例はこの種の成文法を常にうのみにするという悲しむべき態度を以つて一貫しているのであつて、その無効を宣言することによつてのみ、正当な立場を回復しうるのに、これをなさないものである。そうして、学説もまたこの判例の誤れる態度を批判しないために、極度に理論の混乱を生じ、不必要な煩わしい混迷に陥つているのが、この問題の特色なのである。

次に、行政刑法においては、行政犯の特殊性の故に法人の犯罪能力もみとめることができるとする行政法学者美濃部達吉氏の独特の見解が、古くから主張されていた。しかし、この学説は、刑法九条と八条を無視して、刑罰の分野に不法侵

入した行政法なのであつて、行政法ないし行政処罰法において考究せらるべきは、過料その他の行政罰についてであり、刑法九条の刑罰については、常に刑法総則による考慮を失つてはならないのである。それは、罪刑法定の内に含まれている刑罰を、それが死刑や懲役のように重いものではないから、大いに拡張しても差支えないという、誤つた刑罰拡張の線に沿うて刑法を破壊するものであり、著しく刑法の目的ないし理想を阻害しているもので、看過できない弊害を既に生じているものである（法人についての以上の所論は法人格のない団体にもそのままあてはまる）。

二、代罰責任は規定されることにより有効となるか

(1) 行為者以外の法人なり個人なりを処罰する規定がある以上、何故処罰できるのかという理由の探究が行われてもやむを得ない。判例学説は従来無過失責任説をとつてきた。この法人・個人（事業主と総称する）は、事業主自身の罪責により処罰されるのではなく、その処罰には事業主自身の行為ないし意思は何ら関係しない、とするのである。他人の犯罪のために負担する責任であるから刑罰ではないという非刑事責任説も存在するが、規定の無効を断じないで、刑法九条の刑罰の課せられることを是認しながらその性質非刑事責任であると説いてみたところで、その説くところは無意味に近い。かくて無過失刑事責任説に傾くわけである。代罰責任規定の規定形式が、正に純然たる他人の犯罪による処罰を意味する無過失刑事責任の法意を表わしているのであるが、少しく判例についてみると、事業主の故意過失を問わぬ法意であるとするもの（大判昭一七・九・一六刑集二一巻四一七頁）、従業員の雇入または選任についての不注意やもしくはその監督不行届について事業主を処罰するものではないとするもの（大判昭和一七・七・二四刑集二一巻三一九頁）、従業員の違反行為の遂行につき、事業主の行為も意思も何ら介入せず、単に行為者の違反につき処罰をうくるとするもの（大判昭和一六・一二・一八刑集二〇巻七〇九頁）、などがあつて、正に完全に無過失刑事責任を追及する趣旨であることを表明している。

しかしながら、これらの事業主処罰規定は規定自体無効であるとすれば、事業主は他人の行為により無過失で刑事責任を負うことになるのであり、犯罪主体と刑罰主体の同一を要求する刑法の原則を破ることになるが、そのようなことは取締の必要がいかに存在したと仮定しても、到底みとめえないのである。責任なき処罰は不正であり、法規を無効としない限り、かかる不正の貫徹を避けえないのである。行政上のいかなる必要も、他人の行為による無過失責任を特別に要求することはできないし、個人責任の原則・刑罰属人性の原則の放棄を要求することはできないのであるから、かかる法規は絶対に無効である。

(2) 学説・判例の一部に過失擬制説がある。監督上の責任を擬制するものであり、過失を擬制によりみとめるもので、監督不行届は法律上当然あるものとする。というのであるが、これでは、過失のない事業主を罰する点において変りはなく、刑罰は真実有責なもののみ課せらるべきであるから、そうでない者にこれを課する規定として当然に無効である。また、同一犯行につき二重の処罰を行うものである点においても前者と異らない結果となる。判例の中には、従属責任を説き(最判昭和二八・一・二七刑集七巻六四頁)、行為者の責任は当然随伴すると説く(東京高判昭和二九・一・二一・刑集七巻一五頁)ものがあるが、要するに従来の無過失責任説に帰するものである。

次に、不作為犯説ともいうべき「結局、両罰規定は業務主につき不純性不作為犯と過失犯との両者を規定した復合的構成要件ではないかと考えられる」(金沢文雄・前掲書六九頁)とする新説がある。同一規定を故意犯であると同時に過失犯であるとみることに無理があり、刑罰法規についての拡張ないし類推の強度なものとしてこの解釈を避けるべき理由があると思う。

(3) 過失推定説と解されている最判昭和三二・二・二七刑集十一巻三一一三頁は、「事業主として右行為者等の選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽さなかった過失の存在を推定した規定と解すべ」きであるとする。

これに対し、田中、斎藤、下飯坂各裁判官の補足意見が附せられているのであるが、金沢氏はこれらの補足意見を適切に批評していられる(金沢・前掲書六三・六四頁)。そして、結局多数意見による判決の立場をもつて正当とされるのであるが、問題は法規の形式が何ら過失犯処罰規定となつていないのみならず、過失を推定するという趣旨すらも現わされていない点である。この点では、田中、斎藤、下飯坂意見が力説する通り、正に無過失刑事責任の形態と解される。ただこの無理な不要な形態を有効であるとする点に誤りがあるが、刑罰法規はその形式を無視して便宜に拡張し、任意に類推することは、許し難いところであるので、この過失推定判例も、金沢氏の所説もこれを採るに由なきものである。単に合理的であるということならば、単純な過失犯であると主張し、過失の立証を検事に要求する飯塚敏夫説(飯塚、従業員の価格違反と事業主の責任日法九巻二号六四頁昭和九年)の方がはるかに合理的である。しかしながら、そもそも過失犯の規定であるということが、到底根拠づけられないので、等しく空しい所論となるのである。無過失刑事責任というのは、故意どころか過失もないのに処罰する規定だといつているだけで、過失犯であるとしているのではない。過失犯には刑法三八条一項但書に該当することを確認せしめるだけの形式が必要である。旧来の判例・通説に従い無過失刑事責任規定と解するのほかはなく、そしてかかる規定は完全に無効のものであると断ずるほかに、何ら解決の途をもたないのが、この問題の特質である。

(昭和三十七年十一月十九日受付)

以上

昭和三八年(ま)第一九六二号

判　決

本　籍　児島市赤崎三、〇四八番地
住　居　同所二、九五〇番地
会社役員
中　村　富　夫
大正八年九月二一日生

本　籍　岡山市児島町一七番之内第一地
住　居　児島市味野三、九二三番地の一
電気器具商
片　山　武　男
明治三八年九月一七日生

本　籍　同市大畠一、〇二六番地
住　居　同市赤崎二、三三五番地
会社重役
角　田　保
明治三九年一二月三〇日生

本籍並びに住居　同市赤崎一、〇三六番地

昭和三九年三月三日判決　昭和三八年(ま)第一九六二号

被服製造業　松本幸二

大正四年五月二二日生

右公職選挙法違反被告事件について昭和三八年六月一三日広島高等裁判所岡山支部の言渡した判決に対し被告人らから上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

本件各上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人松本幸二の負担とする。

理由

被告人中村富夫の弁護人松岡一章の上告趣意のうち、判例違反をいう点は、所論引用の判例は本件に不適切であるから前提を欠き、その余の論旨は事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人片山武男および被告人角田保、同松本幸二の弁護人岡崎耕三の各上告趣意は、いずれも事実誤認の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人松本幸二の弁護人早川庄一の上告趣意第一点、同第二点は違憲をいうが、公職選挙法二五二条が憲法一四条、一五条、四四条に違反せず、かつ国民の参政権を不当に奪うものでないことは、当裁判所の判例とするところであり（昭和二九年(あ)第四三九号同三〇年二月九日大法廷判決刑集九巻二号二一七頁、昭和二九年(あ)第三〇四五号同三〇年五月一三日第二小法廷判決刑集九巻六号一〇二三頁参照）、また、選挙権および被選挙権の停止は、正当な法律の手続による公判審理の結果による公職選挙法二五二条一項または二項所定の処刑の事実に伴う法律上当然の効果であつて刑罰ではなく、公開の法廷で

宣告をしないからといつて法律の定める手続によらないものとはいえないことも当裁判所の判例とするところである（昭和三〇年(あ)第一六九九号同年一一月二二日第三小法廷判決刑集九巻一二号二四九六頁、昭和三五年(あ)第九九七号同年一二月二日第二小法廷判決刑集一四巻一三号一七八六頁等）から、論旨はとるをえない。

同第三点は、違憲をいうが、実質は単なる法令違反の主張であり、その余の論旨は、単なる法令違反、事実誤認の主張であつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条、（被告人松本幸二につき）一八一条一項本文により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三九年三月三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　柏原語六

裁判官　石坂修一

裁判官　五鬼上堅磐

裁判官　横田正俊

裁判官　田中二郎

弁護人松岡一章の上告趣意

第一点　原判決は、左に述べる処により、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と認める事由がある。すなわち、

被告人が佐野伯雄から金三〇万円の授与を受けた事実につき、第一審判決は、「候補者の選挙運動者たる同人から、同人が他の選挙運動者に対する運動報酬並に選挙費用等として交付するものであることの情を知りながら交付を受けた」（同判決中第一の一の事実）ものとして、これを公職選挙法二二一条一項五号後段の受交付罪に問擬し、原判決はこれを支持した。

しかしながら、右金員は、候補者中村純雄の実兄たる佐野が、同候補の「選挙費用」として総括主宰者たる被告人に授与したものであつて、その授与の後の使途は別として、少くとも、佐野伯雄と被告人との授受の際には、他の選挙運動者に対する「運動報酬」その他の違法の趣旨を含んだものとして授受せられたものではないと解すべきである。けだし、

(一)　右金員の授受について、検察官は、「右中村純雄候補の選挙運動者佐野伯雄より、同人が前記候補者に当選を得しある目的で投票とりまとめ等の選挙運動の報酬等として供与するものであることの情を知りながら供与を受けた」ものであるとし、これを公職選挙法二二一条一項四号にあたるものとして起訴している。

(二)　右公訴事実は、佐野や被告人その他関係者の、「本件三〇万円の金員はいわゆる裏金であつて、選挙運動に対する報酬としての供与である。」との警察官、検察官に対する各供述に基いて構成されたものにほかならない。

(三)　処が、第一審における審理の結果、前記各供述は虚偽のものであることが判明した。即ち、

選挙運動費用収支報告書の届出に際し、届出の形式上、「候補者から、出納責任者である松本幸二に対し、選挙費用として二〇万円の金員を渡した」ものとして処理したので、一同、口うらを合せるためにそのように供述をしたが、真実にはそのような事実のなかつたこと、又各自の供述に食い違いを生じてはいけないとして右虚構の事実の供述を固執した関係上、却つて本件三〇万円の金員授受についてはこれをいわゆる裏金と認めざるを得なくなつたこと等が明白となつたのである。

従つて、例えば、佐野の検察官に対する供述調書中「……（本件金員の）一部は、表向きにできないことに使われることもあるだろうと思つておつたのです……」とか、又被告人の検察官に対する供述調書中、「出納責任者が扱う正規な選挙費用は、候補者から直接出納責任者である松本君に渡されたようであつて、私はこの金の出納には一切タッチしておらず、専ら只今申したような裏金を扱つたのです。……私が今回の選挙で扱つた三〇万円の金は、すべて只今申したような運動してくれる者に対する報酬という趣旨で佐野さんから貰い……」といつた各供述をはじめ、本件三〇万円の金員の趣旨について、運動報酬として授受したものであるとの供述等は、いずれも、ことのなりゆき上、このように述べざるをえなくなつた結果、被告人等がやむをえず創作したところの虚偽の供述なのであることが明かとなつたのである。

(四) その結果、第一審判決に於ては、佐野伯雄と被告人との間の金員授受を、公訴事実が供与罪とするのと判断を異にして、交付罪とした。すなわち、右金員には、被告人の運動報酬とする趣旨は含まれないとし、被告人が他の運動者に対する運動報酬等として供与するものとの趣旨に認定を変えたものである。

(五) 然し乍ら、被告人が実質上の出納責任者であつて、前記松本幸二は、右同上の出納責任者に過ぎず金銭出納には全く関与せず、被告人においてこれを一切掌握していたものであること、及び佐野が候補者の実兄であつて、亡父の遺産分

配の意味で選挙費用をすべて拠出したものであることは、第一審各証拠によつて明らかなところである。

本件金員授受の当事者たる被告人と佐野とが右のような立場にあることと、前記判明したところの候補者中村純雄に於て法定選挙費用二〇万円を出捐した事実が仮装であり、佐野に於て拠出した金員がこれに代るものであることに、本件金員が、その金額に於て法定選挙費用の金額以内であることを綜合すると、本件金員の授受は、包括的な意味の「選挙費用」となされたものであること明かであるとしなければならない。

この金員を受取つた後に、被告人に於て、これを違法な運動報酬等に使用するか否かは、別個の問題であつて、その供述記載を除いては、本件には、どこにもない。

ような違法な使用の意図が、授受当時に、被告人と佐野との間に存したとの証拠は、前拠の虚偽たること明かとなつた

佐野にも又被告人にも「運動報酬」とする意図はなかつた旨の同人等の公判廷における供述は措信せられるべきものと信ぜられるのである。

今日において、国会議員の選挙に際し、政党なり、その分派から、公認料等のほか相当多額の金員が各候補者に交付されていることは公知の事実であるにも拘らず、これが交付罪なり受交付罪にとわれたことは未だかつてないのである が、これと本件との間に何らの差異もあると考えられないことからしても、本件金員の授受の趣旨を違法と認定した原判決は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。

第二点　仮に、第一点の主張が理由がないとしても、原判決には最高裁判所の判例に相反する判断がある。

即ち、

(一) 他の選挙運動者に対する運動報酬として金員の交付を受けた者が、更にその金員を供与したときは、右金員の交付を受けた点は供与罪のうちに吸収され、供与罪のみ成立するとするのが大審院以来の判断とするところであつて、最高裁

判所判例も又同様である。

(二) 第一審判決は、被告人が佐野から三〇万円の金員の授与を受けた事実（同判決中第一の一の事実）をもつて受交付罪に問擬し、一方、被告人が選挙運動者に金員を授与した各事実（同判決中第一の二、三、四、五、の各事実）につき、これを交付又は供与罪に問うている。

(三) 然に被告人の右授与にかかる金員が、前記佐野から授与を受けた三〇万円の金員をもつてなされたものであることは、第一審各証拠から明らかなところであるから、右三〇万円受交付の点は、各交付ないし供与の罪に吸収されるべきものであり、（大審院昭和一二年(れ)第二三二八号、同一三年三月四日第三刑事部判決）少くとも供与等にかかる二四五、〇〇〇円の範囲についてはそのように取扱われなければならないものである。（最高裁判所昭和三〇年(あ)第一八一六号、同年一二月一三日第三小法廷判決）。

そして残額五五、〇〇〇円については、これが選挙費用に使用されたものであることも第一審証拠によつて明らかなところであり、第一審判決が、三〇万円の金員受交付の趣旨を「運動報酬並に選挙費用として」と両者を含むものと判断している所以も又その点を認定したものに外ならない。

もとより、交付、受交付に際し、趣旨分別しないときは全額について交付ないし受交付罪が成立するとなすことも、又判例のとるところではあるが、本件の如く使途明瞭となつて、一部が供与等の過程としてこれに吸収される関係においては、同日に論ずることはできないというべきである。

とすれば、右五五、〇〇〇円の授与の点は、受交付罪を構成せず、結局本件三〇万円の金員の授与は、一部は供与等の罪に吸収され、一部は無罪とされるべきものである。

従つて、それぞれ各別に罪の成立を認めた右第一審判決は、法令の適用において前記各判例に相反するものであり、

これを支持した原判決も又同様であつて、当然破棄されなければならないものである。

（昭和三十八年十月七日付）

以上

弁護人岡崎耕三の上告趣意

第一、被告人は原審控訴趣意書に於て、『被告人は実際上の選挙責任者である相被告人中村富夫が選挙事務所を出て外部に赴くとき、便宜被告人がその留守中の支出金保管役として二回に金三万円と二万円を預つたものであり云わば、被告人は中村富夫のポケットがわりとして預つたものに過ぎないので、その間には公職選挙法に所謂余分の「交付」又は「交付を受」と云うような所為はなかつたものである。』との主張を為した。

これに対し原審は、『……右は当審における事実取調の結果等に徴するもたやすく措信し難いところであつて、原判決がかゝる主張を是認しなかつたのも首肯し得るところである』と判決した。

しかし、この認定は全く事実に反し、間違つてゐると云わなければならない。

原審、第一審の各証拠を綜合しても被告人が中村富夫と相対立する人格者であつたとの事実は毫もこれを認めることが出来ないのである。

即ち、右両名の関係は選挙事務所内にあつて所謂、「夫と女房」のような関係にあり、共に候補者の友人として候補者の当選を希求し、寝食を忘れて選挙運動又は事務に従事してゐたことが認められるのである。

証拠の判断について「自由なる心証」が認められてゐることは言わずもがなであるが、本件の事案に於て前記の如く認定した原判決は如何にしても「自由なる心証」を誤つて使つてゐるように思われる。

而して、本件記録にも「証拠」として編綴されてゐるが、「中村景に対する公職選挙法違反被告事件の岡山地方裁判所に於ける判決文」の記載によつても明かなように、右中村景も被告人と同様、中村富夫の女房役の立場にあつたことを認

められ右両名間に於ける金銭の授受はこれを相対立する人格者間に於ける金銭の授受とは認められないとして無罪の判決が言渡され、而も後この判決は確定したのである。

以上の次第であつて、被告人のこの点に関する主張を排斥した原判決は明に事実を誤認してゐるか乃至は法令の重大なる違反を犯してゐると云うべきであり、これは刑事訴訟法第四一一条に定むる「原判決を破毀しなければ著しく正義に反する」場合に該当するものであるから、速に職権を以て原判決を破毀賜り度いと存ずるのである。

第二、被告人は原審控訴趣意書に於て『被告人が佐野伯雄から金五万円の交付を受けたのは他の選挙運動者に対する運動報酬ならびに選挙費用などとして受けたものでなく、選挙事務の始まるに先立ち、選挙事務所の設備の準備費や爾後に於ける事務所維持費用として預つたものでありその間不正の意思はない』と主張したのに対し、原審は『公職選挙法の認める実費の支給は、出納責任者が所定の手続を践み所定の基準額の範囲内で、その者が選挙運動のために特に支弁した正常な交通費、弁当料等をいうのであつて、選挙運動そのものに対する報酬を含まないのは勿論のこと実費の名において実際支弁されない金額を弁償し又は所定の基準額を超えてその支給をすることは許されないのであるから、たとえその概算前渡が許されるとしても前渡の当時その使途がその種目、金額、支払先等によつて具体的に予定され且つそれが正当な実費であることが後日領収書その他の資料によつて個々に証明されるような方法を以て支給されなければならないものである。しかるに記録を調査するも、本件各授受金員は右に示す合法的な実費として授受されたものとは到底認めることは出来ないものである』と判決した。

選挙の公正を期する意味に於て右判示のように領収書を徴することは必要であり、法にもこれを規定してゐる。

而して、この手続を履践しないで金員を支出したときには処罰されることになつてゐる。

然し、領収書をとらなかつたからと云つて直にその金員が「合法的な金員」と見ることが出来ないと決めつけてしまうことは許されない。領収書がなくとも正しい目的に為めに支出されることがあるのは説明するまでもないことであると思う。「形が悪いから実も悪からう、」と云うのでは理窟に合わない。

形が悪るくても、形が間違つてゐても悪るくないものは、悪くないものにして認めてこそそれが本当ではなからうか。

ところで、本件事案につき、被告人がこの五万円を上記の通りの目的で即ち、事務所の設営費として受取つたものであることは一件記録全体から見て優にこれを肯認することが出来るのである。

以上の次第であつて、原判決は判決に影響を及ぼすべき重大なる事実の誤認を為し無罪なるべきを有罪としたのであるから、これを破毀しなければ著しく正義に反すると認められる。

よつて、速に原判決を破毀賜度い。

（昭和三十八年十月九日付）

以　上

被告人　角田保

被告人　松本幸二

弁護人岡崎耕三の上告趣意

第一、『被告人角田保は候補者中村純雄に当選を得しめる目的で中村景から同人が他の選挙運動者に対する運動報酬並に選挙費用などとして交付するものであることの情を知りながら四回に金一万円、二万円、三万円、六万円の各交付を受け』、『被告人松本幸二は右同様四回に二万円、一万円、三万円、五万円の交付を受け』たと云うのが、第一審並に原審に於ける認定事実である。

然し、被告人等はこの金員を、他の選挙運動者に対する運動報酬として受取つたものでは決してない。

このことは後記することによつて明かであるが、要するに居部落の婦人達が街頭に出て道行く人、田畑に働く人等に投票方を呼かけて貰うについてその弁当代や車馬賃として交付する資金としてこれを預つたのであり、運動報酬の資金として預つたものではない。

亦、被告人等は居部落の世話人であり今次選挙には部落あげての選挙でありこの金を持参した中村景も居部落の者であり選挙事務所からことづかつて来て世話人である被告人等に手交したものであり、右中村景と被告人等との間には「交付」とか「交付を受ける」とかの観念を容れるようなものは存しない。

右の手にある物を、左の手に移すのと変りがないような観念で、本件金員が手交されたのである。

即ち、志を全く同一にする者の間に於ける事実行為はこれを法律的に価値判断することは適当でないと思われるのである。

要之、相対立する人格者間に於てのみ「交付」、「受交付」の法律観念が生れて来るのである。

原審はこの法理を誤解し事実認定を誤つたものであり、これを破毀しなければ著しく正義に反するので速に原判決を破毀賜度い。

第二、原審は、被告人等が居部落の婦人達に前記の如く弁当代、車馬賃として金員を交付したことを以て、これを選挙運動の報酬の交付であると認定したが、これは明に事実を誤認してゐるものである。

第一、二審に於ける各証拠を綜合すれば、旧赤崎町を地盤として立候補してゐる中村純雄候補と旧児島町を地盤として立候補してゐる中塚元太郎候補の両陣営に於て選挙も終盤戦となり白熱化した際、中塚陣営が先づ地元婦人会の連中を多数動員して街頭に進出せしめ所謂人海戦術を以て自派選挙を有利に展開しようとした。

この形勢を見た前記旧赤崎町の部落の婦人連中も「負けてはなるものか」と対抗意識を燃して、進んで街頭に出て戦況を有利に展開しようと計劃するに至つたのである。

そして旧赤崎町の各部落の長をしてゐる被告人等も立場上これに関する諸事万端の世話を為さなければならなくなつた。

このような部落をあげての義挙に対し選挙事務所に於ても、これに感激したことは勿論であるが、日本の田舎に於ける風習として他人が自己の為めにギセイ的なことをしてくれる際何かの方法で感謝の念を表すことは日常あることであり、この場合に於ても運動の報酬を出す程候補者は裕福でもなく又出す金があつてもこんな報酬を出すことは、法律にも禁ずるところであり、亦、他人の好意を侮辱することにもなるので選挙事務所ではこれを出さないことにした。

然し、何もせずに放置することは風習と人情からして許されないので、法律の許した弁当代、車馬賃を出してこれに答えようと考へ、前記の通り中村景をして被告人等を始めとして各部落長にその資金を届けさせ、その分配方を依頼したのである。

而して、被告人等はこの依頼に基き一人当り百円乃至三〇〇円を弁当代及び車馬賃として「ホイ弁当」、「ホイ弁当代」と云つて渡したのである。

而も、これは衆人環視の中に公然として勢良く行われたのであり、これを見てもこの交付金が報酬的な性格を持たず、人情的な（弁当代等）であつたことが容易に認められると思うのである。

加之、控訴趣意書にも書いてあるように被告人の居部落附近は全国一の学生服の産地であり、婦人の労働価値は他地区に比し実に大で一日の稼動によつて得る収益は四、五百円乃至二、〇〇〇円位であり、前記一〇〇円乃至三〇〇円の金員の如きは決してこれを報酬と見得るような金額ではないのである。

以上の次第であるのに、原審は「受領書」をとつてゐない等の点から、この金は「合法的な実費」でないと認定して、その結果「報酬的性格」を認めたが、「受領書」をとらなかつたからと云つてそれ丈でその金の不正性を推定することは適当でない。

「受領書」をとらないことは、亦別に処罰を受けることの定めになつてゐるのであるからそれで処罰すれば事足りるのである。

要之、原審が本件金員につきその「報酬性」を認定したのは事実誤認であり、これを破毀しなければ著しく正義に反すると認められるので、速に原判決を破毀せられたい。

（昭和三十八年十月九日付）

以　上

昭和三八年(あ)第一九六二号

被告人　松　本　幸　二

弁護人早川庄一の上告趣意

第一点　公職選挙法二五二条は、憲法一四条一項、一五条三項及び四四条の各規定に違反し、無効である。従つてこの限りにおいて第一、二審判決は破棄されなければならない。

すなわち、公職選挙法が犯罪の処刑者について、国民主権につながる重大な基本的人権の行使に関して、一般犯罪の処刑者との間に、選挙権被選挙権停止の処遇について差別待遇をすることは、特段の合理的理由がなく、憲法一四条、一五条及び四四条の趣旨に反し、不当に国民の参政権を奪い、憲法の保障する永久、普遍且つ固有の基本的人権を侵害するものである。

よつて第一審判決を肯定した原判決が適用した公職選挙法二五二条の規定は違憲無効であるから、第一審判決及び原判決は破棄されなければならない。

第二点　公職選挙法二五二条の規定する選挙権、被選挙権の停止は、憲法三一条にいわゆる刑罰であるから公開法廷においてこれを宣告すべきであるのに、その宣告手続を採らなかつた第一審判決を肯定した原判決は、憲法三一条、八二条に違反する違法がある。

最高裁判所の判例によると、公職選挙法二五二条の規定する選挙権、被選挙権の停止は、憲法三一条にいわゆる刑罰ではないとしているが、前述のとおり、国民の参政権は国民主権につながる重大な基本的人権であつて、まさにこのような重大な法益の剝奪こそ正当な法定の手続が要請されるのである。従つて仮りに固有の意味における刑罰ではないとしても、憲法三一条の刑罰に該らないと考える訳にはいかない。何故なら憲法三一条のいわゆる刑罰は必ずしも固有の意味に

おける刑罰のみを指しているものではないからである。

第三点　原判決は採証の違法をおかしたものであつて、その破棄はまぬがれない。

すなわち、刑訴法三二一条及び同法三一〇条の規定によれば、検察官の面前における供述調書は原本により取調べをなし、その証拠調終了後裁判所の許可を得たときに限り原本に代えて謄本を提出することができるのであり、この許可があつた場合は刑訴規則四四条の規定によつて公判調書に記載されることになつている。

ところで本件公判調書にはその旨の記載がないから、原審裁判所は、中村景、小橋盛忠、大島清子、土井次郎、内田君恵、豊田科子、片山八代子、仙田茂子、茅野孝穂、山本由子の検察官に対する各供述調書の取調べに当り、原本によることなく当初から前記各謄本によつて証拠調をなしたものと言わざるを得ない。

勿論前記各謄本は供述者の署名もしくは押印のあるものではないから、刑訴法三二一条の証拠とすることはできない。

それにも拘らず原判決がこれを刑訴法三二一条の証拠として罪となるべき事実を認定し、有罪の判決をなしたのは採証の違法をおかしたものであつて、その破棄をまぬがれないものである。

そもそも刑訴法三二一条一項二号の規定は同法三二〇条に定める伝聞証拠不採用の原則に対する例外的な規定であり、しかも罪刑法定主義の精神からその解釈は極めて厳格になすべき筋合のものである。従つて前記中村景他九名の検察官に対する各供述調書が刑訴法三二一条一項に規定する証拠能力を有するには、各供述者の署名、押印のあること、公判期日における供述よりその供述を信用すべき特別の情況が存することの各要件を充足すべきものでなければならない。

仮りに、証拠調が原本によつてなされないこと、原本に供述者の署名押印が存することおよび謄本が原本に基いて真正に作成されたことに異議のあつた形跡がなく、特信性の存在が肯定されたとしても、刑訴法三二六条の書面として証拠とするならば格別、同法三二一条一項二号の書面として証拠とすることは罪刑法定主義の精神に背反し、刑訴法の解釈を恣

意的にし、憲法三一条にも違反する。

第四点　原判決は法令の適用を誤り、判決に影響を及ぼすものである。

すなわち、被告人松本幸二と中村景との間に検察官主張の日時、場所においてその主張の現金の授受があつたこと、右は中村景が同被告人に対して他の選挙運動者に対する運動報酬ならびに選挙費用として交付し、同被告人もこれを諒承して右交付を受け、而して同被告人は右受交付の趣旨に従つて受交付金員の一部を大島清子他七名に供与している。

かかる場合には、残額についてのみ受交付罪が成立し、他人に供与した分については受交付罪は成立しない（東京高裁判決昭和二八年六月一三日言渡高刑集六巻七号八四一頁）と解すべきところ、原判決がその全額について受交付罪の規定を適用したのは法令の適用を誤つたもので、判決に影響を及ぼすものであり、破棄されなければ、著しく正義に反する。

第五点　原判決は事実を誤認し、判決に影響を及ぼすものであるから、破棄されなければ著しく正義に反する。すなわち

㈠　被告人が大島清子他七名に交付した金銭は投票取りまとめの報酬などとして供与されたものではなく、地区所属の選挙運動者に対し、弁当代、交通費として渡したものであつて、全く違法性のないものである。

被告人は「選挙運動に従事する者一人に対し支給することができる実費弁償額の基準につき車馬賃は実費額、弁当料は一食につき百円、一日三百円、茶菓料一日につき三十円也を支給して差支えない、なお弁当料は三食分を一回に出しても差支えない」（地方選挙立候補者、運動者必携全国市区選挙管理委員会連合会篇）旨の指導を受けていたので、その地区の選挙運動者である大島清子他七名に一日二百円乃至三百円を弁当代、交通費として公然と、しかも正確に毎日二百円乃至三百円を渡していたのである。

仮りに投票とりまとめの報酬の意味を含めて渡すのであれば、一回に千円乃至二千円を纏めて渡すのが社会通念である。

(二) 中村景より被告人に交付された金銭はいづれも、前記の大島清子らの選挙運動者に交付するための車馬賃、弁当代等の概算前渡金であつて、前記のとおり、大島清子他七名に交付した金銭は地区所属の選挙運動者に対する弁当代、交通費であつて、全く違法性のないものであるから、右の中村景より交付を受けた金銭も全く違法性のないものである。

(三) 従つて中村景より交付を受けた使用残り金六千円は、選挙運動終了後、預り金の支出精算をして事実上の選挙運動費用出納責任者中村富夫に返還すべく意図していた金銭であつて、これを犯罪組成金銭として没収したことは違法である。

(四) 小橋盛忠ら二四名に対する酒食の饗応接待が一人前五〇〇円相当であると原判決は認定しているが、原判決の採用した証拠から一人前五〇〇円相当であつたとする計算上の根拠は見当らない。

以　上

(昭和三十八年十月八日付)

昭和三八年(あ)第二四二二号

決　定

本　籍　東京都港区芝三田小山町二五番地
住　居　愛知県岡崎市鴨田町猿堂一〇番地
医　師　飯田康雄
明治四二年九月一日生

本　籍　愛知県安城市安城町赤塚六五番地
住　居　神奈川県相模原市上鶴間四一一六番地　相模大野団地一五号
会社員　植村勇
昭和二年六月一日生

本　籍　愛知県一宮市八幡通り二丁目四七番地
住　居　同右
会社員　山崎良夫
昭和二年一月四日生

本　籍　愛知県安城市安城町花ノ木九七番地の一六

昭和三九年三月五日決定　昭和三八年(あ)第二四二二号

一

住居　同右　会社員　野村博　大正九年三月二五日生

本籍　愛知県豊橋市花園町一二番地
住居　同市南島町二丁目一六番地　会社員　佐々木留吉　大正一五年一一月一日生

本籍　名古屋市瑞穂区駒場町三丁目一一番地
住居　同市中区流町四三番地　会社役員　水谷富雄　大正八年一月二二日生

右被告人飯田、同植村、同山崎、同野村に対する各収賄、被告人佐々木、同水谷に対する各贈賄被告事件について、昭和三八年九月五日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し被告人飯田の原審弁護人深井正雄、被告人山崎の原審弁護人鈴木新吉、被告人飯田、同植村、同野村、同佐々木、同水谷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

被告人飯田康雄の弁護人深井正男の上告趣意は量刑不当の主張であり、

被告人植村勇の弁護人大野憲光の上告趣意第一点は事実誤認、単なる法令違反の主張であり（所論県公務員たる被告人植村と請負業者たる被告人佐々木留吉らとの間の職務上の関係については、右請負業者らは簡易水道事業の施行主体たる市町村又は組合より簡易水道布設の設計、工事を請負つたため右事業主体の代理人として被告人植村に折衝したというのであるから、被告人植村との関係は実質的には県公務員と事業主体との関係と同一視し得べく、この場合は被告人植村の直接の職務関係があると認めた趣旨の原判決の判断は正当である。また、被告人植村が右簡易水道事業の工事請負についてその事業主体に適当なる設計業者もしくは施行業者として右請負業者を紹介又は推薦する行為は、被告人植村の行政指導行為として同人の職務行為と密接な関係ある行為であると認めた趣旨の原判決の判断も正当である）、同第二点は単なる法令違反、量刑不当の主張であり、

被告人山崎良夫の弁護人鈴木新吉の上告趣意第一点は違憲（三一条違反）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り（被告人佐々木と県吏員との間の職務関係については前示大野弁護人の論旨第一点につき説示したるところ参照）、同第二点は量刑不当の主張であり、

被告人佐々木留吉の弁護人武藤鹿三の上告趣意第一点は単なる法令違反の主張であり（被告人佐々木と県吏員との間の職務関係については前示大野弁護人の論旨第一点につき説示したるところ参照）、同第二点は量刑不当の主張であり、

被告人野村博の弁護人平野安兵衛の上告趣意第一点は事実誤認、同第二点は量刑不当の主張であり、

被告人水谷富雄の弁護人大道寺和雄、同青柳虎之助の上告趣意は事実誤認、量刑不当の主張であつて、いずれも刑訴四〇

五条の上告理由に当らない。

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

昭和三九年三月五日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　長部謹吾

裁判官　入江俊郎

裁判官　斎藤朔郎

収賄

被告人　飯田康雄

弁護人深井正男の上告趣意

原判決が被告人に対し懲役一年六月の実刑を科したのは量刑甚しく不当であつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。

その理由として

一、被告人の如き閲歴を有する極めて真面目な篤学の士を、而かも戦時中野戦防疫給水に関し多大の功績を残したのみならず将来に於ても人類の福祉の為に必らずや貢献せらるゝことを期待し得る有為の人材を、偶々一時の過誤によつて本件犯行の渦中に巻き込まれたるの一事を以て、直ちに之を獄中に葬らしむるより、寧ろ執行猶予の恩典にあづからしめて更に一層人類社会の為に天与の才能を発揮して貰うことこそ刑事政策の理想に合致するものと謂わねばならない。即

(1)　本件記録及一審並に二審に於て提出された各証拠殊に情状に関する証拠を詳細に検討するならば、同被告人を始めとしてその兄弟姉妹等血縁者がいづれもすぐれた天与の才能に恵まれるとともに一面学究の徒であり芸術家肌の素質を有する一家であつたことを察知するに充分である。

被告人は旧制中学校を卒業するまでは父泰雄に養育されて来たが、大正十二年の関東大震災の為父の関係する鉱山業が不振となつた為、被告人は自ら或は著述を為し又は家庭教師となつて苦学し、時には長兄飯田忠純の世話になつて、漸く慶応義塾大学の医学部に進学し、一年生のときに陸軍衛生部依託学生となり、昭和八年四月卒業と同時に軍医部見習医官となり、同年六月三十日二等軍医に任官され千葉県国府台衛戍病院に配属され、外科、内科、伝染病病理試験等一切を担当して居つた。

その後陸軍々医学校乙種学生として昭和八年八月から同年九月まで同校に派遣せられ、同年十月満洲独立守備隊要員として渡満し隊附医官として同十一年十二月国府台衛戍病院に帰るまで勤務した。

(2) 被告人が前記在満の頃、陸軍では漸く野戦防疫給水の本格的活動が実現する時代となり、被告人が前記在満時代及その後二ヶ年余り中支那に転戦し軍医部の部員として作戦に従事すると共に一方直接現地で配属の野戦防疫給水部隊の指揮に当り、その後又再度の北満勤務を為し、更に防疫給水に関する専門的研究の為再び昭和十八年陸軍々医学校に派遣され同校の附属防疫研究室に所属し、同研究室中二つの研究室の主任となり本格的に水に関する研究に没頭するに至つた。

(3) 被告人が防疫給水の研究に関し如何に心血をそゝぎ、その蘊蓄を極め、又之に密接不可分の関係にある簡易水道の研究に熱意をつくし、軍の戦力を増強し延いては人類の幸福に甚大な功績を残したことは、弁護人が原審に於て提出した被告人研究発表の幾多の文献及原審に於ける各証人の証言に照らし明白であるのみならず、原審に提出した弁護人の弁論要旨と題する書面末尾に添付せる被告人の手記にかゝる「上申書」と題する書面を一読すればその一端を察知するに充分である。

(4) 被告人は一面極めて学究的な性格である反面純情で生一本であつて、世事には至つて疎い人物である為、遂に業者の薬籠中のものとなつて本件犯行の渦中に身を沈めるの破目となつたのであつて、身から出た錆とは云え一掬の涙なきを得ない事実である。

(5) 翻つて被告人の家庭を顧るに、同人の母ゑい（当八十八才）は本件の検挙されるまでは被告人の住所である岡崎市鴨田町猿堂十番地に被告人夫妻と共に同棲して居つたのであるが、本件の為被告人が検挙せらるゝや被告人等と同居するに堪え難く、東京都港区赤坂表町三ノ三十一に居住する被告人の実妹である社団法人日本南画院の評議員である飯田満

佐子（雅号東籬）の許に余命少なき老いの身を寄せて蟄居の日を送り、ひたすら被告人が執行猶予の恩典に浴するのを待ち焦がれて居る。

又被告人の妻百合香（当四十五才）は前記鴨田町の住居に於て検挙以来悶々の日夜を重ねて悲嘆の日を過ごしつゝ被告人の母と同様悲願の生活を続けて居るさなか、本年五月二十五日千葉県に在住する実父の逝去に会い全く二重三重の痛苦を味う身となつてしまつた。

(6) 被告人は先に母校慶応義塾大学に「水道の管流に侵入した細菌の拡散分布と運命に関する実験的研究」について学位請求の論文を提出してあるが、本事件の為その審査が中絶され右事件解決まで学校側に於て一応保留されて居る。

(7) ジュネーブにある世界保健機構（WHO）から先に被告人に対し被告人の前記研究の結果発表を要請されて之を提出したが、更にその後再び同世界保健機構から被告人の論文提出を要請して来て居る実情であつて、被告人が前記研究の世界的有数の存在であることが判る。

(8) 被告人は半田市一草病院、守山市香流病院及鈴鹿市中勢病院等にいづれも懇望せられて勤務して来たが、何分にも本件審理の継続中にて余り遠隔の地に通勤の為往復することが被告人の身心の疲労を倍加する等の事情より、遂に意を決して本年四月十九日岡崎市鴨田町の自宅に於て内科、精神科の医院を開業することになり現在多数の患者を抱えて居る実情である。

二、被告人は本件検挙以来既に六年有余の長期間に亘つて実刑を科せられた以上の痛苦を骨髄に徹するまで嘗めつくして来たのであるから、以上縷々陳述した事情を彼是参酌賜らば、自己の責任を充分に感じて謹慎し改悛の情顕著で再犯の優全くなき被告人に対し、個人に対する制裁としても将た又一般警戒の意味に於てもこれ以上実刑を科するまでもなく懲戒の目的は十二分に達せられたと信ずる。寧ろ被告人に対し更生の途を与えて社会公共の福祉の為、人類の生々発展の為にそ

の心血をそゝいで精進するよう一大転機を与えて頂きたい。

以上

四

昭和三八年(あ)第二四二二号

収賄　被告人　植村勇

弁護人大野憲光の上告趣意

第一点　原判決は重大なる事実を誤認し右は判決に影響を及ぼすべきものであると信じます。

植村被告に対する起訴事実は植村（公務員たる）が業者より金品を受取つたと謂ふに在つて此の事実を収賄と認めて居ります。

之に対して当職は第二審に於て公務員たる植村は業者との間に何等職務上の関係はないと詳細に論じて居りますが原判決は之に対して

従つて本件業者と被告人植村等本件県吏員側被告人との関係は右に述べた如く業者が簡易水道事業主体たる市町村又は組合から簡易水道布設の設計や工事を請負つた為、右事業主体の代理人といつた形で右事業に関して被告人植村等と折衝する場合と、簡易水道事業の設計工事を請負ふ為に事業主体に被告人植村等から適当な設計業者もしくは施行業者として紹介又は推せんして貰ふ為に同被告人等のもとへ出入する場合と二通りあるわけであるが、前者の場合は業者は事実上事業主体の代理人たる地位にあるのであるから被告人植村等県吏員との関係は実質的には県吏員と事業主体との関係と同一視し得、そこと直接の職務関係、少くとも職務に密接な関係を認め得るのである。

後者の場合も前記の如く業者を事業主体に照介若は推せんさる事は被告人植村等の職務行為、少くとも之と密接な関係のある行為である。

旨判示して居ります。

之によると植村と業者との関係は、(一)業者が市町村等事業主体の代理人として植村等と交渉を持つ関係と、(二)業者が独

自の立場として植村等に事業主体に対して紹介又は推せんを求むる立場と二つを認定して其の何れも公務員たる植村と業者自体との職務関係又は之と密接な関係であると認定致して居ります。

然しながら右㈠の関係に就て見るに原判決は業者は独自の立場で植村等県吏員と交渉さる訳でなく市町村等事業主体の代理人として交渉するものであると認めて居る以上県吏員たる植村の交渉相手はあく迄市町村等事業主体であつて業者自体でない事は自明の理であります、従つて植村等と市町村等事業主体との関係は職務関係であると言へますが業者自体との関係に職務関係を認めることは感念の飛躍と言ふの外ありません。代理人はあく迄代理人であつて本人とは其の性格機能を全然異にして居ること謂ふ迄もありません。謂はんや実質的には県吏員と事業主体との関係と同一視し得る旨の判示は論理を飛躍した殊更のこぢつけの議論と見るより外なく益々推論を不明確にし茲に到つて理由不備の違法に走つたものと謂はざるを得ません。

次に右㈡の関係に付て之を見るに県吏員が業者を事業主体に紹介若は推せんすることを県吏員の職務行為又は之と密接な関係に在る行為と認定して居りますが之が職務行為である根拠は何処に求むべきでありませうか。又明瞭な根拠なく職務に密接な行為として徒に密接行為を拡張して解釈することが許されるものでありませうか。尚公正で全部の奉仕をモットウとする県吏員が其処迄深入りすることが職務行為又は密接行為として認められてよいものでありませうか。

夫でなくとも業者は競争の激化の余県吏員等に喰ひ込んで来るものであつて本件に於ても原判決は末尾に於て此の間の事情を認定して居る有様であり一面県吏員には寧ろ公正な立場を要求すべきであるに不拘斯様な不用意な認定を受くる事は甚だ心外であり斯様な考へ方自体本件の如き贈収賄の温床を作るものと謂はねばなりません。

当職は控訴理由書に於て詳論し此の関係はあく迄県吏員の好意を出づるものではない旨論して居ります。之を職務関係に擬することは大変な暴論で危険な考へ方であると信じます。

以上論した通り被告人植村は当時市町村等事業主体との関係に於ては職務関係を認めることは出来ますが業者との関係に於ては職務関係を認めることは出来ません。本件起訴事実は何れも被告人が業者から金品を受取つた事を以て収賄に擬して居りますが市町村又は其の代理人より金品を受取つた事は触れて居りません。

原審が被告人と業者との間に不当に職務関係を認めて之を収賄に擬して居るのは明に事実を誤認したものでありまして之は直に判決に重大な影響あるものであります著しく正義に反するものと思料致しますので原判決の破毀を求むる次第であります。

第二点　原判決は判決に影響を及ぼすべき法令の違反があります。

刑法第二十五条執行猶予に関する規定は「其の執行を猶予することを得」と規定せられて居り其の趣旨は刑の執行を猶予すると否とは裁判官の自由裁量にゆだねられて居るものである旨従来の判例は判示して居ります。此の事自体は肯認せらるべきものでありますが所謂自由裁量に限界があるか否かの点は少くとも問題を有するものと思料致します。

凡て自由裁量の感念は恣意の感念と異る事は当然と謂はねばなりません執行猶予は自由裁量の領域に於て裁判官に与へられたる権能であつて決して裁判官に恣意を許して居るものではありません。

果して然らば裁判官の自由裁量には限界のあるものと考へねばなりません。其の限界を何処に置くべきかに付ては議論のある事と思はれますが要するに其の時代を基礎として其の時代に於ける常識ある普通人の普通の考へ方を標準として定めらるべきものと見なければなりません。

若し一特定裁判官の裁判が此の標準に照らして著しく懸隔のある場合は刑法第二十五条違反の問題として取扱はるべきものであると思料致します。

今之を本件に付て見ますに被告人植村勇は其の人物から見ても性格から見ても又学識経験及能力から見ても誠に立派な

人物であります、然も現在は東京都中央区八重洲三〇七水道機工株式会社に勤務し其の技術課長の要職に在り日本国内は勿論遠く比国、カンボジヤ、パキスタン等海外事業にも当つて居ります。

偶〻一時県防疫課勤務当時業者等の競争激化の犠牲となつて事件に連座致しましたが当時より已に責任を感じて自ら退職を決意して居た様な次第で爾来深く自省の毎日を送つて居る次第であります。

一面今日の行刑思潮は応報刑の跡も全然ないとは言へないにしても教育行刑を主とし改過遷善をもつとうとして居る次第でありまして已に十分自責して現在立派に更生の実を見せて居る被告人を今更実刑に処する必要が何処に認められませうか。

被告人を実刑に処することは死屍に鞭打つばかりでなく国家有用の材を殺して社会的にも損失を受くる所以であります。

被告人をよく知るものより見れば公正な立場より見て左様にしか思はれません。

特に本件は昭和三十年前後の事件であります。

爾来今日迄已に現代に於ける一世期近く経た今日此の被告人を刑務所に入れることは吾々の常識としては納得出来がたい事柄であります。

執行猶予の問題は自由裁量の問題て上告理由として取扱ふべきものでないとの従来の御見解は或場合には訂正せられ得べき問題と思料致します。

尚此の項に付ては原審提出の控訴趣意書第二に記載の部分を引用致します。

以上により原判決破毀を求めます。

以上

昭和三八年(あ)第二四二二号

収賄　被告人　山崎良夫

弁護人鈴木新吉の上告趣意

第一点　原判決には之を破棄しなければ正義に反すると認められる重大なる事実の誤認乃至法令の解釈に誤がある。

一、被告人の控訴趣意第一に於て主張する被告人と請負業者との間には何等の職務関係は存在しないとの意見に対し、原判決は理由の三(一)に於て

「被告人山崎と原判示の業者等との間に直接の職務関係少くとも職務と密接な関係を認め」得るものとして右控訴の趣意を排斥している。

然しながら第一審判決が被告人の所管事項として摘示する水道条例以下の法令通牒等は県防疫課員と事業主体である市町村又は組合を対照として規定しているものであつて、事業主体が任意に選定した業者まで包含するものではないのである。

従つて被告人が仮りに判示の如く業者より金品等を収受した事実があつたとするも、之れは全く職務に関係のないものであつて賄賂罪の構成要件を充足していないのであるから原判決には重大なる事実の誤認乃至法令の解釈に誤りがあるから当然破棄せらるべきものと思料する。

二、原判決は理由中三(二)(ハ)に於て第一審判示第三の(ニ)の事実につき「厚生省事務官、吉田と右大場義次は直接の関係はなく右大場は職務上何かと世話になつている同被告人の依頼なので同人の為に送金したものである……中略……結局原判決の如く職務上有利な取扱を受ける趣旨で贈与されていることが認められる」と認定し右事実につき収賄罪の成立を認めている。

然し刑法第一九七条第一項に言う「賄賂を収受」するとは公務員が職務に関する不法の利益を自ら現実に獲得することを指称することは従来学説判例の一致するところである。

ところで前記事実（原審証人吉田止栄供述調書六四七九丁以下参照）により被告人が受けた利益を強いて言えば大場が吉田事務官に送金してくれたことにより、自己の顔が立つたと言う程度のものであつて、斯の如きことは被告人にとつては、金銭の収受、酒食の饗応又は芸妓の演芸の観賞等とは異り何等物質的乃至精神的利益を受けたことゝはならず、又前記事実により被告人は何等の経済的利得もしていないのであるから従つて法律上の価値判断の対照とはならないものである。

抑々刑罰法規の解釈は厳格に解すべきで濫りに拡張解釈を為すべきではない。然らずんば憲法第卅一条は全く空文化されるに至るであろう。

原判決は前記の如き被告人にとつては何等の法律的価値のない行動につき収賄罪の成立を認め、右事実により第三者が収受した金弐万円を被告人より追徴せんとしているのは甚だしく法令の適用を誤り且つ重大なる事実の誤認であると信ずる。

第二点　原判決は刑の量定が甚しく不当であつて之を破棄しなければ著しく正義に反する。

原判決は被告人の控訴を棄却し、懲役十月追徴金三四八、〇〇〇円を言渡した第一審判決を支持しているが、被告人が本件犯行を行うに至つた動機及び被告人の職場に於ける地位、環境、収受した金品の使途竝びに被告人の素行又は被告人の家庭事情等を具さに検討すれば被告人に対し実刑を課することは却つて被告人が本件犯行が発覚し起訴せられた昭和卅二年以来現在に至るまで約七年の永きに亘り刑事被告人として世間より冷眼視され、その間ひたすら謹慎の生活を続けて来た被告人の更生々活と之に協力して来た妻子等の願望も徒労に終り、被告人一家を路頭に迷はしめる結果となり斯くては切角行われている被告人の平穏な社会生活を乱し却つて甚しく社会正義に反する結果を招来することになる。

一、本件犯行の動機と被告人の職場に於ける地位、環境

被告人は愛知県衛生部防疫課の平職員であるが、原判決が判示認定している如く、右防疫課の課長飯田及び同課員植村も同一業者等より多額の収賄を為して居り、被告人はその職務上の上司である右飯田課長や同療植村等の行動を見習つて本件犯行を犯すに至つたのであるが、右の如く上司等も行つていることであり且つ直接職務に関係のない業者からの収受であつたゝめ、その犯罪性の認識を欠くに至つたことは、一般に官公署に勤務する者の陥り易い誘惑であつて、本件犯行は決して被告人が独りで決めたものではなく、その職場の環境に誘惑された結果である。

二、被告人が収受した金品の使途竝びに被告人の素行

被告人が収受した金品の使途については、被告人が述べている如くその一部は被告人の母の入院費、法要の費用、及住宅の建築費として使つたのであるが、他は本省職員に対する接待費として費消していて、他の共同被告人の如く、之によつて情婦を囲つたり、競艇に耽溺していたような不良な素行は全くなかつたのである。（原判決理由参照）

殊に地方自治体職員の本省職員を接待するという習慣が現在一般に広く行われていることは公知の事実であつて、地方自治体職員がその職務に関する上級監督官庁の職員を歓待することは円満な職務の遂行のため止むを得ない手段であつて各都道府県が多くの予算を割いて東京都内に事務所を開設し関係官庁に対する陳情、交渉等の事務を行わせているのも同趣旨に出でるものであることは一般に周知の事実である。

原審の証人内藤幸穂は、その証言に於て右の如き地方自治体職員と本省職員との関係を次の様に明瞭に述べている。

内藤証人供述調書六四七三丁以下

布谷裁判官

あなたが担当しておられた時に愛知県以外の県の防疫課又は水道課の職員の人から供応を受けたことがありますか、

それが只今申しました茨城県の事件でございます。

それは県の職員からですか、

県の職員を通じてでございます。

何処の県の人も本省の人に供応しなければ仕事がうまくいかないんですか、

供応という言葉が当るかどうか存じませんが仕事の数が多いので朝九時から始めても五時にはなかなか終りませんので残業してやつたんだから一諸に食事をして帰ろう、というような場合があつた訳です。

同証人調書六四七四丁以下

あなたも公務員をやつておつたら、そういう連中の収入というものがわかる訳ですからそんな場合に植村、山崎が自分の懐の金を出せると思つていたですか、

懐の金ではないだろうと言うことは……。

すると業者からでも取れるといふようなつもりだつたんですね、

取るというような、そこまでは考えませんですが、彼らの負担としては多過ぎると言いますか、無理であると言いますかそういう感じは致しました。

布谷裁判官

県の職員の人が本省の人に持ちかけるようにして行つた訳ですか、この場合植村・山崎なんかがあなたの方に積極的にサービスするようにした関係で飲みに行つたのか、あなたの方でそういうような態度を示したんですか、逆に言えばそういうことをして呉れなければ書類のつまらないことをやかましく言う、ということが暗に行われるからやつたんですか、それとも向うの方がそうしたことの方がいゝというんで持ちかけてくるのか、

と同時に気が合つて飲んだということです。

両方相俟つてということですか、

はい。

と証言している。

又、原審に於ける証人吉田止栄もその供述調書で（六四九三丁以下）

布谷裁判官

そういう場合に本省の人と一諸に飲んだり食べたりする事は各県の出張して来た職員の通常やつていることですか、何処の県でもやつているから一つの県だけやらぬ訳にはいかないということですか、

仕事の関係で遅くなりますからどうしてもそういうことになります。

と述べ、右両証人共一般に地方自治体職員が本省職員に対し職務を円滑に遂行するため止むなく饗応している事実があることを認めている。

右の如き悪習慣は当然打破すべきではあるが、本件被告人の行為はその私利私慾に出てたものではなく、全く職務の円滑を希念するの余に出でたものであるから、その動機と右の如き一般の慣習に照し、情状酌量すべきものがあると考える。

三、被告人の家庭事情

被告人は昭和廿三年春国立名古屋工業専門学校土木課（現名古屋工業大学）を卒業し直ちに愛知県庁に就職したが、最初は定員がないため臨時雇員嘱託等の資格で勤めていて昭和廿八年に漸く正式吏員となり衛生部防疫課に勤めること

になつた者である。相被告人植村は同じ学校の同級生であつたが防疫課吏員となつたのは植村の方が一年早く、従つて職場においては植村の方が先輩であつた。

被告人は本刑事々件により約十年勤めた県庁より懲戒免職処分を受けたので退職金すら貰うことが出来ず、その后現在勤めている民間会社に就職し現在に至つている。

被告人には今迄何等の前科のないことは勿論、本刑事々件以外、警察、検察庁の取調を受けたこともなく、現在妻及び十才と七才になる二児を抱えて真面目な生活を行つている。万一本件裁判により実刑に処せられることにもなれば被告人や妻子の今后の生活が増々悲惨な状態に陥入ることは明かである。

原審証人内藤幸穂は厚生省職員で被告人より数回饗応を受けたものであるが、同証人の証言によると（供述調書六四七一丁以下）同人は他の事件につき懲役一年執行猶予三年の言渡を受けているに過ぎない。

被告人に対する刑罰と同被告人をして、多額の接待費を捻出することをよぎなくさせていた、右内藤が前記の如く執行猶予の恩典に浴していることゝを比較するとき、明かに両刑罰に権衡を欠くものがあることを痛感する。

以上縷述した諸情状につき具さに御精査賜り、被告人に対し執行猶予の恩典に浴せしめられんことを懇願する次第である。

以　上

昭和三八年(あ)第二四二二号

贈賄　被告人佐々木留吉

弁護人武藤鹿三の上告趣意

第一点　判決に影響を及ぼすべき法令違反

(一)　原判決は、被告人佐々木留吉が、相被告人飯田康雄、同植村勇、同山崎良夫等の職務に関して有利な取扱を求める趣旨で贈賄したものであるとの見解を維持し、第一審判決の懲役八月に処する旨の量刑を相当なりとして控訴を棄却したのである。

(二)　而して原判決書に依れば、被告人佐々木留吉の所為が、右相被告人等の職務に密接に関連するものであるとして、同判決書二の(一)に述べた通りであると説明しているのであり、そして、右二の(一)に論述されているところの要旨は

(イ)　愛知県防疫課員は、第一審判決摘示の通り、水道条例に基き、県の関係する水道業務一切の事務を其の所管とするものであり、

(ロ)　被告人の如き業者は、簡易水道布設の事業主体である市町村や簡易水道布設組合と契約して、其の設計や工事を請負うものではあるが、

(1)　事業主体が県への問合せ等のために出入するので、之等の情報を一刻も早く得るために県に出入するとか、

(2)　又は事業主体に代つて（各事業主体に技術者が居らないために）手続上のことを事実上引受けている

ことが実情であるので、防疫課係員の相被告人等と、業者である被告人とが職務に関して密接な関係があると云うのである。

(三)　第一審判決認定の各贈賄の事実について見るに、被告人佐々木留吉は、相被告人等に対し、事業主体に代つて布設認

可申請の手続を為すにつき将来簡易水道布設に際して、当該工事を落札した暁には手心を加えられたいと依頼した事実はないし、又被告人が将来県より布設認可された事業主体との間に、果して工事を請負うか否かは事業主体の行う入札により決定されるものであることは一件記録上明らかである。

従つて、相被告人等の職務である事業主体に対する簡易水道の布設認可の職務と被告人とは何等の関連性もないと云うことが出来る。

右の如き本件被告人の各所為に対し贈賄罪の法条を以て問擬した原判決は、罪とならざる事実につき有罪と認定した違法があり、之を破棄しなければ著しく正義に反すると認められると思料する。

第二点　刑の量定甚しく不当である。

(一)　被告人の本件各所為は相被告人の職務行為自体に関連するものでないことは前述の通りである。

要するに被告人は、簡易水道敷設事業主等の情報を得るか、又は布設認可申請の代行業務を担当するに際つて、其の書式、設計図等の要式について、相被告人等の指示又は教示を求めた程度であつて、官規を紊乱したとも考えられず、寧ろ記録上より見て、遊興自体に品位を阻害したものと思われる。

故に仮りに相被告人等の職務行為に関連ありとするも、認定の事実は枝葉末節に亘る職務であるとも認められるのであり、職務の限界を之迄拡張するの可否については大いに疑が持たれる。

(二)　而して被告人は、相被告人等より数度に亘り要求され、之を拒否すれば業者としての営業を断念すべき窮地に立ちながら止むなく要求に応じ本件犯行に及んだことは記録上明らかである。

原審が右事情を無視して、第一審の量定した懲役八月の刑を相当として控訴を棄却するに至つたことは、量刑甚しく不当であつて、之を破棄しなければ著しく正義に反すると思うのである。

以　上

昭和三八年(あ)第二四二二号

収　賄　被告人　野　村　博

弁護人平野安兵衛の上告趣意

第一点　原判決は判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものである。

(一)　原判決は被告人が安城市の簡易水道敷設工事及び上水道敷設工事の請負施工等について安城市衛生課長（後に水道課長）として職務に関し業者から報酬趣旨のもとに金品を収受したものと認定し被告人が個々の請負契約或は資材購入等に関与しその決定等について相当重要な影響力を持つていたものであるが事実は全く誤である。

被告人が原審で供述している通り請負契約或は資材購入等については市長の補助機関として建設委員会が設けられており同委員会が先づ慎重審議し後市長の決裁により決定を見るものであつて単なる事務担当者である被告人がこれに関与し重要な影響を与える余地はなかつたのであるし又工事の施行についても専門の技術者が責任を担当し監督検査等は市長及び建設委員会の委員がこれに当るのであつて被告人にはその権限はなかつたのである。

原審はこれ等の点について一片の形式的な市長回答書に根拠を置き被告人水谷富雄の検察官に対する杜撰乱暴な供述を援用しているようであるが速断も甚だしいと言わねばならぬのであつてこの点について被告人は原審で市長や建設委員会の委員長等の喚問を申請して実状を明かにすることを求めたのに原審はこれを退けて事実の真相を明かにせず漫然事実を認定したことは全く事実誤認である。

(二)　対被告人水谷富雄関係の現金五万円の授受の件は被告人としては全然覚えのない事で事実誤認である。

被告人は当初から極力事実相違の点を主張してきたのであるが被告人水谷の無責任な供述と「安城市謝礼」と記載し

た記帳によりそれが被告人が収受したものであると認定されて了つたのである。

「安城市謝礼」というような記載自体が甚だ曖昧なものであることは多言を要しないところでこれを被告人に押しつけられることは甚だ迷惑でもあるし事実は事実で終始正直に告白して来たので覚えのない事を認める訳にはいかなかつたのであつたが被告人は病後の身で一日も早く出所したかつたので遂に一応これを認めたかたちにする事を余儀なくされたのであるが既に前述したように水谷の供述なるものは出鱈目な無責任なものであつたし関連事実関係を前後綜合しても被告人が前記金員を収受した根拠は出て来ないのである。

原審で被告人は卒直に前記事実に相違する旨を主張したのであるがこの点に関する水谷の依然曖昧な供述等に基いて原判決が間違つた事実を認定したことは遺憾に堪えないのである。

(三) 右同様水谷被告人関係の中古ラビットスクーター収受の件は結果に於ては弁解の余地のないような事になつて了つたのであるが被告人としては水谷から貰うつもりは毛頭なく当時多忙であつたし胸を患つて六ヶ月入院治療し退院後日も浅くて身体も衰弱し勝ちであつたのでスクーター使用の必要を感じ中古品の入手方法を参考に水谷にきいたことがあつたが被告人もその事を忘れていた頃に水谷から届けられた。勿論代金は払うつもりで聞いたが水谷が言わぬので支払が延び延びになつた。その内公務員の公務に関する購入について半額補助の話もあつたのでその事も考えている内水谷の方で代払して了つたということで遂に未解決のままに日時が経過して了つたのである。

以上の次第で前記三点について原判決には事実誤認があるのである。

第二点　原判決は刑の量定が甚しく不当であつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものである。

(一) 原判決は被告人に実刑を科した事は全く失当である。

成る程額も相当であるしいやしくも公務員が関係業者から金品を収受するようなことは弁解の余地もないような申訳のない事案ではあるが被告人は既に前に述べた通り単なる事務担当者であつて事実重要な点に関与する資格も権限もなかつたのであるから意識して業者から金品の贈与を受ける意慾などは全然なかつたのであるが業者の方で無理に押しつけた。もとより被告人は堅くこれを辞退していたのであるが遂には相手方の好意に負けて了つたのである。

贈与した業者側でも異口同音に証言している通り被告人が病弱であつたことに同情したり被告人が非常に真面目で仕事熱心であつたことに敬意を表していたのでそういう人格的な面に対する敬意と人間的な好感の発露から遂このような不仕末をおかして了つたものである。

被告人は元来真面目で良心的な男であつたので意識して行動し自己の欲求を充たそうとしたことは絶対なかつたのであるが病弱であつた為遂意思が弱くなり業者の好意に負けたのである。それで収受した金品は部下の人々の慰労等に消費したり出張の際の費用の補いに使用したりして決して遊興等良くない事に消費してはいない。これ等の事は特に留意して見てやるべきであると考える。

(二) 被告人は安城市明法寺と称する由緒ある寺院住職の四男として生れ昭和十二年三月県立西尾中学校（現西尾高校）を卒業昭和十三年一月現役志願兵として満洲駐屯関東軍騎兵第二六聯隊に入隊陸軍士官学校受験勉強中に部隊動員令が降り北支那に転戦同年十二月陸軍伍長に任官その後北支、中支、仏印進駐、タイ国進駐、ビルマ作戦に従軍し昭和二十一年二月陸軍准尉で復員。

復員後農業を始めたが昭和二十一年十一月一日当時の町長の薦めにより安城町役場に勤め消防主任、公安委員会書記、市議会事務局長を経て昭和二十七年四月一日衛生課長昭和三十一年八月一日水道課長となつたのであるがその頃本件のような不仕末を犯し昭和三十二年七月十七日退職の止むなきに至つたのである。

被告人は非常に几帳面な性格の人物で与えられた仕事は命令通り厳格過ぎるくらい真面目に精励し実直に職務を遂行

して来たもので素行も善良で勿論前科等一切いまわしい前歴もないのであつて本件の過により将来の進路を失い妻子と共に悲痛な日々を送つていることは同情に堪えぬのである。

徴々たる公務員で一介の事務担当者に過ぎない被告人がこのような事に追い込まれ実刑まで科せられる事はかわいそうである。妻子の事も考えてやるべきであるしまだ前途のある彼自身の事も考えてやるべきである。収受したものは没収及び追徴して尚且つ実刑を科して妻子の生活に忽ち支障を来し彼自身の前途の光明を奪つて了うことは実に無慈悲な事であると痛感するのである。

以上諸般の事情を綜合して被告人に実刑を科した原判決は刑の量定著しく不当であると思料される次第で破棄の上温情のある裁判を切望して止まぬのである。

以　上

昭和三八年(あ)第二四二二号

贈賄　被

弁護人大道寺和雄、同青柳虎之助の上告趣意

第一、第一審並に原判決は被告人水谷富雄は

(1) 飯田康雄に対し水谷商会の請け負つた愛知県下での簡易水道布設事業について、職務上有利便宜な取り扱いを求めることなどの趣旨で、前後二回にわたつて現金合計二〇、〇〇〇円を贈与し、もつて被告人飯田の職務に関し、それぞれ賄賂を供与し、

(2) 植村勇に対し水谷商会の請け負つた愛知県下での簡易水道布設事業について、職務上有利便宜な取り扱いを求めることなどの趣旨で、前後四回にわたつて現金合計八〇、〇〇〇円を贈与し、また価額二、九〇〇円相当の酒食及び芸妓の饗応接待をし、もつて被告人植村の職務に関し、それぞれ賄賂を供与し、

(3) 山崎良夫に対し水谷商会の請け負つた愛知県下での簡易水道布設事業について、職務上有利便宜な取り扱いを求めることなどの趣旨で前後八回にわたつて現金合計一四〇、〇〇〇円を贈与し、もつて被告人山崎の職務に関し、それぞれ賄賂を供与し、

(4) 昭和三十年三月頃植村勇及び山崎良夫に対し水谷商会の請け負つた愛知県下での簡易水道布設事業について、職務上有利便宜な取り扱いを求めることなどの趣旨で現金二〇、〇〇〇円を贈与し、もつて被告人植村及び被告人山崎の職務に関し、賄賂を供与し、

(5) 野村博に対し水谷商会の安城市営簡易水道布設事業及び上水道布設事業の工事の請負について職務上種々世話になつたことの謝礼とその後も職務上有利便宜な取り扱いを求めることなどの趣旨で、前後六回にわたつて現金合計一二〇、

被告人　水谷富雄

〇〇〇円及び価額合計九四、六〇〇円相当のスクーター一台、マットレス一式を贈与し、また価額二、九〇〇円相当の酒食及び芸妓の饗応接待をし、もつて被告人野村の職務に関し、それぞれ賄賂を供与し、

(6) 昭和三十一年十月二十日頃、被告人植村勇及び被告人野村博を飲食遊興させた帰途、名古屋市瑞穂区駒場町三丁目一番地の自宅付近で、右被告人両名に対して、水谷商会の請け負つた愛知県下での簡易水道事業及び安城市営水道事業の請負について、職務上有利便宜な取り扱いを求めることなどの趣旨で、帰宅の自動車代として現金三、〇〇〇円を贈与し、もつて被告人植村及び被告人野村の職務に関し賄賂を供与し、

(7) 昭和三十二年五月上旬頃、安城市内平貴街道付近の上水道布設工事現場で、被告人高橋春雄に対して、水谷商会が請け負つた安城市営上水道布設事業の工事、殊にこれに伴う道路補修工事について、職務上種々世話になつたことの謝礼などの趣旨で、現金四〇、〇〇〇円を贈与し、もつて被告人高橋の職務に関し賄賂を供与し、

たものとして被告人水谷富雄に対して懲役六月の判決言渡をしている。

第二、飯田康雄と水谷関係

水谷富雄は（昭和三十二年六月二十六日付）同人の警察の調書にもある如く昭和二十一年三月叔父の経営する水道工事請負業二和商会に技術員として勤め事業を会得して昭和二十六年十一月独立して水谷商会を作り昭和三十年四月六日会社組織にして其の代表取締役に就任したものであつて相当古くより営業して居り顧客もあつて無理をして仕事を探す必要もなかつた。

昭和三十二年七月十六日付同人の検察官調書にもある如く飯田課長は県費の補助金等を廻つて下附さるべき補助金を減額したり、不必要な補助金を水増する等強引な不正行為を為しているので水谷は前述の如く比較的古くからの地盤もあるので強引な手段をとつて他の業者に対抗する必要もなく公然行はれている前記の如き飯田課長の行為に対し義憤を感じ一

夜名宝裏の料亭竜仙に飯田課長を呼び約三時間にわたつて種々具体的事例をあげて同課長の不公平を難詰した。然しこの為同課長より陰に陽に因念をつけられ仕事の邪魔をされ水谷がやつていた碧海郡六ッ美村の工事に至つては村長や区長を呼び出し水谷に工事をやらせるなら補助金をやらないと怖されついに仕事を出来なくした事も出て来た。業者から水谷に対して自分の商売の事も考へず軽卒な事をしたものだと忠告とも感謝ともつかない事を云はれた事があつた。

斯様な性格の水谷であつたから自から進んで金品を贈る等と云ふ事はなかつたのであるが何かと因念をつけて強引に要求されると遂拒みかねて之に応じて来たと云ふのが本件の特色である。水谷が飯田課長に苦言を呈してから四、五ヶ月後山崎や植村が水谷と飯田課長の間をとりなして水谷が一席をもうけて商売可愛さから涙をのんで頭を下げた事があつた。其後飯田から八釜間敷く夜電話がかゝつて水谷を呼出しに来たが水谷は留守を使つて避けていた。（七月十六日附水谷に対する検察官聴取書参照）

(一) 昭和三十二年九月二十日附起訴状第十の(一)の(1)について

夜植村から明日だるまやに来てくれと云はれたので行つて見ると植村から課長から頼まれて来たが金を少し貸して欲しいと云ふ事だがどうだろうかと切出されたので拒れば課長と植村の両方に悪いので商売可愛さから持合せた金の中から一万円渡した。（七月二十四日附水谷に対する警察聴取書八月七日附水谷に対する検察官聴取書参照）

(二) 同第十の(一)の(2)について

其日県庁内の水道課へ仕事の事で行つて帰る際飯田課長から呼ばれて同人席に行くと飯田は「金を少し何とか無理云へないか」と思いがけない事を云はれるので困つていると「一寸こちらへ来てくれ」と云はれるのでついて行くと二階の議事堂前の便所の中へ入つて行つて「都合はどうか」と云はれるので大便所に人が居るかも判らないので水谷は止むを得ず黙つて一万円を出したら飯田も黙つて頭を下げて受取つたのである。

右の様な状況で水谷は商売上断る事も出来ず課長飯田康雄より要請され計金二万円也をとられたのであつて決して進んで出したものでない。

第三、植村勇と水谷関係

一、昭和三十二年七月十七日附起訴状第一の(1)に関し

水谷が個人経営していた頃植村等と飲食はしていたが同人より「金を貸してくれ」と云はれたのはこの時が初めてであつたので水谷としては非常に驚いたのであるが水谷としては商売上水谷の作成した書類を植村に点検受理される弱味があるので止むを得ず之に応じて三万円を呈供した。(水谷に関する昭和三十二年七月一日附、同七月三日附各警察供述書)

二、昭和三十二年七月十七日附起訴状第一の(2)に関し

水谷が新川町阿原、碧海郡桜井村、豊山村豊場、祖父江町森上、の水道工事を設計、県の検査を受けた申請書がまとまつたので植村が之等の書類を持参上京して厚生省に状況を報告するのであるが恰も其頃夜八時頃植村から水谷に電話があり「東京に出張するから三万円都合して来てくれ」と云ふ電話があつたので場所を聞いて「だるまや」に居る植村に手交したのである。(水谷に関する昭和三十二年七月一日附、同七月九日附各警察供述調書)

三、昭和三十二年九月二十日附起訴状第十の(二)の(1)に関し

水谷は植村、野村等と共に水道協会総会出席の為東京に行つたが其帰途湯ヶ原に泊つた際の宿泊飲食費を他の者が支払はないので水谷が支払つて置いたものである。此の際の芸者も水谷以外の誰かが芸者を呼ぼうと云ふて呼んだのである。水谷は酒も呑めないので只附合つていたのであるが其の中に苦しくなつてねて了い判らなかつたのであるが翌朝芸者が来ていた事が判つたに過ぎない。

四、昭和三十二年九月二十日附起訴状第十の(二)の(2)に関し

別府で水道協会の総会があつた時植村が出張したのであるが此の際植村は水谷に切符を買つて与へると共に従来からの例である様に更に金をねだられる事が判りきつていたので水谷から植村に二万円を渡したものである。(水谷に関する昭和三十二年七月二日附警察、並に同年八月五日附検察官各供述調書)

第四、山崎良夫と水谷富雄関係

一、昭和三十二年九月二十日附起訴状第十の(三)の(1)に関し

水谷が夕食を済せて家族とくつろいでいると夜八時頃山崎から電話で「ルナパークに居るから来ないか」と云ふ呼出があつたので行くと山崎と植村が居り大分酔つていたが更に数時間遊んでも尚何処かへ行つたり泊つたりしたい様な状況であつたので水谷は酒も呑めずダンスも出来ないので味気ない時間を過していたので早く切り上げる意味で五、〇〇〇円を渡して逃げ帰つたのである。(昭和三十二年七月八日附警察、同月十八日附検察官各供述調書参照)

二、同第十の(三)の(2)に関し

山崎が京都の水道協会技術研究会に出席する際夜八時過ぎ山崎から電話で二つ頼むとねだつて来た。山崎はいつも一つ二つと即ち一万円、二万円と云ふ意味である。更に翌日の昼頃山崎から退庁時頃金を頼むと云ふて来たので二万円を自動車の中で渡した。(水谷に関する昭和三十二年七月十九日附検察官供述調書)

三、同第十の(三)の(3)に関し

夜植村から電話があつて「山崎の母が乳ガンで危く大学のいゝ先生を頼んで手術をして貰ふ事になつたが、お金が工面出来ずに困つているから五万円程貸してやつてくれないか」と云ふ事であつた。

其後四、五日過ぎてから山崎から電話があつて「えらい無理を云ふてすまんが植村からも御願した件よろしく御願し

ます。今日都合して貰えるか」と云ふて来たので水谷は二人から頼まれ五万円を用立したのである。（水谷に関する七月七日附警察、七月二十日検察官各供述調書）

四、同第十の㈡の(4)に関し

山崎から夜電話があり「又東京へ行くから一つ無理云へないか」と、おねだりがあり更に翌日山崎から又電話があり「今から都合どうか」と電話がかゝつたので止むなく金一万円を山崎に届けた。（水谷に関する七月七日警察同二十二日検察官各供述調書）

五、同第十の㈡の(5)に関し

夜八時頃山崎から電話があり「今ＭＧＭにいるが来れないか」との呼出があつたが水谷は夕食を済し風呂に入つた後であり酒も呑めないので甚だ迷惑であつたが止むを得ず同所に行くと山崎と植村が居つて相当酔つており更に帰る電車もないので他に行かうと云ふ様子であつたので水谷はこれ以上の附合は堪えられないので五、〇〇〇円を渡して逃れ帰つたのである。（七月八日警察、七月二十二日検察官各供述調書）

六、同第十の㈡の(6)に関し

夜電話が山崎よりかゝり「だるまや迄来てくれ」と云ふので同所に行くと山崎は「今度又出張するから一つ都合してくれ」とねだるので金一万円を渡した。（七月九日警察、八月五日検察官各供述調書）

七、同第十の㈡の(7)に関し

例の如く夜山崎より電話があり「出張するので又二つ頼む」と云はれ更に翌日「今から都合してくれ」と電話がかゝつたので二万円を山崎に届けた。（七月九日警察、七月二十二日検察官各供述調書）

八、同第十の㈡の(8)に関し

山崎から電話があり「明日東京へ出張するから二つばかり頼む今から渥美の方へ出張して四時頃帰るから金山橋駅で待合せよう」とねだるので其の通り山崎に二万円渡した。（八月五日検察官供述調書）

第五、植村及山崎と水谷関係

植村と山崎は前記の如く山崎の母親の入院に当りては両名交互に水谷に電話をかけて出金させて来たのであるが其後も夜両名交互に電話をかけて来て夜の遊興に水谷を誘い出して支払をさせ帰りに五、〇〇〇等と金をねだつていたのである が其の電話の際も一名が電話をかけて水谷を呼び出し一名は電話口で相談しては水谷と話していたので両名のやり口は全くチンピラが鴨にたかつている様な手口であつた。

一、同第十の㈣に関し

右の様な状況であつた処本省より内藤技官がきたからつき会へと夜電話が水谷の処にかゝつてきた。

丁度水谷は夕食を終り入浴も済せ就床していた処で甚だ迷惑に堪えられなかつたけれども商売可愛さから出向く事になつたが肩苦しいつき会いを長時間させられるのをきらつて、要求された金二〇、〇〇〇円也を渡して帰つたのである。（昭和三十二年七月十八日、同月二十日附検察官供述調書参照）

第六、野村博と水谷との関係

一、昭和三十二年八月八日附起訴状第一の(1)に関し

野村から安城市役所の課長席で課長ともなれば誰でもスクーター位に乗れと云はれているが何処かいゝスクーターを手に入れる処はないかと云はれた。

野村は他の者と異り直接何程金を出せとか何々してくれとはいはないが遠廻しに而も蔭険に云はれるので水谷としては不愉快であつたが商売可愛さよりスクーター一台を他より買つて野村に贈つたのである。（昭和三十二年七月十四日

附警察、並に八月八日附検察官各供述調書参照）

二、同第一の(2)に関し

水谷が南部地区の工事契約をした一週間位後に野村が水谷に「指名に入らなければこう云うことにはならない」と恩着せがましく云い何等かの札をせよと云ふ態度であつたので自動車の中で金五万円を渡した。（昭和三十二年七月十九日警察、八月八日検察官各供述調書参照）

三、同第一の(3)に関し

八月二十二日上水道第一期工事の準備にかゝつた頃やはり野村さんから例により遠廻しに仕事が手に入つてよかつたねとねだられたが其頃野村は病気上りであつたのでマットツレスがよかろうと思つて松坂屋より贈つた。（昭和三十二年七月十七日警察、八月八日検察官各供述調書参照）

四、昭和三十二年九月二十日附起訴状第十の(六)に関し

これは植村に対する件(三)と同一趣旨につきこれを援用する。

五、昭和三十二年八月八日附起訴状第一の(4)に関し

今度忘年会をやりたいが出席してくれと云はれたが業者が出席する訳にも参りませんので断はり其の費用の一部にとして金二万円を出した。これも金をくれと要求された趣旨であつた。（検察官八月八日附供述調書）

六、同第一の(5)に関し

丁度其頃浅野物産が安城市の水道工事を落札したのであつたが高橋技師から「野村課長が水谷を上水道工事の指名から外そうではないかと云つているが」とか「昨夜課長が名古屋に出掛けたが水谷さんは会はれなかつたか」等と云はれ業者としては指名から外される事は致命的打撃であつた。

丁度其頃別府で水道協会の総会があるので其処へ出席すればそれ位の費用が入用であるのでそれにかこつけて旅費にして下さいと云ふて渡した。

第七、野村博並植村勇両名に関し

一、昭和三十二年九月二十日附起訴状第十の(五)に関し

湯ヶ原の帰途名古屋市内で食事している中に時刻も遅くなつたので安城迄帰る自動車代として両名に托したものである。水谷も途中迄同乗した。

第八、高橋春雄に関し

一、昭和三十二年九月二十日附起訴状第十の(七)に関し

上水道工事施行中雨続きであり工事現場が県道を縦断しているので交通量も繁く難工事であつた。道路が粘土の為め車がスリップしたり、道路が崩れたりして交通マヒする事も度々であつた。

この折現場を見廻り指導に来る高橋は夜遅く迄、或は朝早く雨中ズブヌレになつて砂利を撒いたり、自らスコップを持つたりして路面の復旧に努力してくれたり、或は市役所の人夫を動員して水谷の責に帰すべき仕事をしてくれたので水谷は感謝の気持で工事完了に近付いた頃高橋に金五万円を贈つたのであつた。これのみが水谷が進んで贈呈した金であつた。（昭和三十二年七月二十日同八月十五日の警察、八月八日検察官各供述調書参照）

第九、結　論

一、水谷は父留太郎の長男として大正八年生れ東邦商業学校を卒業すると間もなく応召し、昭和二十一年三月工兵大尉となつて復員し叔父の経営する水道工事請負業二和商会に勤め水道工事の請負業を会得して昭和二十六年十一月頃個人で水谷商店を経営し昭和三十年四月六日親族寄り集つて会社組織にし水谷が代表取締役（月給五万円）となつて細々乍ら

努力して今日に至つている。

水谷は酒も煙草も呑まず、ダンスも踊れない男で趣味としては魚釣りと読書（機械関係）位で非常に真面目な人物である。

二、斯様な人物が一日の仕事を終り疲れた身体で風呂に入つて家族と共に夕食を済せ漸く我に帰つて家族と共に語り会つている時に関係官吏より電話で呼出され或は甚だしきに至つては就床した処を酔払つた官吏からキャバレー等より電話で呼出され酔払いの官吏の相手をさせられキャバレーで酒も呑めず、煙草もすえなく踊も出来ない男が手もち無沙汰に腰掛けの隅で小さくなつて味気ない時間を送り、而も相手の手前、あくびも出来ないでじつと耐え忍んでいるのが商売上とは云へ あはれなみじめな水谷の姿であつた。水谷の妻もこの有様を相像して或は水谷より聞いて共に泣いた事も度々あつた。

三、水谷は会社の事務所と住所とが同一であつたが他の業者は別々であつた。

県の官吏が夜呑み、歩いてねだる先は水谷より他になかつたのである。官吏も「何処の会社も帰つてしまつているので水谷さんしか無理が云へないので悪いなー」と何時も云はれて居つた。

水谷も夜電話のかゝる場合は留守だと云ふ事にしていたが留守許りも云へないので適当に出掛けて行つたのである。これが他の業者に比べて回数も金も多くなつた事情である。

四、被告人水谷が代表取締役となつて全員挙つて努力して来た処本件事件が発覚し代表者である被告人が拘留され新聞紙上に発表されて会社は大打撃を受けたのである。

斯る状態になれば普通の贈賄してない会社でも潰れるのが常態である。まして贈賄による何等かの無形の利益でも得て之により業績を挙げ或は保持して来たものでもあれば其の摘発により、贈賄しなかつた普通の会社よりも酷な取扱を

受け、発注は取り止め、入札の指名は取消され（斯る事態になるとその会社に近付く者は何等かの贈賄を受けていると世人から誤解されると思ふのか又は身の潔白を証明する方法として斯る不評判な会社を特に酷に取扱ふ人情から出るのか）立つ事が出来なくなるのが普通である。

取調官に対しては時に上手に虚偽の陳述をして誤魔化して通る輩も世人の目を欺く事は出来ない。又逆に取調官に対する供述が下手で真実を陳へ得ず或は又収賄官吏をかばふ余り自分が悪い様に供述して罪を一身に引受け重罪に陥入る者に対しては世人が一番よく真実を知り同情は自然に集り業績は左程下らず或は却而業績が上る事もあるものである。

被告水谷は前記諸事実の通り収賄官吏に金員を強要されて来たのみで仕事面では何等の利益をも蒙つて居なかつたにも拘らず尚取調に際しても人のよい被告は官吏であつた被告等をかばう余り自分が進んで金を出した様な供述をして了つた（被告水谷が進んで提供したものは前記の如く夫々理由があつた）。

この事実は被告の過誤から充分立証出来なかつたけれども世人はよく被告水谷の真相を知つているので特に酷な取扱は受けなかつた。寧ろ同情せられた状態であつた。比の事実は其後被告の代表せる水谷設備工業株式会社の業績は益々上昇し大会社、市町村等より大工事を請負つている事実によつても明かである。

五、右様の事情であるから水谷に対しては軽い刑の上に執行猶予の恩典があつて然るべきものであるに拘らず原判決は一審の懲役六月の刑を支持して控訴棄却したのであるから甚だしく過重の判決で、これ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、刑訴法第四一一条により職権御発動の上、原判決破棄せられん事を求める。

以　上

昭和三八年(さ)第一一号

判決

本籍　福井県吉田郡松岡町神明

住居　北海道千歳市祝梅二　東千歳自衛隊松村組作業所内

帳場

竹部慎一郎

昭和一四年七月三〇日生

右の者に対する道路交通法違反被告事件につき、昭和三六年一〇月一九日札幌簡易裁判所がした略式命令に対し、検事総長清原邦一から非常上告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり判決する。

主文

原略式命令を破棄する。

本件公訴事実につき、被告人を免訴する。

理由

検事総長清原邦一の非常上告趣意について。

関係記録を調査すると、被告人は、昭和三六年九月二五日札幌区検察庁検察官から札幌簡易裁判所に、「公安委員会の運転免許を受けないで、昭和三六年七月二〇日午後二時四五分ころ、夕張市清水沢南町夕張鉄道附近道路において、原動機付自転車を運転した」との犯罪事実により、公訴を提起されるとともに略式命令を請求され、同年一〇月一九日同裁判所において、右の事実につき、道路交通法違反（六四条、一一八条一項一号適用）として罰金三、〇〇〇円に処する旨の本件略式

命令を受け、この裁判は同年一一月五日確定したのであるが、他方、被告人は、同年一〇月一八日札幌区検察庁検察官から同裁判所に、右と同一の事実につき、公訴を提起されるとともに即決裁判を請求され、即日同裁判所において、道路交通法違反（前記と同一法条適用）として罰金三、〇〇〇円に処する旨の即決裁判の宣告を受け、この裁判は同年一一月二日確定した事実を認めることができる。

右によれば、本件略式命令は、すでに確定裁判を経た事件に関するものとなり、これが違法で被告人に不利益なものであることは明らかであるから、本件非常上告は理由がある。

よって、刑訴四五八条一号により、原略式命令を破棄し、同三三七条一号により本件公訴事実につき被告人を免訴することとし、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　中村哲夫公判出席

昭和三九年三月五日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　藤朔郎

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　長部謹吾

昭和三八年(あ)第二五〇一号

判決

本籍・住居　石川県鹿島郡中島町字浜田レ部二一番地の一

農業

室木能邇郎

明治三四年六月二六日生

右に対する公職選挙法違反被告事件について昭和三八年九月一九日名古屋高等裁判所金沢支部の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があ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

被告人の上告趣意は、事実誤認の主張であって刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

弁護人橋本順、同山崎清、同早川庄一の上告趣意第一点について。

論旨中判例違反をいう点は、原判決の認定に添わない事実関係に立脚するものであるから、その前提を欠き、その余の論旨は、事実誤認、単なる刑法違反の主張であって、上告適法の理由とならない。

同第二点について。

論旨は、控訴趣意として主張されず、従って原審の判断を受けていない事項につき、単なる訴訟法違反とこれを前提として違憲、判例違反を主張するものに外ならず、すべて上告適法の理由とならない。（のみならず、所論共謀の事実は、所論

各供述調書謄本を除いても原判決挙示の原審相被告人多賀嘉一郎の検察官に対する昭和三七年四月一九日付供述調書、被告人の検察官に対する同年五月四日付供述調書によつて優に認定できる。）

同第三点について。

論旨も、原審において主張判断を経ていない訴訟手続に関する事項について違憲を主張するものであつて、上告適法の理由とならない。（なお、昭和二五年四月一二日当裁判所大法廷判決、刑集四巻四号五三五頁参照。）

同第四点について。

論旨中公職選挙法二五二条が、憲法一四条一項、一五条三項、四四条に違反すると主張する点の理由のないことは、昭和三〇年二月九日当裁判所大法廷判決（刑集九巻二号二一七頁）に徴し明らかである。その余の論旨は、公職選挙法二五二条の規定する選挙権および被選挙権の停止は、憲法三一条にいわゆる刑罰であるから公開法廷においてこれを宣告すべきであるのに、その宣告の手続を採らなかつた一審判決を是認した原判決は、憲法三一条、八二条に違反する違法があるというのであるが、右違憲の主張がその前提を欠き採用できないことも既に当裁判所の判例とするところである（昭和三五年一二月二日第二小法廷判決、刑集一四巻一三号一七八六頁）。

同第五点について。

論旨は、判例違反をいうけれども、引用の当裁判所第一小法廷判決（昭和三五年四月二八日宣告、刑集一四巻六号八二二頁）は、事前運動たる買収犯が数個行われた場合には、数個の事前運動たる買収犯が成立し、その各個の事前運動たる買収犯については、事前運動の点と買収の点とが一所為数法の関係に立つ趣旨を判示したものであり、所論のような趣旨は少しも判示していないのであるから、所論判例違反の主張はその前提において失当であり、実質は単なる法令違反の主張に帰し、上告適法の理由とならない。

同第六点について。

論旨は、事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三九年三月六日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

被告人の上告趣意

私は公職選挙法に違反する行為はいたしては居りません。

一、一審での起訴及判決並に二審での控訴棄却の理由となりました主なる点と考えられますのは

(イ) 告示前の選挙運動

(ロ) 多賀嘉一郎との共同謀議並に供応

の二点であると思われますが、

(イ)の告示前の選挙運動の点でありますが之に就いては警察及検事の調書の一部並に高裁に提出いたしました控訴趣意書に詳細陳述してあります通り私が昭和三十七年三月三十日横田部落の清水鏡一郎宅を訪れましたのは選挙運動の目的ではなくかねて同人の妻君へ依頼してあつた看護婦の見習（私の息が歯科医で最近看護婦が二人とも家庭の事情でやめ手不足をかこち困つてゐましたので）がその後見つかつたかどうかを聞きに行つたものでその折清水方で多賀嘉一郎と逢ひ約二、三十分程茶飲話をして待たせてあつた車で帰つたのであります。その時多賀から近々横田部落にも加藤哲次の後援会みたいな会合をやろうと思うがあなたの意見はどうかと訊ねられましたので私は多賀に対して会合をやるのは君たちの自由だがよく気をつけて後で選挙違反などを起こさないようにしなければ大変だよとよく注意を与えたくらいです勿論その時は会合の内容も集る人たちの顔ぶれも又会場や時間なども何一つ知らされず知つてもゐなかつたのであります。

翌三十一日夜九時ちよつと前、多賀から酒に酔つた電話がありほんの一寸でいゝから井上彌一郎（集合場所）方へ顔を出してくれとの事でやむなく顔を出しましたがその時は十人程集つてゐたと思いますが四、五人は既に酔つて横になつて

居りその席で私は何ら選挙の話しもせず又挨拶する必要もなく湯呑茶碗に酒三杯ほどと冷豆腐五片ほどよばれて約二、三十分ほどで待たせてあつた車で帰宅したのであります。

(ロ)の多賀嘉一郎との共同謀議の点でありますがこれは多賀の検事に対しての調書及山本勝嘉の調書にも明瞭に記されております通り三月二十三、四日頃加藤哲次宅で多賀は酒をよばれながら山本勝嘉から横田部落での後援会をつくることを直接頼まれたものであります、そして後日山本勝嘉から三月三十一日の会合で要した諸費用を多賀は直接受取りそれぞれ支払ひをいたして居ります此の事実をみましても多賀は私との謀議によつて右三月三十一日井上宅での会合をひらいたものでなく三月三十日清水宅で会合をやりたいと思うがあなたの意見はどうかと私に訊ねた時は既に一週間程前多賀は山本から依頼を直接受けてゐたものであります即ちこの三月三十一日の会合は山本と多賀二人の謀議によつて開かれたことは明白な事実であります。

因にこの選挙に於ける山本勝嘉は加藤哲次の唯一つの最高幹部であり出納関係は勿論、選挙運動に於ける一切の指揮等名実ともに最高主催者責任者であつたのであります。

以上(イ)(ロ)の点について申上げました通り重要な右二点には何ら私は関与いたして居りません即ち告示前の選挙運動並に多賀との共同謀議は絶対いたして居ないのであります。

夫では何故、警察及検察当局が私をあくまでも(イ)(ロ)の二点に結びつけて犯罪を構成しようとするのかをよく考えてみますと選挙が告示されてから私は加藤哲次外中学時代の友人知人三、四人から此の際何とか加藤哲次を助けてくれと数回にわたり懇願され知人らの懇請もだし難く又相手候補に対する私怨もありましたので止むなく名目だけと云う約束で選挙事務長を引きうけるにいたつたのであります又浅田善左ェ門と云う人も出納責任者となつたのでありますが此の人も名目だけで出納責任者でありながら一銭の金銭にもタッチいたしては居りません。

選挙に敗れた相手候補坂本貫一一派の幹部、取巻連中が此の際何とかして選挙事務長であつた私と出納責任者であつた浅田善左ェ門の二人を選挙違反にひつかければ連坐規程によつて当然加藤哲次は失格するものとの浅はかな誤つた考えから何らかの方法（方法の内容はある程度一般の知る所となりましたが）を以て私と浅田の二人を選挙違反にむすびつけ警察での取しらべの段階となりひいては検察当局の拘留にまで発展し而も拘留まで強行した関係上あくまでも私を(イ)(ロ)の二点に結合せざるを得ない結果を招来したものと思考せらるゝのであります。

以上

昭和三八年(あ)第二五〇一号

被告人　室木能邇郎

弁護人橋本順、同山崎清、同早川庄一の上告趣意

第一点　原判決は、最高裁判所の判例に違反し、刑法六十条の解釈を誤つた違法があり、破棄を免れない。

(一)　共謀共同正犯の成立については、最高裁判所昭和三三年五月二八日大法廷判決（刑集一二巻八号一七一八頁）によれば、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。」とされている。

かくして、「共同正犯が成立するに必要な共謀とは、数人相互の間に共同犯行の認識があることをいゝ、単に他人の犯行を認識しているだけでは、共謀ということができない」（最高判、昭和二四、二、八、二小、刑集三巻二号一一三頁）のであり、また、「他人の犯罪行為を傍観助勢していただけでは、共謀といえない」（名古屋高裁、四判、昭和二九、一〇、二八、高裁刑特報一巻一〇号四二七頁）のである。

すなわち、共謀共同正犯は、共同意思の下に、一心同体となつて、「互に」他の共犯者の行為を利用して、自己の意思を実行に移す場合である。その共同企画への関与は、犯罪実行者としての、主体的な関与でなければならない。いわば「正犯」的意思（判例にいう共同意思）をもつて謀議に加わり、かつ、その謀議実行の全過程において、客観的に、犯罪主体的地位を占めるものを指すのである。かくて、「謀議」は単なる合意ではない。共同して特定の犯罪を行うことを目的とし、共同意思主体を構成する行為である。

かくて、特定の犯罪の計画に対する、精神的同調者、賛成者、理解共鳴者、同情者等を、共謀の名の下に共同正犯に引き入れてはならない。これらの者は、場合により幇助犯たるにすぎない。その正犯との限界は、厳に認識せられてい

なければならない。

㈡ 原判決は、証拠をあげたうえ、「被告人室木、同多賀の両名は昭和三七年三月三〇日清水鏡一郎方で会い、同人方において、昭和三七年四月八日施行の中島町の町長選挙に際し、加藤哲次候補に選挙の応援をして貰うため、横田部落の同志を集めて加藤の後援会を作り、加藤候補に投票を得させる目的で集つた者に酒食を提供することを相談し、右後援会を開く日時、場所の指定、呼集める人の選択については被告人多賀に一任し、右日時場所は、きまり次第被告人多賀が被告人室木に通知することにした」という事実を認定して、右事実により、被告人室木は共謀共同正犯にあたる、としている。しかし、かゝる「相談」は、到底、共謀共同正犯にいう「謀議」ではない。

㈢ 右認定の「相談」の内容は、事実に反し、明かなる事実誤認であるが、その点は後述する。かりに、右認定のごとく話合つたとするも、その内容は、後援会を開くこと、その後援会の段取りすべては多賀が決定準備し、日時場所が定まつたならば室木に通知してくれる、ということである。凡そ、後援会主催のことを共謀した者であつたとすれば、その日時場所が定まつたときは通知してもらうことを約束する、などということがありうるであろうか。右の話の内容そのものが、室木は主催者でなく、協調者――他の後援会出席者と同じく――であることを示しているものといわざるをえない。

そも〳〵、右三月三〇日においては、被告人室木はまだ加藤候補の選挙運動者ではなかつたのである。後援会開催等の選挙運動に自から、積極的に参加する地位にはなかつたのである。あえて、主催者の側に立つ筈もないのである。そして、右後援会、酒食提供を主催した者が正犯である。同調した者は共謀した者ではない。

被告人室木は、被告人多賀、同山本が後援会開催を共謀したのに対し、被告人多賀に向つて、協調、賛意を表示した者にすぎないことは、被告人多賀の供述調書を除き、すべての証処において明かなのであり――被告人多賀の供述調書は重

要な点で事実に反し、しかも二転三転し、その作為的であることは否定しえざるものである――、原審の認定も、それ自体、右室木を同調者の地位にしかなかつたごとく認めざるをえなかつたのであるが、しかも、かゝる関係にある単なる賛成者を、刑法六十条の解釈を誤り、前記最高裁判所の判例に反して、あえて共同正犯に擬する誤謬を犯したのである。

第二点 原判決は、刑訴三二一条一項二号に該当しない伝聞証拠を採証の資料とし、もつて、憲法三七条二項に規定する被告人の証人審問権を侵害したものである。また、右憲法違反は、最高裁判所の判例にも違反して、行われたものである。

㈠ 刑訴三二一条一項二号後段の検察官面前調書については、右供述者が、公判において、右調書の供述に関し被告人の反対尋問を受けることが、その証拠能力取得の要件である。このことは、被告人の反対尋問権確保という伝聞法則の原理からもそうなければならないことであり、最高裁判所判例もこのことを明言している。すなわち、最高裁判所昭和三十年一月十一日判決（刑集九巻一号一四頁）は、「主要な争点については、すでに先の証人尋問に際し、反対尋問権行使の機会が与えられているに止らず、記録に徴すると、充分に反対尋問が行われているのである」として検察官調書の証拠能力を認めているのである。

さらに、検察官調書が証拠たりうるには、それが、公判における供述よりもこれを信用すべき特別の状況が存することを必要とすることは、明文上いう迄もない。そして、その状況は、証明力に非ず証拠能力の要件であるから、いわゆる信用性の状況的保障の一であり、信用しうるものとする外部的状況をいうものであることは当然である。右状況が存しなければ、被告人の反対尋問権は侵害されることとなる。

㈡ 原判決は、被告人室木の共謀の事実を認定するにあたり、被告人等の供述調書の外、永上永吉、成田次三郎、大場吉松、清水鏡一郎、井上助四郎、多賀太六、井上一男、多賀清一郎、堂下加一、浅田善左ェ門の各検察官に対する供述調書謄本をあげている。しかして、これらの供述調書謄本は、第一審第六回公判期日において、検察官が刑訴三二一条一

項二号に基づき提出したものであつて、被告人側が同意せず異議を述べたに拘わらず、同公判において決定、取調を受けたのである。

(三) しかし、これらの調書は、前記最高裁の判例にいう、充分に反対尋問が行われたものとは到底いうことができないのである。

(イ) 反対尋問というには、主尋問の供述との関連においてなされなければならないことはいう迄もない。従つて相手方に、主尋問による供述が完全に理解かつ意識されているとともに、それが証拠として提出されることが予想されていなければならない筈である。しかるに、前記の者等が証人として尋問を受けたのは、右提出の期日に先立つところの、第二回公判（昭和三七、八、二二）及び第三回公判（昭和三七、九、二二）であつて、右調書提出（昭和三八、三、一四）が明かに予想され、その内容が完全に記憶されているというごときは考え得ないことである。

元来、証人が被告人にとつて有利な事実を供述するとき、これに対して被告人側が反対尋問をしないのがあたりまえのことである。たゞ、検察官が右の証人に対し、以前の矛盾供述をかゞげて弾劾したとき、又は、その自己矛盾供述（調書）をあえて証拠として提出したとき、こゝに始めて、被告人側にとつてこれらの供述に対する反対尋問の必要が生ずるのであり、かくしてそのごとき反対尋問を行う機会が与えられなければならないのである。

かように考えれば、少くとも、証人尋問の際、検察官が、以前の自己矛盾供述を、その尋問を通じて法廷に顕出することが必要であり、その検察官が尋問に対する答と尋問そのものとによつて提出したところの供述について、反対尋問の機会を与えるべきこととなるのである。偶々、なんらかの機会によつて、被告人側がその矛盾供述を閲覧する機会をえたというだけでは、その反対尋問の機会を与えられたということは到底できないのである。けだし、それだけでは、その矛盾供述が証拠として提出されるか否かは確実に予想できず、なによりも、自己に有利な供述しかして

いない証人に対して、これを弾劾することを、延いては以前の供述の信用性を強めることを、強いることとなるからである。かくて、利益な供述をしている証人に対し、提出もされていない不利益な過去の供述について反対尋問をせよ、というごときは、反対尋問権の本旨に反し、不合理、非実際的であるのみならず、それは、セルフ、インクリミネーションの特権の趣旨をも侵害するものである。

それで、これらの証人は、右検察官に対する以前の供述を提出されて、被告人側のそれに対する反対尋問を受けたであろうか。

(ロ) まず、原判決は、これら供述調書謄本を合せて、被告人室木、同多賀の本件酒食提供の共謀の事実を認めたのであるが、右調書謄本のうち、多賀太六、堂下加一の各検察官に対する供述は、右共謀とはなんら関係のないもので、証拠となりえざるものである。すなわち、被告人室木に関しては、右多賀調書では、右室木はその会合にとにかく来ていたが、あいさつしたということは覚えていない、というのであつて、右会合主催の共謀の証拠となりえないし、右堂下調書にいたつては、その会合で右室木を見てもいない、というのであつて、右会合主催の共謀の証拠となりえないし、右たのは、明かに理由そごの違法あるものといえるであろう。

(ハ) 右調書謄本のうち、成田次三郎、井上助四郎、井上一男、多賀清一郎の各検察官に対する供述は、被告人室木に関する部分は、全くの伝聞――従つて、再伝聞となる――であつて、刑訴三二一条一項二号によつて証拠となりようもないものであり、被告人の右伝聞供述に対する反対尋問の機会は完全に剝奪されているものである、これらを被告人室木に関する事実の証拠としたのは、明かに違憲違法の措置である。

念のため、これらの供述の趣旨を要約してみれば、「室木、浅田が来て、加藤が当選できるように頼むとあいさつして帰られた、ということを、翌朝誰からか聞いた」――成田、「誰からか、室木と浅田が来て帰つてゆかれたとこ

ろや、と聞いた、私の考では、当選を頼みにこられた、と思つた」――井上助四郎、「明日、誰からか、夕べ、室木等が来て、あいさつせられて帰つた、ということを聞いた」――井上一男、「室木が来てゆかれた様にも思う、酔つて帰る際、多賀に聞いて判つた」――多賀清一郎、等であつて、これらが反対尋問をしようもない再伝聞であることは明かであろう。

(二) 爾余の供述のうち、原判決認定の共謀の事実について重要なのは、清水鏡一郎の供述調書謄本である。それは、三月二十九日、同人の家で、室木、多賀が後援会開催を共謀している顛末、その話の内容、右清水も、その共謀に加わつたことを具体的に述べ、さらに、右会合の席上、室木が、投票等依頼のあいさつをしたことも述べているからである。ところで、右清水は、第一審第二回公判で証人として尋問を受けているが、前記調書の供述については、その一部分が法廷に顕出されたにすぎず、その全貌について反対尋問をする機会が与えられたとはいうことができない。しかも、その一部分についても、右請水は、そのような供述を検察官に対して行つたことはない、としてその成立を争い、結局、室木と多賀の話については、自分は全然知らないという趣旨のことを述べているのである。よつて、検察官としては、その成立――供述が行われたこと――を立証し、その供述の全体を示して、これに対する反対尋問の機会を与えるべきであるのに、検察官は、たゞ、署名押印について確かめただけで終つているのである。かように、証人が以前の供述を否認している場合は、その供述の全体――勿論必要な点につき――を顕示するとともに、その成立を立証して、こゝに始めて、反対尋問を行う必要も生ずるのであり、その故に反対尋問の機会附与の必要も存するにいたるのである。これらの前提を欠く限り、結局、これらの供述について反対尋問の機会を与えたことにはならない。けだし、その必要の生ずるときに機会を与えるのでなければ、機会を与えたといえないのである。ところが検察官はこれらのことを行うことなく、前述のように、たゞ一部分にすぎず、成立のためには署名押印をたしかめただけであ

る。これでは右矛盾供述につき反対尋問の機会を与えたものとはいうことはできない。けだし、被告人側において、あえて不利益な過去の供述を提示して、自己に有利な供述をしている証人に対し弾劾することを期待するというはナンセンスであるからである。

なお、右清水の調書謄本の供述は、甚だ不自然不合理なもので、その証明力も存しないものである。すなわち、室木、多賀の出合いは三月三十日であるのに、三月二九日とし――捜査当局が多賀の供述（信用性全くなし）に合せたこと明か――、室木が、三十日は都合がわるいから三一日に決めたなど、事実無根のことが後に判明した事実を述べているのみならず、室木が多賀や清水に対し、後援会を作つてほしいと細かい具体的な依頼をし、多賀や清水も承知した、などとありそうもないことを述べているのである。後援会が室木、多賀、清水の共謀であるというのは、他に何の証拠もなく、ありそうもないことであるし、共謀者でないとすると、このような重大な話を委細聞き知つたというのはおかしな話となるのである。果して、同証人は公判では、話の内容に入つていないと述べている。その方が真実である。右供述調書は、捜査当局が多賀のでたらめの供述に合せた作文にすぎない。

その余の、水上、大場、浅田の供述調書については、被告人室木に関する部分は、後援会の席上、同被告人が、加藤に関してあいさつをしたという点だけである。尤も、そのうち、水上の供述は、なにかあいさつらしいことをいわれたというのであつて、なんのあいさつか分らないものである。そして、これらの供述については、右三証人はいずれも公判における尋問の際は、その趣旨のことを検察官に対し述べたことはないとしているのである。従つて、同じく、検察官においてはその成立を立証するとともに、右供述の全貌を明かにして、これに対する反対尋問の機会が与えらるべきであるのに、これらについてもまた、署名押印が確かめられただけで、右立証及び供述の顕出は行われず、かくて反対尋問の機会は与えられなかつたのである。

なお、これらの供述は、いずれも、後援会の趣旨を、捜査当局に教えられた通りに、すなわち買収の構成要件そのまゝに述べていたり、出席者の氏名について不自然に詳細であつたり（水上調書）、多賀より室木に電話はなかつたと述べたり（浅田調書）などしており、その供述はいずれも信を措きがたいものである。

(四) 原判決のあげる検察官面前調書謄本の供述者は、いずれも、被告人室木等が酒食を提供したとすると、その提供を受けた者であつて、必要的共犯の関係に立つものである。

凡そ、共犯の供述については、特段の考慮が払われねばならない。それは、共犯者は、自己以外の者を悪者にすることによつて、その責任を転嫁しようとする傾きがあり、また、捜査機関が誘導等の方法により働きかける——その共犯者の責任追及をしない等の餌によつて——ことが多いからである。この故に、英米法にあつては、その共犯者が宣誓の上、反対尋問を受けた場合でも、その証言を危険とし、補強証拠を必要とすることが多いのである。また、共犯者の供述が伝聞例外とされるには厳しい要件が必要なのであつて、その供述が共謀存続中であること（従つて官憲への自供は不可）、他に共謀等の存在について、これを立証する独立の証拠が存すること等を要するのである。

この故に、我刑訴三二一条一項二号後段の適用においても、その供述に反対尋問の機会が与えられること、信用すべき特別の状況が存することの二要件について格別に慎重でなければならないのである。しかるに、反対尋問の機会は到底与えられたといえないことは前述した。さらに信用すべき特別の状況も存しないものといわざるをえない。その点について、検察官はなんら立証していないし、裁判所も調査もしていない。もとより判決文上これを窺う手がかりもない。しかも、これらの調書の供述が一見して不自然不合理なものであることは前述のとおりである。署名押印があるというのは、信用性の保障とは別の要件であるし、成立に関する。公判における証言は被告人が傍にいるからというのであれば、凡そ、すべての事件において、常に公判廷における証言より、公判廷外の供述の方が信用すべきものとなるで

はないか。しかも、これらの供述者はすべて、公判においては、口をそろえて、その趣旨のことをいつたこともない、と述べているのである。すべからく、その成立の真正と、その供述を優越させる特信状況（外部的）とが立証されるべきであつたのである。右各検察官に対する供述は、これらの特信状況を全く欠いている。この点よりしても、これらの供述に対する被告人の反対尋問権は侵害されているといわざるをえない。けだし、右特信状況は、自己矛盾供述に対する反対尋問の不完全性（以前の供述が行われたときに反対尋問をする機会がなかつた）を補うもの、延いて、被告人の反対尋問権の保障の趣旨に出たものだからである。

(五) 加之、これらの書類は、検察官面前調書そのものでなく、それらの謄本である。謄本に関する最高裁判所判例によれば、「謄本は、被告人の同意があり、かつ、証拠調をすることに異議がなければ証拠能力をもつ」（最高、昭和二八、一二、一七、一小判決、刑集七巻一二号二五五八頁）のであり、さらに、「原本と相違ないと認めるときは証拠とすることができる」（最高、昭和二六、一二、二、一小判決、刑集五巻一二号二三三〇頁）ものとされている。しかし、一項二号により取調が行われたものである。

(イ) 本件各調書謄本は、いずれも被告人において同意していない。被告人側が異議を述べたに拘わらず、刑訴三二一条

(ロ) 右調書の供述者はすべて、公判における証人尋問において、右調書の供述の一部をあげた質問に対し、それらの供述はしたことがない、と異口同音に述べ、その成立を争つている。従つて、原本との同一性は甚だ疑わしいものである。

かくて、これら謄本を証拠とすることは、前記最高裁判所の判例に違反するものといわざるをえない。

そも〳〵、供述調書の謄本は、調書の記載が云々である旨の再伝聞である。それが許容されるのは、被告人が同意するか、右再伝聞の部分についても刑訴三二一条乃至三二三条の要件を充たす場合に限られるべきである。しかるに本件

では、捜査当局という一方当事者である検察事務官が、右謄本である旨の供述を附しているのみで、その原本と同一なることを信ずべきなんらの保障的状況も立証されていないのである。もとより同意もない。かゝる再伝聞を、これを許容すべきなんらの状況もまた、これを必要とする事情の立証もなくして採用することが、被告人の反対尋問権を侵害するものであることはいう迄もないであろう。しかも、明かに、前記判例に違反しているのである。

かようにして、原判決が前記十通の調書謄本を証拠としたのは、憲法三七条二項の被告人の反対尋問権を侵害し、かつ、最高裁判所の前記諸判例に違反したものである。

第三点　本件は、当初より予断をいだいた裁判所により審理されたもので、憲法三七条一項、同三一条に違反する裁判であるから、破棄を免れない。

憲法三七条一項は公平な裁判所の裁判を受ける権利を保障している。この故に、また、憲法三一条の適正手続の要請にもより、我刑訴は起訴状一本主義を採用し、刑訴二五六条、二八〇条、一七九条、二九六条等の規定をおいているのである。そして、予断による裁判を排斥している。従つて、予断をいだいていることが確実に疑われる場合は、法に除斥の明文がなくても、憲法の要請によつて当然に除斥され、これに違反して職務を執行したときは、もはや公平な裁判所という ことはできないのである。

しかるに、本件第一審は、いわゆる甲号支部にも拘わらず、第一審裁判官である者が、逮捕状、勾留状を発しているのである。当然、その疎明資料を調査しているであろう。加之、各共犯者の逮捕状、勾留状も同一裁判官が発布しているので、同裁判所は、公判開始前、詳細な心象をいだいていたものと考えざるをえないのである。

また、刑訴規則一八七条二項但書を準用する余地もないことは——準用が考えられるときも、予断をいだいていたことが明かであれば憲法違反である——、第一審が甲号支部であり、かつ、同一地に簡易裁判所の存することにより疑がな

い。

かくて、第一審判事は予断をいだいて審理にのぞみその心証の下に判決を下したものといわざるをえず、その認定と法適用とを肯定した原判決も、憲法三七条一項、三一条に違反するものである。

第四点　公職選挙法二五二条は、憲法一四条一項、一五条三項、三一条、四四条に違反し、無効である。従つて、この限りにおいて、第一審及び原審判決は破棄されなければならない。

選挙権、被選挙権は、国民主権につながる重大な基本的人権である。しかるに公職選挙法二五二条が、一定の犯罪を犯した者に限り、一般犯罪の処刑者と差別し、選挙権、被選挙権の停止をもつて処遇しようとするのは憲法一四条、一五条及び四四条に違反する不平等な措置といわざるをえない。それは平等の原則に違反し、一つの社会的身分に基き差別し、不当に国民の参政権を奪うものである。

この故に、公職選挙法の右規定はそれじたい違憲である。のみならず、選挙権、被選挙権の停止は、憲法三一条にいわゆる刑罰であるから、公開法廷においてこれを宣告すべきものであるのに右二五二条は、これらの権利を停止する規定を適用しない、またはその期間を制限短縮する場合にのみ、その旨を宣告すべきものとしており、その点においても右二五二条は憲法三一条に違反するものである。すくなくとも、右刑罰の宣告手続を現に採らなかつた第一審判決及びこれを肯定した原判決は憲法三一条、八二条に違反するものといわざるをえない。

最高裁判所の判例のなかに、右二五二条の規定する選挙権、被選挙権の停止は刑罰ではない、とする判例も存するが、国民の参政権は国民主権に表裏する最重要な基本的人権であつて、このような重大な権利の剝奪にこそ正当な法定手続が要請されなければならないのである。

従つて、かりに固有の意味における刑罰でないとしても、憲法三一条の刑罰には該るものと考えざるをえない。けだ

し、同条は必ずしも固有の刑罰のみを指しているものと限るべき理由はないからである。

かくて公職選挙法の右規定を適用し、また、選挙権、被選挙権停止の宣告を行わなかつた第一審及び原審判決は、いずれも、憲法の右諸条項に違反したものである。

第五点　原判決は、最高裁判所の判例に違反して、公職選挙法一二九条、二三九条を適用した違法があり、破棄を免れない。

原判決及び第一審判決は、いずれも被告人室木の本件行為につき、公職選挙法二二一条一項と同法二三九条、一二九条を適用し、右所為は右両罪の観念的競合であるとしている。しかし、本件は同法二三九条、一二九条を適用すべき場合ではないのであつて、その適用は違法である。

最高裁判所昭和三五年四月二八日第一小法廷判決（刑集一四巻六号八二二頁）によれば「買収犯のごとく法定の期間内であると否とに拘らず、それ自体違法な選挙運動行為が数個ある場合には、事前運動の場合でも各行為毎に犯罪が成立する」ものとされている。しかし他方、事前運動は、何回行うも包括一罪と考えられなければならない。その故に右最高裁判例の以前には「数人に対し投票を依頼し、その報酬として金品を供与し又は供与の申込をして事前の選挙運動をしたときは包括して一罪」（昭和三四、六、二九、大阪高裁二刑判、高裁刑集一二、七、六八五）ともされていたのである。

そして、たとえ、買収について各行為毎に犯罪が成立するとするも、それらがいずれも事前運動であるときは、事前運動として包括一罪となるから、これと観念的競合の関係にある買収行為もまた、一罪とならなければならない筈である。

すなわち、始めから数個の買収をそれじたい包括一罪とするも、あるいは、各行為毎に犯罪成立するとするも、買収と事前運動とが観念的競合の関係にある限り、結局、買収は一罪となるべきこととなる。それは凡そ、一般に認められている罪数論の当然の帰結である。しかるに前記最高裁判例は、買収は、事前運動の場合でも、各行為毎に犯罪成立し、併合

罪たるべきものとした。その意は、事前運動の観念的競合を否定したものといわざるをえない。

すなわち、事前運動の罪は、その行為が選挙運動期間中であれば合法的であるのに、右期間の事前に行つたことにより成立するのである。法定の期間内であると否を問わず違法な行為を行つたときは、これを処罰する当該条項によるべく、もはや事前運動罪の関知するところでない。かようにして、始めて、前記最高裁判決が買収を併合罪としたことが理解されるのであり、右判例は、まさに右のごとき解釈を示したものといわざるをえないのである。

すなわち、右最高裁判例によれば、事前と否とを問わずそれじたい違法である買収のごときは、たとえ事前に犯されても事前運動罪は成立しないのであつて、右判例に違反して、右罪の競合を認めた原判決、第一審判決は破棄さるべきものである。

第六点　原判決は、公職選挙法二二一条一項の解釈を誤り、または事実を誤認し、これを破棄せざれば著しく正義に反するものである。

原判決は、被告人多賀の検察官に対する昭和三七、四、一九供述調書、被告人室木の検察官に対する昭和三七、五、四供述調書及び第二点で詳論した検察官供述調書謄本十通を綜合して、被告人室木同多賀の本件謀議の事実を認定している。

(一)　右供述調書謄本十通が証拠能力のないものであることは右第二点で述べた通りであり、従つて右原審の認定は被告人の自白のみによつた違法がある。しからずとするも、各調書が、るか、すでに前述したところである。

(二)　被告人多賀の前記調書は到底措信しえざるものである。

(イ)　第一、右調書は、第一審第六回公判において提出されたものであるが、右調書は、被告人多賀は、右公判調書記載

のように同意しているが、被告人室木に対する関係においては同意しているものではない。すなわち、被告人室木は同意せず、従つて被告人室木の犯罪事実に関する関係では伝聞であつて、証拠能力のないものである。また、反対尋問も行われていないのであり、自己矛盾供述ともなりえないものである。

(ロ) かりに証拠能力ありとするも、その内容は虚偽にみちており、一としてこれを信用しえないものである。

たとえば、清水方における室木との相談は三月二九日とし——三月三十日であることは原審も認定している、しかも被告人多賀はその後の検察官面前調書（四、二三附、四、二四附）でも二九日とし、井堀りの日故二九日にまちがいないなど、まことしやかなことまでいつている——、室木の言葉として「加藤が今度選挙に出るから一つ頼む」など右両者の間では凡そありそうもないことをいゝ、「明日は都合がわるいから明後日の三一日にしてくれ」「大体経費は一万円位で酒や料理の用意をしてくれ」「山本の名前は出さずにおいてくれ」など、いずれも他の証拠からみて考えられない会話——人数も分らず、しかも素封家の室木が一万円と制限するわけもなく、山本と相談もしていないのに山本云々のことをいうわけがない——が作出されており、後援会の席上、ビール、菓子アラレ、かに缶詰、駄菓子などを出したと明白なうそをいゝ、また後援会のことを山本から話があつた記憶がない、というごとき、自から後の調書において訂正（四、二四附調書）せることを申述べているのである。このような供述から構成されている右供述調書を、いかにして信用できるというのであるか。

一体被告人多賀の供述調書は、その余の分も全く信を措きがたいのであつて、その供述は転々として捕捉しえないうえに不合理な点に充ちているのである。たとえば、三月二九日清水方で、室木、多賀、清水、運転手で酒やビールを飲み、その後（四月一日）清水にその分として千円を渡した（四、二三附調書）、四月一日、選挙事務所で室木に、昨夜の分一万円位かゝつた、と述べたが、それを請求はしなかつた（四、二三附調書）、室木からは一万円位でやつてくれといわれた、井堀りは二九日にまちがいない（四、二四附調書）、二九日には清水の方でビール、酒、とうふを出した、清水には、四月七日山本からもらつた一万円のなかから千円渡した、など、到底、他の証拠からみて考えられない事実を次々と述べているのである。

(ハ) 本件は、単に、被告人室木が、被告人多賀から加藤の後援会を近くやる、と聞いて賛成し、その際の出席を約し、その約のとおり出席した、というだけのことである。そして、その後援会の開催は、すでに被告人山本と同多賀との間に定つていたこと——すなわちこの両名の共謀——であり、このことは、むしろ証拠上明かなことである（被告人山本の調書等参照）。所要の経費も右山本が多賀に渡しているのである（多賀の前記一万円云々と室木がいつた旨の供述は、一点の説明参照）。

加之、被告人室木は、右三月二九日の同多賀との相談において、後援会が事前（告示前）に行われるのかどうか、どのような範囲の者を何人位呼ぶのか、どの程度酒食が提供されるのか、の諸点について全く知らされることなく、即ちこれらの事実について認識さえも欠いていたのである。かくて、事前運動、買収の故意を認めることは到底できないのである。

すなわち、原判決が引用する被告人室木の三七、五、四附調書においてさえ、同被告人に対し被告人多賀が、加藤の後援会を「近く」やろうと思つている、というので、場所と時間が定まつたら電話をかけてくれ、必ず都合して出る、といつた、とされている（後に、そのとき多賀が明日の晩八時頃から、ともいつていた、と記載されているが右供述と矛盾し、信用できない）。近くやる、ことだけを聞いていたので、告示前にやることは聞いていないのである。

また、同調書によるも、いかなる範囲の者を呼ぶか、どのような菓子又は食事が出されるか、全く話に上つていない

のである。さらに、その費用についても打合せはされていない、と述べられている。

たゞ、右調書によると、集つた人が一杯飲むことは判つていた、それはこのような場合の土地の習慣である、その費用は多賀から請求するときは自分が払うつもりであつた、という被告人室木の心中の考が、そこに述べられている。しかし、これらのことは、多賀との話には出ていないのである。即ち、相談の内容ではない。

(四) 凡そ、人の集会における茶菓食事の提供は、選挙に関連するとはいえ、それが社交上の儀礼に属する限り、いまだ買収をもつて目すべきでない。

判例も、後援会において席上提供された菓子（一人前三十円相当）は社会通念上通常の儀礼である（昭和二九、二、四、名古屋高裁金沢支部、高裁刑集七巻五号四六三頁）、政党支部幹事会席上、酒食を提供しても、一般社交上の儀礼から常食時の酒食の接待と認められるならば饗応罪は成立しない（昭和二九、一〇、二三、高松高裁一刑判、高裁刑裁特報一巻八号三七一頁）としているのである。

そして、前記のように、被告人室木は、いかなる範囲の者を呼ぶか——儀礼の範囲はそれによつて異なる、どのような飲食の提供をするか——それが常食の範囲をこえたとき、儀礼ではなくなる——、について全く知らないのであるから、たとえ、所要の経費負担の意思があつたとしても、凡そ、買収を共謀したとはいえないことは明かであろう。すなわち、被告人多賀が社交儀礼上の範囲をこえて酒食を提供することについて、認識さえなかつたのであり、外にも、このような儀礼の範囲をこえる提供を謀議した証拠は全く存しないのである。被告人室木は、その有力者としての地位から、土地の習慣に従つて、所要の経費の負担は覚悟していたのであろうが、それが違法な買収行為として行われる会合の費用である認識は存せず、況やその会合の開催を共謀したのではないのである。この点の打合せ乃至認識を立証する証拠は存しない。

元来、後援会の会合自体は合法的なものである。たとえ特定選挙のためであつてもそうであり、判例も、選挙にあたり、有権者中有志が、優秀な候補者を選んで推せんし、その当選を期し、選挙区内特に地盤とする地区内で選挙運動を推進することは適法である（昭和三二、二、二八東京高裁判、行裁集八巻二号二三三頁）としている。

その多くは選挙準備行為として、事前にも許されるものである。たとえ選挙への立候補が予想されていても、一般的選挙運動の準備として、後援会が有志によつて開かれることは差支えない筈である。

被告人室木の認識は、被告人多賀による右の程度の後援会の開催とそのために必要な経費——儀礼的酒食を含めて——の負担とであつたと思われる。これらを超えて買収の認識があつたことを示す確たる証拠は存しないのである。

しかし費用の負担は話には上らず被告人多賀はその点について用いていないのである。

被告人多賀、同室木の三月三十日の話の内容が右のごとくであり、同室木の右多賀による後援会開催についての認識また右のごとくである以上、到底右室木の共謀の事実は認定することができない。これを認定したのは公職選挙法の規定の解釈を誤つたか、事実を誤認したもので、破棄せざれば著しく正義に反することは明かであろう。

以　上

昭和三八年(さ)第一二号

判決

本籍並びに住居　秋田県仙北郡長野町長野字二日町二三番地

農業　佐々木真一

大正一二年六月四日生

右の者に対する住居侵入被告事件につき、昭和二九年三月一一日角館簡易裁判所がなした略式命令に対し、検事総長清原邦一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、五〇〇円に処する。

右罰金を完納することができないときは金二五〇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

記録によると、昭和二九年三月一一日角館簡易裁判所は、被告人が昭和二九年一月一三日午前二時五〇分頃情交の目的で故なく仙北郡長野町長野字高畑七番地の一秋山みどり方居宅内に侵入したとの犯罪事実を判示し、これに対し刑法一三〇条、罰金等臨時措置法二条、三条、刑法一八条を適用し、「被告人を罰金五、〇〇〇円に処する。右罰金を完納することができないときは金二〇〇円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置する。」旨の略式命令をなし、右略式命令は同年三月二七日確定したことが認められる。

昭和三九年三月六日判決　昭和三八年(さ)第一二号

しかし、刑法一三〇条、罰金等臨時措置法三条一項一号によれば、住居侵入罪の罰金の法定刑の最高額は二、五〇〇円であるから、これを超過して被告人を罰金五、〇〇〇円に処した右略式命令は法令に違反しているものであり、且つ被告人のため不利益であることが明らかである。

よつて、刑訴四五八条一号但書により主文一項のとおり原略式命令を破棄し、被告事件につき更に判決することとする。

原略式命令によつて確定された住居侵入の事実につき法令を適用すると、右事実は刑法一三〇条に該当するから、所定刑中罰金刑を選択し、罰金等臨時措置法二条、三条一項一号に則り主文二項の罰金刑に処し、換刑処分につき刑法一八条を適用して主文三項のとおり定め、裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

検察官　吉河光貞出席

昭和三九年三月六日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　草鹿浅之介

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

検事総長の非常上告申立理由

被告人佐々木真一に対する住居侵入被告事件について、角館簡易裁判所は昭和二九年三月一一日「被告人は、昭和二九年一月一三日午前二時五〇分頃情交の目的で故なく仙北郡長野町長野字高畑七番地の一秋山みどり方居宅内に侵入したものである。」との事実を認定し、刑法第一三〇条、罰金等臨時措置法第二条、第三条、刑法第一八条を適用し、「被告人を罰金五千円に処する。右罰金を完納することが出来ないときは金弐百円を壱日に換算した期間被告人を労役場に留置する。」との略式命令をなし、この命令は、その後正式裁判請求期間の経過により同年三月二七日確定するに至つたことは添付の略式命令謄本、前科調書、徴収金原簿写、納付命令書写及び納付済証原符写等に徴し明白である。（一件記録は、既に廃棄済）

しかるに、刑法第一三〇条、罰金等臨時措置法第三条によれば、住居侵入罪の罰金の法定刑の最高額は二千五百円であるから、これを超過して被告人を罰金五千円に処した右略式命令は、明らかに法令に違反しているものであつて、しかも、被告人のため不利益であるといわなければならない。

よつて、右略式命令を破棄し、被告人に対し更に相当の裁判をなすべきものと思料する。

以　上

昭和三八年(あ)第二八四〇号

決　定

本籍・住居　東京都北多摩郡清瀬町野塩一二一番地
自動車助手
水　村　昭　雄
昭和一八年九月三〇日生

右業務上過失致死被告事件について昭和三八年一〇月二三日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人伊藤正昭の上告趣意は、違憲（憲法三一条違反）をいうが、論旨は少年法五二条の適用の誤りを前提とするものである。ところで少年法五二条にいわゆる少年とは事実審裁判所の判決時における少年を指すものであるところ、刑訴法による控訴審は事後審であるから、控訴を理由ないものと認めて棄却する場合には、第一審判決時を基準として、被告人に少年法五二条を適用するか否かを決すべきであつて、控訴審の判決時に少年であるか否かを問うべきでないと解するのを相当とする（昭和二六年(あ)第三一一五号同二八年一月二七日第三小法廷判決、昭和二八年(あ)第八五七号同二九年六月三〇日第二小法廷決定各参照）。してみれば原審がその審理中に被告人が成人になつた故をもつて、不定期刑を科した第一審判決を破棄し定期刑を科するなどのことをせずに、控訴棄却の判決をしたのは相当であつて、なんら違法な点はない。故に法令違反を

昭和三九年三月九日決定　昭和三八年(あ)第二八四〇号

昭和三九年三月九日決定　昭和三八年(あ)第二八四〇号

前提とする所論違憲の主張はその前提を欠く。その余の論旨は、量刑不当の主張にすぎない。以上すべて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三九年三月九日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第二八四〇号

被告人　水村昭雄

弁護人伊藤正昭の上告趣意

原判決は、第一審の「被告人を禁錮一〇月以上一年六月以下に処する」旨の判決に対する被告人の控訴を棄却したが、右原審判決は次のとおりの理由により不当であるから、これを破棄し、原審に差し戻されたく上告に及ぶ次第である。

第一点　原判決は少年法五二条一項の適用を誤まつたものであつて憲法三一条に違反する違法な判決である。

原判決は、被告人を禁錮一〇月以上一年六月以下に処する旨の第一審判決に対する被告人の控訴を棄却したものであるが、右判決は次の如く少年法五二条一項の適用を誤まつた違法のものである。

即ち、被告人は昭和一八年九月三〇日生れであつて、第一審判決時である昭和三八年五月二八日当時は満一九年であり、少年法五二条一項の適用ある少年であつたが、原判決時である昭和三八年一〇月二三日当時にはすでに満二〇年に達していたものである。

ところで、「第一審判決言渡当時少年であつた被告人に不定期刑を科した判決に対する控訴審に於いて、第一審判決の量刑を不当でないと認めたならば、被告人が第一審判決後に少年でなくなつたとしても、定期刑を科することが出来ない」という主旨の東京高等裁判所昭和二八年七月九日判決という判例があり、これによれば本件の場合にも、第一審判決後に少年でなくなつた被告人に対して、定期刑に変更することなく、単に控訴棄却を言渡したことは違法でないかの如く思料せられないわけではない。

けだし、右の判例の主旨とするところは、控訴審は第一審判決の事後審査審であるとの原則に立脚して、単に第一審判決時に立つて、その量刑の当、不当を判断すればよいのであつて、それ以上に出ないものだというところにあるのであろ

う。

そして、一方に於いては、「上訴審において原判決を破棄し自判する場合には、その自判する時を標準として、被告人に少年法五二条を適用すべきか否かを決すべきである」とする最高裁第二小法廷昭和二六年八月一七日判決があるが、この最高裁判決は、上訴審が破棄自判する場合には、事後審査とはその本質を異にするものであるから、改めて自判の時点で少年法五二条の適用の有無を決すべきだとする主旨であろう。

従つて、右高裁判例と最高裁判例は、それぞれ上訴審が事後審査審として判決する場合と続審として自判する場合とでは、少年法五二条の適用についての判断時点が異るものであることを示しているものであつて、一見互いに矛盾する判例ではないと見ることが出来るであろう。

しかし、さらに一歩を進めて、右高等裁判所判決と最高裁判所判決とを検討すると、右二判決は互いに矛盾するものであるといわざるを得ないのである。

つまり、控訴審が第一審判決を破棄するか否かの事後審の構造を有すると共に、自判する場合には続審の構造をとるとはいゝながら、これは控訴審の性格を、どう説明するかの観念的構成にすぎないものであつて、控訴審の手続自体は事後審査としての取調べと自判の為の取調べとを截然区別して行うものでないことは明らかである。従つて、控訴審の性格をどう解するかは別として、控訴審の手続自体は事実として一つに外ならないのである。

そこで、控訴審に於ける第一審判決量刑の当、不当についての判断に観点をしぼつて見ると、量刑については第一審判決後の事情も考慮できる（刑事訴訟法三九三条二項）旨の規定があるのであるから、控訴審を第一審判決に対する事後審査であると見るか、続審としてとらえるかに拘らず、少くとも量刑については、本質的に異るところはないというべきである。

そうだとすれば、第一審判決を破棄自判する場合にのみ、少年法五二条適用の有無を自判の時点で決すべきであるとするのは、その論理的必然性を欠くものであるといわなければならないのであつて、第一審判決後に被告人が少年でなくなつたという事情を顧慮する必要がないというのは、量刑の当否の判断の為の資料採否の順序を逆転したものといわなければならない。

このことは、いい換えるならば、被告人が第一審判決後に少年でなくなつたという事情自体は、原判決維持の場合でも破棄自判の場合でも変りはないのに、原判決の量刑を不当として自判する場合だけは、その事情を考慮に入れて、少年法五二条の適用を排するのに、第一審判決を維持する場合には、その事情を考慮に入れず、単に控訴を棄却すれば足りるとするのは不当である。つまり、第一審判決の量刑が妥当であつたか否かを判断するのに、事後審査としてするか、続審としてするかを先に決めてかゝることはまことに奇怪であつて、判断の基礎としては、被告人が第一審判決後に少年でなくなつたという、同じ資料に基き、その上で、第一審判決を維持するか、破棄自判するかが導き出されなければならない筈である。

第一審判決の量刑が不当だという場合には、被告人が少年でなくなつたということを考慮に入れて定期刑をいゝ渡すものとし、第一審の量刑が妥当だというときには、被告人が少年でなくなつたということを考慮に入れないで不定期刑を維持するべきであるとすることは、量刑の当、不当を判断するのに、先ず、当か不当かを先に決め、当とする場合には第一審判決後の事情は無視する、不当とする場合には第一審判決後の事情を考慮するということにほかならない。

若し、第一審判決後に被告人が少年でなくなつたという事情を考慮に入れても、なおかつ、第一審判決の量刑が妥当だと判断した場合にも、単に控訴棄却を言渡せば足るとするなら、これは又、それ自体矛盾なのである。何となれば、第一審判決後に被告人が少年でなくなつたという事情を考慮に入れるならば、少年であることを前提とする第一審判決の不定

期刑が妥当と判断される筈はないからである。

故に、弁護人は、少年法五二条の適用の有無を決すべ時点は、常に判決言渡の時であつて、その判決言渡とは、第一審判決のみならず、上訴審判決の時であつてもよく、従つて又、第一審判決後に少年でなくなつた被告人に対する量刑については、常に上訴審が自判すべきものであると思料するのである。斯く述べると、それでは第一審の量刑は無駄になると考えられるかもしれないが、勿論第一審で確定すれば、不定期刑に服することになるのであるから、決して無意味ではないし、第一審の軽視につながるものでもないのである。

それよりも、少年法五二条が、少年に対して不定期刑を科することとした立法趣旨が、少年に対する刑の教育的効果を期待するの故であることを考えるならば、すでに少年でなくなつたものに対して不定期刑を科することは、右の立法趣旨外のことであり、一般に不定期刑が成年者に対しても、より一層の教育的効果を上げるであろうことは考えられるとしても、これは新たな立法に依らなければならないものというべきである。

又、例えば十九才十一ヶ月の時に犯罪を犯し、二十一才で刑事処分に付された者と、二十才で犯罪を犯し、その年に刑事処分を受けた者とで、前者には不定期刑を、後者には定期刑を科するべき合理的な理由はない。

尤も、第一審判決後に被告人が少年でなくなつた場合に控訴審が、控訴棄却を言い渡すことは、刑の言渡そのものではないが、前述した様に、事実としてすでに少年でなくなつた被告人に、不定期刑を言い渡したのと同様の結果になることはいうまでもないから、右のことはこの場合にも当て嵌まるのである。

以上の次第であるから、少年法五二条の適用の有無は、上訴審が自判する場合に限らず、常に上訴審判決言渡の時点で決すべきものであるといわなければならない。

この点に於いて、原判決は少年法五二条の適用を誤まり原判決言渡時にすでに少年でなかつた被告人に対し、第一審判

決の不定期刑の量刑を維持し、控訴を棄却した違法があり、右違法は、結局法律の定める正当な手続に従つて、刑を科さなかつたというに帰し、憲法三一条に違反するものである。

第二点　仮りに、上述の上告趣意が理由のないものとしても、原判決は、被告人を禁錮一〇月以上一年六月以下に処する旨の第一審判決を維持し、被告人の控訴を棄却したが、右刑の量定は左の理由により甚しく不当であるから、刑事訴訟法四一一条二号により、原判決を破棄されるよう職権の発動を求める。

即ち、原判決は、近時この種事犯が頻発していること、ならびに本件事故について、未だ示談の成立していないこと等を理由として、第一審判決が、禁錮一〇月以上一年六月以下に処する旨を言渡したことを妥当であるとして控訴を棄却したのであつた。

しかしながら、弁護人が第一審判決の刑の量定を不当とする理由は、すでに控訴趣意書に於いて論述したところであつてこれに付加するところはないけれども、特に弁護人が一言したいのは、本件については、控訴審判決後である昭和三十八年十二月二十八日、被害者の遺族（父、母）に対し、金百四十万円の損害賠償並びに懸賞料を支払つて示談をなし、被害者の遺族もこれを宥恕したことである。

刑事々件に於いて、被害者との間で示談が成立しているか否かを量刑の基礎として考慮することはしばしば行われるところであつて、又、そのこと自体は当然のことであるけれども、業務上過失致死傷等の事件に於いては、その被害金額が必ずしも明白であるというわけにはいかず、中には、被害者側の損害賠償請求額が過大である場合もないとはいえないのであつて、その為に、速みやかに示談成立に至らず、遂には民事訴訟に持ち込まれ、これが解決に相当の日時を要するということも、考慮しなければならないのである。

弁護人は、本件事故による被害者遺族の損害賠償等請求額が、必ずしも過大であつたとはいわないけれども、被害者の

遺族等は、被告人及びその父親の八十万円程度は賠償する旨の申出に対し、三百二十六万円の請求を以つて、民事訴訟を提起し、しかも、その算定の根拠について裁判所から再三釈明を求められ、為に約一年四ヶ月民事訴訟が満足な進展を得られず、従つて、示談の時期も遷延したものであることを特に附言する次第である。

本件の如く、被告人が年少であり、自己の財産を有しない場合には、当然のこととはいえ、結局その両親の資力如何によつて賠償し得る金額も、その方法も定まるのであつて、たとえ如何に被告人が示談の意志を有し、被害者遺族に対する陳謝の意志を有していたとしても、ただそのことのみで早急に示談し得るものでないことは明らかなところである。従つて、被害者又はその遺族との間の示談が出来ているか否か、あるいわ、その時期が早かつたか否か等を考慮に入れることは良いとしても、その場合には、示談が成立していない事情が、如何なる理由に基くものであるか、被害者側の請求額が果して妥当なものであるか、加害者（被告人）側の示談の意思、資力はどうであるか等を綜合してこれを決すべきものであると思料するのである。

本件にあつては、昭和三十七年八月十三日民事訴訟が提起されて以来、昭和三十八年十二月二十八日の示談成立に至るまで、実に一年四ヶ月を経過し、ようやく、双方訴訟代理人の努力により、百四十万円の賠償を以つて示談に至つたのであるけれども、このことは即被告人あるいわ、その父母に於いて示談の為の努力を怠つたということを意味するものでないことを十分に留意されたいのである。

故に、斯様な事情を無視して、単に示談が成立していなかつたという事情を、第一審判決の量刑に対する判断の資料の一つとして、第一審判決の量刑を維持した原判決は、少くともその点に於いて、真に量刑に対する判断に、深い洞察を加えていない不当なものであるというをまぬがれないものと思料する。

仮りに、右の如く、原判決の量刑判断が、不当でなかつたとしても、別添示談書及び領収書により明らかな如く、原判

決後に百四十万円の損害賠償金の支払いにより示談が成立している以上は、現在に於いて、原判決言渡時点に於ける量刑の当否判断とは、異なつた判断がなされるべきであつて、現在の時点に於いて、これを見れば、被告人に対する第一審判決の量刑は不当であることが明らかである。

なお、附言すれば、原判決は、同様事犯が頻発する社会情勢をも、量刑判断の資料としているけれども、弁護人は斯かる立論に不服を有するのである。

何故ならば、刑罰の目的が、一般予防の目的をも有するものであることは否定し得ないけれども近代行刑の目的は被告人の教育改善にその重点があるものというべく、一般予防の目的は単にこれに附随するに過ぎざるものであると思料するからにほかならないばかりでなく、殊に過失犯に対する科刑に於いては、刑の一般予防的効果に多くを期待し得ないと思料するからである。若し、過失犯に対する科刑を極度に厳重にしたとして、果して極度に過失犯を減少せしめることができるであろうか。それが可能であるなら、すでに過失犯は絶滅している筈である。しかし現実はむしろ過失犯は増大し、特に国鉄の如き世論のごうごうたる非難にも拘らず、再三過失をくり返しているではないか。

過失犯に対する科刑は、故に一般犯罪に対する科刑よりも殊更慎重でなければならない。例えば、タクシーやトラックの運転手に対する交通違反による罰金刑の科刑の如くあたかも彼らをして税金を納付するくらいの気持にさせるが如きも、およそ刑罰の目的を達しているとはいえない。

従つて、過失犯に対する科刑は、その者をして再び同様事犯を繰り返えさせないことを目的として行わるべきが当然なのである。その観点からするならば、一回の過失で直ちにこれを禁錮に処するが如きはまことに以つて無意味、不当というべきであつて、むしろ、最初は執行猶予に付しその期間に十分な注意能力の涵養をなさしめることによりその者の欠陥を恢復せしめることこそ、至当な科刑なのである。

殊に本件の如く、年少の被告人を一回の過失により禁錮に処することによつて、一体何の効果を期待し得ようか。却つて、年少の被告人を監獄に送ることは百害あつて一利なきことが明白である。

監獄は、現状では残念ながら、決して教育改善の施設ではなく、犯罪者養成施設たる観なしとしないことに思いを至すべきである。

勿論、人間の一命を失わせた被告人の過失責任は重大であるけれども、そのうえ有為の青年を一回の過失により監獄に送り、これを又、再起不能の淵に追いやることがあつて、果して我々は能事終れりとして済まし得るのであろうか。

これらの点については、すでに控訴趣意書に縷述したところであるが、これに一顧をも与えず、控訴棄却を言い渡した原判決は、まことに不当といわざるを得ない。

よつて斯かる上は、最高裁判所の御賢察に期待するのほかなく、敢えて上申する次第である。

以　上

昭和三六年(あ)第二五四〇号

決　定

本籍並びに住居　滋賀県高島郡安曇川町大字南船木二二八番地

漁　業

八　木　平　吉

明治四五年二月九日生

右傷害、脅迫被告事件について昭和三六年一〇月三日大阪高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人本人の上告趣意について。

所論は、事実誤認、刑訴法違反の主張を出でないものであつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない（なお、所論被告人の司法警察員に対する各供述調書の任意性を疑うべき資料は記録上見出されない）。

弁護人渡辺良夫、同相磯まつ江、同芹沢孝雄の上告趣意第一について。

所論は、憲法三一条違反をいうが、検察官において所論参考人らを起訴前に取調べなければ、本件起訴の裁定ができなかつたものとは記録上認められず、また右参考人らの検察官に対する各供述調書が単に起訴後の作成に係る故をもつてその証拠能力を否定すべきいわれは存しないから、右違憲の主張は前提を欠き適法な上告理由に当らない。

昭和三九年三月一〇日決定　昭和三六年(あ)第二五四〇号

次に、所論は憲法三七条二項違反を主張するけれども、起訴後に捜査官が参考人の取調をなすことはなんら違法ではなく、所論参考人は第一審第四回公判期日に証人として尋問をうけているところ、右期日に被告人、弁護人らに対し各証人を充分審問する機会が与えられなかつたと認むべき形跡は存しないから、右違憲の主張も前提を欠き、適法な上告理由に当らない。

同趣意第二ないし第四について。

所論は、事実誤認、単なる法令違反、量刑不当の主張を出でないものであつて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三九年三月一〇日

最高裁判所第三小法廷

裁判官　柏原語六

裁判長裁判官　石坂修一

裁判官　横田正俊

裁判官　田中二郎

被告人の上告趣意

最高裁判所裁判所長殿に上告申し上げます。私は昭和三十五年四月十三日起訴されました事実に付いて上告致します。山本光男が「るびあん」へ八木平吉が二月七日に来た。と証言していますが、私は二月七日夜は外出していません。尚又光男の証言で一月と三月は来たけど何事も無かつたと立証して居り、光男が法廷で多くの証人を指名致し、其の証人が法廷では誰一人私と合つたと云う人は有りません。警察の証人調べの時の事を証人の（駒井力三、大谷和雄、両証人）は、平吉の兄、伊蔵さんに酒、コップに一杯と突出し一つをおごつて頂いたと、申した所、お前達は酔つていて分らないのだ女給が平吉だと云つている、女給は素面だから間違い無いと云われ、たしかに兄さんだつたと思うけど、在所が違うから、名前丈云われてもはつきり分らないから、兄さんの家は直ぐ近くだから、呼んで来て合わせてくれ顔を見ると兄か弟か分るからと、頼んだけれど聞入れて頂けず、酒の一杯位誰におごつて頂いても、大した事では無いと思い、弟平吉と云う事にして印をおして帰宅させて頂いたと申して居り、法廷では、今証言する事が事実で、検察庁で事実の事を申のべようとしたら検事が怒つて云はせなかつたので平吉とは合つていない兄の伊蔵さんに合つて酒をおごつて頂いたのだと立証しました。尚伊香太平、大谷広両証人は、二月七日の夜「るびあん」へ行つていないのに、光男と警察が「来ている」と云つて聞かず警察での証人調べも数回四時間もしぼられ、どうしても「るびあん」へ行き平吉と合つたと云う迄、帰宅を許されず仕事の都合上仕方無く、いゝかげんに書いて頂いて印をおして帰宅を許して頂いたと申して、八木平吉とは合つていないと証言しています。

其の二月七日夜は、私の弟、八木利三が北川留蔵さんに四時頃から「るびあん」に招かれ六時半頃帰宅して、又兄伊蔵が

被告人　八木平吉

七時半頃から「るびあん」へ行き北川さんに御馳走になり帰宅したら十時過ぎだつたと申しています。其の間駒井力三さんと大谷和雄さんと小林進さんの三人に合つて酒一杯宛と突出し一つ宛御馳走してやつたが弟平吉は一度も顔を見なかつたと立証して居ります。又北川さんは、二月七日午後四時頃から、弟の利三と「るびあん」で飲み、七時過ぎから兄の伊蔵と飲んだけど平吉とは一度も合わなかつたし顔も見なかつたと証言致して居ります。私も高島署の取調べの時、二月七日「るびあん」へ行つたおぼへが無いので行つて居ないと云いましたけど、何度云つても聞き入れてくれず、数人の刑事が入れ変り立ち変りのきびしい取調べに合い、殊に朝山刑事は、頭を突いたり物でたゝいたり、大声で怒つたりしてのきびしさ、ずーと病気で医者にかゝつて居た矢先の事故、血圧は上る、尿道結石で尿は近く、病気だと云つても薬も頂けず「るびあん」でお前を見たと云う人が六人も居るのだ、うそを云つても駄目だ、此の前の時にもいくら秘認をしても刑を貰らつただろうと云われ、前の時とは証人が一人も居なかつたので私の不利だつたのだけど今度は見た人が居ると云うのなら、事実行つていないのだから、出る所へ出て調べて頂いたら黒白が「はつきり」分る事と思い、病気に負けて、警察の方の好きな様に書いてくれ、早く大津へやつてくれ此のまゝいつまでもいたら、死んでしまうからと云いますと、そんな事をすると首になるから、お前が行つた様に云へと云つて私の云い分は少しも聞いて下さいませんでした。兄貴との間違いだから、もう一度調べ直しをしてくれと頼みましたけれど其れも聞き入れてくれず、私も、もうどうにでもなれと思い、妻に百円貰つて家を出てタバコを一個買いつりを持つて行つたと書いてくれと云いましたけど、調書に、書いてある様な事、ジャンバーを脱ぎかけて「おれは覚へているとか何とか」申しません。光男と警察のデッチ上げも甚しいかぎりです。一審で有罪、事実無根の事なので高裁へ上告したら、事実をはつきり調べて頂いて今度は無罪になる事と、弁護士も私も確信して居りました。其れなのに又有罪、証人を再調べして、中沢達江と山本光雄と山本とくと私にうそ発見機をかけて下さればはつきり分る事ですのに余りにも一方的です。「るびあん」に居た女給福島ことに証人に、私の妻が合つて真実を聞いて見ますと、光雄さんに八

木平吉が二月七日夜来たと云へと云われ法廷でうその証言をしたので、今になつて後悔している、七日の夜請求書に駒井力三と私が書いたら、長瀬君江さんが、えんぴつで消して、八木平吉と書いたので、「おかしい」なと思つていたら、光男さんが、日付けを書いたのだと申していました。其の後、君江さんも、私達、何も知らないのに、マスターに云はれた通りの事を云つたばつかりに、何べんも警察やら検察庁、裁判所まで呼ばれ、知らないと云へば良かつたと申して居た事実があります。

今君江証人は住所不明でお合いする事が出来ません、私は二月七日の夜は家にいました。二月七日は日曜日で妻が工場が休日でしたので、私の生れが二月九日なので少し早いけど、休んでまでは出来ないからと、誕生祝をしました。さゝやかな御馳走を作つて、小供達と一諸に、のど自慢をしたり子供同士がピンポンをしたりして遊び私は寒いので、八時頃床に入つて首だけ出して審判をしてやつていましたが、子供達も九時頃には皆床に付きました。其の日は朝から、小学校に村の青年団のピンポン大会の有つた日でしたので子供達も良く覚えています。其れから、二月末に「るびあん」の請求書が来ましたので、行つて居ないので変に思い兄伊蔵の所へ間違いでないかと思つて聞きに行きますと、兄は居らず、弟利三が一人仕事をして居り私は行つたけど北川さんにおごつて頂いたのだから、兄貴に聞いておいてやるとの事と、又翌日行つて見ますと又弟一人で兄貴は、若い衆におごつてやつたのが請求書が来ていないから「もうけや」と云つていたとの事に、そんなばかな事が有るか、自分がごんな身分でないと、るびあん」へ行つて間違いだと云つて来るのだけど何か文句を云いに行つた様に思われると、かなわないから、兄貴に、はつきりして置く様頼んで置いてくれと申して帰へりました。其の後、「るびあん」からも金を取りに来なかつたのでもうすんだものと思つていました所、四月十三日に高島署へ連行され、二月七日の事を云われ、初めは何が何だかさつぱり分らず後で色々思い出し、兄貴との間違いの事も申しのべましたけど取り上げて頂けませんでした。

私の住んで居る所は、滋賀県の北海道と云って戸数百六十戸程の寒村で十二月以降三月一杯位はオーバ無しでは戸外は歩けません。まして私は病気でしたのでジャンバーだけで外出した事は有りません。服装等から思っても「うそ」と云う事がはっきり分ります。

常から光男の品行が悪いので村でも女給に無理に云はせたと云う噂が早くから立っています、昨年の四月一日とは両親が服毒自殺未遂をして居り、其の後女親が二度目の自殺未遂をやり、今年の八月廿四日には父子喧嘩の末、父親にバールで頭を殴られ、父親が殺人未遂と云う事件をおこして居ります。其れも光男が人非人で親や妻子をいつも泣かせて居るからで有ります。

二月七日の勘定立入弁護士が責任を持つから払って置けと云われたと云って、私が大津と居る間、四月廿日に妻が、「るびあん」に仕払いに行った時山本とくさんに、うちの人二月七日には来てないはずだけどと云いました所、其の日は私は、母家の方に居てこちらの店に出ていなかったから知らないけど、光男は来てたように云って居ると云ったそうです、其れなのに法廷では、たしかに来て、ジャンバーのボタンを外して怒い顔をしておれはおぼえて居ると云っておいかけて来たと証言しました。光男に云はれて、うその事を云っているのです。前の事と云うのもそうです、三十四年の十月廿日頃光男の妾の中沢達江と十五日の内に出て行かないと、まな板の上に乗せると云ったと云う事で起訴されました。

私はそんなばかな事云った覚えがないので云わないと云いましたけど、誰も聞いて居た人が無く中沢と二人の時の事だと云うのでした。私が大津と居る時も女が光男の所へ聞きに行きましたら、自分も母親も誰も聞いた者がない、あれが泣いて居るので、どうしたのだと聞くと、八木さんがこう〳〵云ったと云って居ると申して居ましたのに、法廷では、冷蔵庫の後で聞いていたと云う様な、うそを云う男です、前の時告訴すると良かったのですけど、子供は多いし、私が病気で、お金も無いので官撰の弁護士、草津市の大橋正己弁護士が立合い一方的に有罪を云渡されましたけど、自分さえ、我まんをして、

つゝしんでいたらと思って泣きね入りをして居りましたら、又光男の為に此の様な無実の罪に泣かねばなりません。余りと云へば情無い仕打ちです。

傷害の方も三十三年四月中旬頃の事で妻と一諸に歩いて居て、中野音次郎さんと中野さんの家の近くで合い新聞の事から、一寸したに口論となり、中野さんが大手を広げてかゝって来たので組合になりましたが、直ぐ妻が仲に入って分けましたので両方けがもなく翌日妻が酒の上の事で悪かったとあやまりに行った時も中野さんの顔には傷もなく、其の後も気持良く話もしていた間柄で有りました。

丸二ヶ年も経ってから何とか私を罪に落そうと思って古い事迄堀り出して警察がデッチ上げて居るのです、私は酒は好きですけど、身体が悪いので余り飲んでいません。人にかみ付く悪いくせが有る様に書かれていますが、事実と大変違った事です。此の頃安井医師も大変気の毒だと申して心配して下さって居ます。私は無実ですから良く実情を、書類丈で無く御調べ下さいまして公正なる裁判を御願い致します。

（昭和三十六年十一月二十三日付）

以　上

昭和三六年(あ)第二五四〇号

弁護人渡辺良夫、同相磯まつ江、同芹沢孝雄の上告趣意

第一　大阪高等裁判所が、昭和三六年一月三日言渡した判決は、憲法第三一条、同法第三七条第二項に違反し、それが判決に影響を及ぼすことが明らかであるから破棄さるべきである。

原判決認定の通り大谷広、駒井力蔵、伊香太平の検察官に対する各供述調書はいづれも本件公訴提起後供述されたものである。

我国に於いては、公訴を提起する権能は公訴権の実行の公正を期するため検察官にのみ属する制度即ち起訴独占主義をとつている。検察官は事件について犯罪が成立するか否かを調査し更に事件を訴追することの利害得失を考慮し、犯人の性格、年令及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況を検討し公訴を提起するか否か決定しなければならない。大谷広、駒井力蔵、伊香太平は事件当日いずれも「るびあん」に行つて酒を飲んで居り特に駒井力蔵は本件に於いて売上伝票の名宛人となつていて、検察官は同人等を公訴提起前に取調べなければ事件を裁定することができないにも拘らず同人等の取調べをなさずこれを公訴を提起する際の資料に供することなく漫然と公訴を提起したものであり、原審に於いても後述の如く同人等の検察官に対する供述調書を証拠能力があるとして被告人の有罪の認定の資料に供したが、右検察官の公訴の提起並びに原判決は憲法第三一条の法定手続の保障の規定に違反しているから原判決は破棄を免れない。

次に原判決は、同人等の検察官に対する供述調書に関し、刑事訴訟法第二二三条の検察官による第三者に対する取調べは公訴提起前に限らるべきであるとする法的根拠並びに理由がないと判断しているが、刑事訴訟法第二二三条に於いて検察官の取調べの対象となるのは被疑者以外の者であつて、被告人以外の者でないことは文言上からも明白であつて検察官

被告人　八木平吉

が被疑者以外のいわゆる第三者を取調べ得るのは公訴を提起する以前だけであつて公訴提起後は許されないのである。検察官は公訴を提起する前に出来得る限り被疑者以外の者を取調べる必要があるが、この取調べは強制力を伴わない全く任意の処分であるから第三者は取調べに対して出頭又は供述を拒む場合も有り得る。かゝる場合検察官は参考人が犯罪の捜査に欠くことの出来ない知識を有すると明らかに認められるときは第一回の公判期日前に限り裁判官にその者の証人訊問を請求することができるのである。従つて検察官の参考人に対する取調べは公訴提起前に限られ、公訴提起後は第一回の公判期日前に限り裁判所に対し刑事訴訟法第二二六条の証人訊問の請求をなし、それ以後は同法第二九八条第一項により公判廷に於いて裁判所に証拠調べの請求をなすべきである。元来検察官に捜査権限を与えたのは、事件が実体的に犯罪を構成する嫌疑が十分であるか否か、そして有罪判決をうける法律上の利益があるか否かを判断して適正な公訴を提起することを期待するからであつて、第三者の取調べは右判断をなすに必要な公訴提起前に限られ、公訴提起後は前述の如く裁判所に対する証拠調の請求によつてなさるべきである。若し検察官等に於いて公訴提起後参考人の取調べをしたならば、参考人は検察官等の心理的強制若しくは誘導によつてわい曲した事実を記憶に留め取調べ以前の純粋な記憶を供述することができなくなり刑事訴訟法の目的とする実体的真実の発見という使命にもとる結果となる。そして被告人は公判に於ける証人訊問に於いてわい曲した事実を供述する証人から真実を導き出そうとしても極めて困難であり結局裏面からいえば憲法第三七条第二項に保障された被告人が証人に対し審問する機会を充分に与えられないことになる。

第二　原判決は判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があつて著しく正義に反するから破棄さるべきである。

一、判示一の事実について被告人は中野音次郎に対し治療約五日間を要する頬部擦過傷を負わせたことはない。

被告人は右中野が朝日、産業経済両新聞の配達員をしていて毎日新聞の配達員をしていた被告人の子供の得意先を奪い更に同郷の者が組織している無尽講に被告人を加入させなかつたことから昭和三三年三月下旬頃偶然滋賀県高島郡安

曇川町大字南船木一四五番地の道路で出会つた右中野と口論をはじめ両者相組付く喧嘩となつたが、被告人と同行していた妻の仲裁によつて両者は短時間で離れたため両者とも傷を負わなかつたものである。

原判決は、被告人が右中野の右頬に噛みついた旨認定しているが、右中野は被告人よりも背が高く被告人が下から同人の頬に噛みつくことは殆んど不可能であり又仮りに被告人が同人の頬に噛みついたとするならば、歯跡による内出血が生ずる筈であり単に擦過傷を負うが如きことは有り得ないこと経験則上明白である。証人安井格と証人中野音次郎の証言を比較検討するならば、両者は相矛盾して居り被告人が右中野に対し傷害を負わせていない事実は明白であつて疑う余地は存しない。例えば中野の証言によれば中野が安井に対し傷を見せたのは喧嘩をした四、五日後妻の薬を安井の所に貰いに行つたときである旨供述しているのであるから、中野の傷は既に安井が見た時には完全に治癒していたにも拘らず安井は中野の傷を見たと証言して居り、更に安井は右傷にはカサブタが出来ていた旨証言しているにも拘らず中野の証言によると傷にはカサブタはできなかつた旨述べている。又傷に塗つた薬について中野はメンタムであると述べて居り安井は赤チンであつたから傷がわかつたと述べている。これは帰するところ同人等の証言が虚無の事実をそれあるとねつ造した有力な根拠でありこれらのことからも被告人が中野に対し傷害を負わせたものでないことが判明する。

二、判示二の事実につき、被告人は昭和三五年二月七日午后七時半頃同町大字南船木一九五番地の六飲食店「るびあん」こと山本光男方には行つていないからかゝる事実は全く存しない。

被告人は同日の昼間外に出て鴨取りの準備のため網を修繕し夜は同月九日が被告人の誕生日であつたので妻の職業の関係から日曜日である同日に被告人の誕生祝いをしたものである。被告人は同日早目に午后四時頃帰宅して祝酒の焼酎を飲み妻、子供四人揃つて妻が作つてくれたかやく御飯を食べその後陽気になつて子供等と一緒に歌を歌い、更に床に就いて子供等がなす卓球試合の審判をし子供等が試合の結果によつて喧嘩をするのをなだめ乍ら就寝したものである。

従つて被告人は同日夜一歩も外に出ていないのである。

一方同日夜山本家「るびあん」に於いては駒井力蔵、伊香太平、大谷広、小林進、北川留蔵、八木伊蔵、大谷和雄、北川利三等が酒を飲んで居り、その中で八木伊蔵は被告人の兄であり容ぼうも酷似しているところから同日夜酒を飲みに来ていた同人を被告人と誤認して「るびあん」の女給長瀬君江、福島ことは、同日夜被告人が「るびあん」に来ていた旨誤つて公判並びに検察官等に対して供述しているものである。

八木伊蔵は、北川留蔵の経営する店に勤務して居り同日北川利三がその住居まで来て「るびあん」に招待したので七時半頃「るびあん」に赴き、ビール等を飲み更に傍らにいた知り合いの駒井力蔵、大谷和雄に対し酒各一杯とつき出し二皿を提供し自らも酒一杯を飲み雑談をして一〇時頃帰宅したものである。八木伊蔵は「るびあん」との間で右駒井等と共に飲んだ酒三杯、つき出し二皿の代金を「つけ」にして貰う約束をし、月末に代金の請求があるものと思つていたところ、「るびあん」では右八木伊蔵を被告人と誤つてか月末に被告人に対し右酒代等を請求し、右八木伊蔵に対しては請求しなかつたものである。

原判決は、被告人が当夜山本光男方へ行つた証拠として売上伝票をあげているがかゝる伝票の宛名欄は、商店内部において自由に改ざんできるからそれを事実認定の有力な証拠とすることは誤りであり本件に於いては合理的な根拠をもつ証人等の証言の方が遙かに信憑性が高いものである。

原判決は、被告人が同日午后七時半ごろ山本光男方「るびあん」に赴き六〇円で清酒コップ一杯を飲んだと認定しいながら被告人が再び同所に於いて駒井力蔵等と飲食した際の伝票にはコップ酒一杯が六五円の割合で計算されて居り飲み屋に於いて僅かの時間の差でコップ酒一杯の値段が高くなるようなことは全く有り得ない。従つて証拠に提出されている右伝票は同日作成されたものではない。

警察が本件の捜査の開始したのは同年四月であつて、原判決認定の犯行日時から約二ヶ月の期間が経過しているからその間に飲食店に於ける酒の小売値段が上りコップ酒一杯が六〇円から六五円になることも予想され右伝票は本件捜査が開始された際作成されたものであるとの疑いもある。

帰するところ右コップ酒一杯の値段の相違は、被告人が当日夜「るびあん」に行つていないことの有力な根拠となるものである。又被告人には中沢達江、山本光男を脅迫すべき合理的な理由がないから間接的に被告人が本件犯行を実行したものでないことが推定される。

なるほど被告人が昭和三四年一二月二一日大津地方裁判所に於いて脅迫並びに傷害罪により懲役八月、三年間執行猶予保護観察付の判決の言渡しをうけたことは誤りがなく、又山本、中沢が右事件を今津警察署に告訴し更にその審理に於い一罪体を証明するための証人として出頭して被告人に不利益な証言をなしたが、被告人としては同人等に対して多少の怨恨の情を抱いていたとしても再び犯罪を実行して有罪の判決をうけることは不可能であること並びに前の事件で言渡された判決の執行猶予が取消されその刑期も併せて服役しなければならないことを充分理解して居り、右山本、中沢を脅迫したとしても右判決の結果を左右できる訳ではないから本件の如き無謀な行為をする筈がない。被告人は明治四五年二月九日生既に五〇才の令を数え人生に於いて初老の段階に達し妻の外四人の子供を抱え物事の理非を弁別し得る能力を備えている。かゝる被告人が前の事件と同様な態様の事件を繰り返す訳がなく本件は右山本、中沢並びに警察官によつて作り上げられたものである。

被告人の住居は滋賀県の北端であつて二月七日は寒さが厳しく外出する場合にはオーバーを着なければ身体に悪く健康を害する恐れがありジャンバーだけを着て外出するようなことはない。

原判決は、被告人が山本光男方に於いてジャンバーを脱ぐ動作をした旨認定しているが、これは全く合理的根拠を欠

き常識上有り得ない事実を認定している。

叙上の次第で原判決は判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があつて著しく正義に反するから破棄さるべきである。

第三　原判決は判決に影響を及ぼすべき法令の適用の誤りがあつて著しく正義に反するから破棄さるべきである。

一、判示一の事実について刑法第二〇四条を適用することは誤りである。

傷害罪の傷害とは生活機能の毀損即ち健康状態の不良変更を惹起することであるとすること判例であるが、本件について原審の認定する事実は被告人が中野音次郎に組付き同人の右頬に暴行を加え同人に対し頬部に爪跡を残したにすぎず、中野音次郎は右爪跡の診察をうけるため病院に赴いたことなく且つ中野自身も傷について殆んど治療をせず自然の状態で放置していたのである。かゝる爪跡を傷害であるとすることは傷害の概念を身体の完全性を害することであると解するものであつて人の生理的機能に障害なく且つ健康状態を悪化させない場合であつても傷害行為であるとするものであるから甚だしく概念を拡張する結果となる。右爪跡の如きは単純な身体の完全状態を破壊する行為にすぎないから暴行であつて、本件については暴行罪が成立するとしても傷害罪は成立しない。

二、判示二の事実について、原審の認定した被告人が中沢達江に対し「わしにおぼえがあるだろう」と述べて同人をにらみつけたことと並びに山本光男に対し「おれもおぼえがある。おれはお前らのために引張られたんや」と述べジャンバーを脱ぐ動作をしたことは同人等に対する脅迫とはならない。

脅迫罪の脅迫とは、相手方をして恐怖させる目的を以つて相手方又はその親族の生命、身体、自由、名誉、財産に対する害悪を加うべきことを相手方に通告することを云うが、被告人の判示行為によると被告人が同人等の如何なる法益を侵害したのか不明である。即ち「わしにおぼえがあるだろう」とは単に同人等に被告人に対する記憶を喚起するために為した行為であると解せられ「おれはお前たちのために引張られたんや」とは被告人が過去の事実を述べ、前の事件

に関する見解に基いて山本に抗議したとも解せられ、被告人は未だ同人等の具体的法益を侵害する旨通告していない。かゝる行為まで犯罪の対象となるならば人は安定した社会生活を営み得なくなりかえつて反対に脅迫罪の保護法益たる個人の法的安全の意識を害する結果になる。

従つて判示二の事実に刑法第二二二条を適用して処断することは法令の適用に誤りがあると解せざるを得ない。

第四　原判決は刑の量定が甚だしく不当であつて著しく正義に反するから破棄さるべきである。

被告人は終戦前東京都に於いて竹刀製造業を営み埼玉県に居住していた妻と結婚したが、終戦と共に剣道がすたれたことにより営業を継続することができず郷里の現住所に帰つたが、青年時代より上京して郷里で農業を営んでいなかつたゝめその意識が郷里の住民意識と異なつていたが別にこれと云つて問題になるようなことはなかつた。その後妻との間には子供四人が出生し、現在長女恵美子（一八才）を頭に成長盛りの段階である。長女恵美子、長男安治は、本件に於いて父親である被告人のアリバイを立証するため幼い知識と経験を以つて一生懸命証言して居り被告人をしてこの可愛い子供を残して一年四月の刑に服せしめることは余りにも酷であつて社会的妥当性を欠くものと云うべきである。勿論経済的にも貧しい乍ら被告人が一家の支柱であつて被告人が一年半の長きに亘り刑に服することになるならば一家離散の憂目にもなり兼ねない。

原判決が認定した傷害並びに脅迫罪はいづれも微罪であつて両事件とも被害者から積極的に捜査機関に告訴がなされたものではなく警察官の聞き込みが捜査の端緒となつたものである。又被害者の被害が甚大であれば、直ちに捜査が開始されるのが通常であるが、本件に於いては捜査機関が事件発生後相当の期間経過した後はじめて捜査に着手しているような状態であるから被害はない。従つて裁判所に於ける審理に於いても事件の実体がつかめず曖まいもことしているのが実情である。

原判決は、本件をいわゆるお礼参りと解し本件が被告人の周辺の者に対し精神的不安動揺を与えたと認定しているが、東京都等大都会であるならばいざ知らず封建的な片田舎である被告人の現住所に於いて原判決認定のような行為がなされたとするならば社会的非難の対象となり社会的圧力によつていわゆる村八分的措置をとられ被告人等一家は郷里を捨てゝ夜逃げをしなければならない結果になる。しかし本件に於いては、被告人の周辺の者は被告人の無実を信じ、悪らつな山本光男の策に陥入つた被告人の苦しみを察し、御庁にまで上申書を提出しているのである。従つて本件が裁判所に対する関係で被告人の郷里の者に対し悪影響を及ぼしたようなことは決してない。むしろいうならば、郷里の者は山本光男のとつた措置によつて裁判所に不信の念を抱いている状態である。

原審に於いては被告人が土建請負業者的な親分膚の人間と解しているかの如く窺れるが、被告人は単なる寒村の貧しい素朴な住民であつて齢も既に五十年に達し一九か二〇の不良青年の如く御礼参り的行動をとる程無分別ではない。右のような次第であるので被告人に対し懲役六月の実刑を課することは刑の量定が甚しく酷に失し、著しく正義に反するから原判決は破棄さるべきである。

（昭和三十六年十二月二十五日付）

以　上

昭和三八年(あ)第二三九五号

決　定

本　籍　八王子市元八王子町三四番地
住　居　八王子市平岡町一八番地
会社員　加藤昇　大正八年一月九日生

右道路交通法違反被告事件について昭和三八年七月一七日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人の上告趣意は、事実誤認及びこれを前提とする単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当らない。

なお、原判示の、被告人は第一審判決判示の日時、場所（歩車道の区別のない道路）において、電話をかける用件が生じたので自己の運転していた普通乗用自動車のエンジンを止めた上、その傍から離れ、七メートル離れた、たばこ屋の赤電話のところに行き、まず電話帳をくつて先方の番号を調べ、次いで電話をかけようとしたものである、との事実は、記録により優に肯認することができ、原審が本件をもつて道路交通法二条一八号後段にいわゆる「運転者がその車両等を離れて直ちに運転することができない状態」にあつたものと認めた上、被告人の右所為が同法四五条二項本文一二〇条一項五号に該当

昭和三九年三月一一日決定　昭和三八年(あ)第二三九五号

昭和三九年三月一一日決定　昭和三八年(あ)第二三九五号

するとした第一審判決を是認したのは相当である。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三九年三月一一日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

昭和三八年(あ)第二三九五号

被告人の上告趣意

一審並びに二審の判決は重大なる事実の誤認及び法令の解釈を誤つた違法がある。

そも〳〵事件の発端は昭和三十六年五月三日（祭日）友人と新宿の上高地といふ喫茶店で逢ふべく八王子を出たが途中道路がせまくて交通混雑のため、本件現場近くにきた時はすでに約束の六時を過ぎてしまつたので（現場近くの交通はきわめて閑散で普段の二十分の一以下の交通量だつたと記憶しています、現に私の車を止めた路地は私が車を停車してから発車するまでにバトロールカーの外にはタクシーの車が踏切の方から一台通つただけです）電話連絡をしようと思つていたところ、赤電話が見つかつたのです、甲州街道はみな駐車禁止でしたので、わき道へ入れば駐車ができるかと思つて入つたところがすぐ向ふに踏切があり、その向ふも道がせまそうなので止むなく一時停車の見解をとつて電話を掛けようと思つたのです、ですから自分の車の方をたえず注意しながら電話帳の「か」の頁をめくつたのですが、たくさんありましたので、すぐあきらめて煙草屋の叔母さんに電話番号を聞くのは何番ですかと聞いて、叔母さんの返事のないうちに、バトロールカーが入つてきたのです、そこで私は電話をかけるのを止めてバトロールカーが私の車の右側を通つて行くのをずつと見ておりました、バトロールカーが甲州街道のセンターラインにおる時から見ておりました、そしてバトロールカーはそのまゝ通り過ぎるのかと思いました、バトロールカーからは誰も降りずに私の車の直前に停車したので、私の車の止まつていることについて何か聞くのかなと思つて車へ戻つたのと放送と同時位でした、そしたら私が私の車の運転台に居るのに気付いて一人の警察官が降りてきて運転席へ近より「免許証と車検証を見せて下さい」といふので、私は運転席のボックスから免許証と車検証を出してその警察官に渡しました。

被告人　加藤昇

そしたら、それを持つてパトロールカーの自分の席へ戻つて、その免許証と車検証を調べていたのでしよう、しばらくたつて今度は何か書いた小さな紙片と免許証、及び車検証を持つて来ました、私は何ですかと言いながら、ちよつと見ると、駐車違反と書いてあり印も何もない簡単な紙片でした。

そこで私は、これは駐車ではない今こゝで電話をかけようと思つて一寸止めただけですと反駁しましたが、それでは墨田へ行つてその事情を説明して下さいといふのでハハーこれはパトロールカーが真面目に巡回したといふ様な記録を残したいために、行つた行為かなと善意に解釈しました、私も時間を急いでいたので、そうですかと云つて別れたのです、お蔭で友人には逢ふことが出来ませんでした。

後で考へるとそれが警察官の手だつたのです点かせぎの犠牲になつたのです、私は墨田へは一度も行つたことは無かつたので墨田へ行つて、その時の事情を説明すれば分つて貰えると思つたので素直にその紙片を貰つたのですが、もしその時、私が時間を急いでいなかつたとして、又は免許証を保管されようとしたならば、そこで解決をつけた問題ですが免許証も取上げず只墨田へ行つて説明して下さいと、おだやかに言われたので何でもないと思つたのです、今後は充分注意して、たとえ警察官といえども簡単には免許証などを見せるものではないと感じました。

要は、警察官が私の車を最初に発見したときに、駐車だと思い込んでしまつたので、ぜん〳〵車からも降りず勿論警笛も鳴らさず直ぐに放送を開始したところ私が車の中に戻つたのに気付き私の車に一人の警察官が近づき一言も問わずに直ちに駐車違反の処置を取つたのです。

免許証の提示を求めたときに、こんなところへ車を止めては困るとか何とか一言でも問えば簡単に解決した問題だと思ひますが、私の方としても警察官が何も言わずにたゞ免許証等の提示を求めたのでそれに応じたところ、直ぐに警察官が自分の車に戻つていつたので、私としては何も云ふ機会がなかつたのです。

二度目の時には紙片を持つてきてしまつたのです、駐車違反として記帳してしまつたので、警察官としては引つ込みがつかなくなつたので、私の停車云々の言葉に対して墨田へ行つて事情を言つてくれと逃げてしまつたのです、私も墨田へ行つてよく説明すれば分つて貰えるのだなと思つて後日墨田へ行つて一階の取調室へ入つて驚ろいたことには始めから「駐車違反に間違いないですよ」と云われたことです、これでは説明も何もあつたものではない、始めから罪人扱いでした。

尚第一回公判の際の私の陳述の中に速記録の間違つている箇所があります。

「電話器の所で私が電話番号を調べたが仲々見つからないので……」とありいかにも時間を掛けて調べたかの様に感じられるでしようが、その間の時間は極くわずかでした、私もその様な言葉を使つたおぼえはありません。

それから後記の方に、「間もなく免許証と呼出状と保管証を持つて来て墨田区検へ行つてくれと言つたのです」とあるのはこれも速記の間違いでそれは、「免許証と車検証と呼出状」のあやまりです。

次に私が最も憤慨にたえぬのは、第二回公判のバトカーの警察官（谷田部熊男）が証言台に立つて偽わりの証言をしたことです。

その箇所は次の通りです。

検察官の質問

一、十回目　その日の証人の勤務はどうだつたかの質問に対して

バトロールカーにあるスピーカーで運転手の所在を求めました、それから二、三分たつて被疑者が戻つて来たので駐車違反を告げると違反ではないと申立てたが駐車違反として取調べを行つたのです。

これは全く嘘で私の供述に間違いありません。

二、十二回目　発見したとき車はどの位前から止まつていたと思ひますか、

甲洲街道を右折するには直進車が多いので若干の時間がかゝるが、その時被疑者の車が見えたから五分ぐらいと思います。

三、十四回目　それで呼んだら運転手が来たのか、

二、三度呼んでから小走りの様子で戻つて来ました。

これも嘘です。

四、十六回目　それでどう言つたのか、

こんなところに車をとめておくと、他の車の邪魔になるから慎しむ様にと駐車違反を告げたら駐車ではなく、停車だと申立てたので法規はかく〳〵になつていると説明したが分らない様子でした。

これなどは全くの作りごとです、又法規の説明など一と言も聞きませんでした。

五、十七回目　その時運転手は何と申立てゝいたのか、

近所に用事のため行つていたと申立てゝいました。

これも嘘です。

六、二十一回目　バトロールカーの位置はどうだつたか、

煙草屋の方から見て車があるのでバトカーが通れないので一時ストツプして久保田巡査が下車して見に行き、接触しない様にして進行し被疑者車両の前方に出て停めたのです。

これも全くの嘘で誰もバトカーからは降りませんでした、ちよつと徐行しただけで簡単に通れたわけです。

七、二十二回　呼びかけは証人が車に乗つていて久保田巡査が戻つてきたときにしたのか、

はい久保田巡査が二回私も二回位呼びかけました。

これも嘘です、呼びかけは一回だけです。

八、二十七回　呼び掛けの時赤電話の処から直ぐに戻つてきた様な状況はどうか、

わかりません用事で行つてきたと言つていました、私がそのそばを通つて来たのですから被疑者がそこにいたとしたら合図をするとかすぐ戻るかあるはずです。

バトカーが私の車の右側を何なく通つて行つたのです、そのまゝ行つてしまふかと思いましたが、私の車の前に止まつたから私も車へ急いで戻りました。

バトカーが車のそばを通つた場合、合図をしなければいけないのでせうか、勿論警察官が車から降りてくればそこで問答が出来た筈です。

九、三十回　証人が黒塗りの駐車車を見たのはいつですか、

右折のとき直進車があるので、しばらくの間（二、三分）待ちましたが、そのセンターラインのところにいると き、駐車している車を見たのです。

当日当時刻頃は交通量がきわめて少なく赤電話のところから八十米位先に信号機（新宿寄りです）がありました、その信号機は大体一分位で赤青黄と一完全点滅する様になつております、ですから最悪の時に出あつても大体一分間待てば右折できるわけです、こんなことは私が言ふまでもなく、実地にやつて見れば直ぐ分ることですが、あえて、二、三分かゝつたと証言しているといふことは無理に被告を罪におとし入れるべく策したと見られます、自分の取締りに失敗があつたからこそだと私は思います。

十、裁判官の質問

証人は放送する前には車を下りませんでしたか、

私は運転でしたから左（右）側に乗り右（左）側は久保田巡査が見ながら前に出たので止まる前には下りませんでしたが止まつてから下りました。

先に私が放送して久保田巡査が見に行き、まだ運転者が戻らないといふので又放送したら後の方から小走りに戻つてきたのです。

駐車していた車のエンヂンはどうでした、

エンヂンは停止していました、断言します。

これらもみな嘘です、前にも陳述したように第一回の放送するまでは誰もバトカーからは降りて来なかつたのです、全くの作り事です。

最後のエンヂンの停止はほんとうですが証人の証言の中でこれだけが自信を以て云えるたゞ一つの証言だつたのではないでしようか。

冷静に判断しますと、この証言の中におかしいと思ふところが時々出て来ます。

以上谷田部証人の証言はほとんどが嘘の供述です、いやしくも国民の模範たるべき警察官ともあろう者が被告を罪におとし入れるべく、この様な作りごとを証言する様ではほんとうになさけないと思ひます。

私はこれについて偽証罪で告発しようかとも考へましたが元来この事件は警察官二人と私きり誰れも他の人が知らないので立証がむづかしいかと思つて不本意ながら、そのまゝにしてあります。

然し証拠がないからと云つてあんな出鱈目の証言は許しておけません、二人で対決させて戴けたら、どちらが本当のことを言つているか分ると思ひます、作り事は必ず喰ひ違つてくるわけです、現にもう一人の警察官久保田証人の供述と違つて

いるところがあるではありませんか。

願わくばもう一度、谷田部、久保田両警察官との裁判所に於ての対決を許されんことを特に御願ひ致します。

さて次は久保田証人の供述ですが、一部を除いて大体に於て良心的に供述しておると思ひます。

只二人で申合せた様に、二、三回放送したと証言しておりますが、私の尋問でそれは取消しております。

次に実地検証の際の小山秀夫証人の証言の中で、何か放送していた声は聞こえたが内容は分らなかつたと証言しておりました、小山さんは裁判官の質問に対してハキハキと答えておられました、聴覚は普通でした。

もし警察官の言ふ通り二人で合計四回から六回位繰返し放送したのなら始めの一回は何を言つてるかよく分らないかも知れないが、二回目からは聞き耳を立てゝ聞くからその内容は分る筈である、尚バトカーは小山さん（印鑑商）の店の前すれ〳〵に止めたのですからスピーカーと小山さんとの巨離は二米位です、小山さんは足が不自由で店先に一日中座つておられたそうです。

出来得ればこれもバトロールカーを実際に使つて実演して見れば警察官が嘘を言つていることがはつきり致します。

高等裁判所に於ける検察官の答弁要旨の中で被告人が内心では駐車違反を認めたことになるといふ意味のことがあるが、たとへば煙草を買ふ様な場合を例にとつたとして、この辺は駐車禁示区域だが少し先へ行けば禁示区域でなくなるといふ様な場合、たとえ煙草を買ふことが停車に認められるとしても、わざ〳〵駐車禁示区域に車を止めて買ふ人は無いでしよう。

だから私も、わき道へ入つて（甲州街道は駐車禁示です）もし駐車できれば心配なしに電話がかけられると思つたからこそわき道に入つたのであつて、決してかくれる為めに入つたわけでもなければ、緊急連絡の電話（簡単な話）なら停車でも差支えないと思つたからこそ、そこに一時停車したのです。

高等裁判所の判決の中で「警察のバトカーが来て、二、三回運転者を呼んだので被告人は車両のところへ帰つてきたこと

を認めることが出来る」と言つているが、これは前にも述べた様に全くの嘘であるといふこと（久保田証人はその証言を取消している）です。

又緊急の電話をかけようとしたこと、又はかけることが、即ち直ちに運転することが出来る状態ではないと書いてあるが、これはおかしいと思ひます。

要は電話を掛ける時の心掛け如何であつて、私は絶えず車の方に気をつけてかけようとしていました。

煙草屋の叔母さんも年寄りでよく分りそうもなかつたので電話するのを止めようと思つていました。それだけ気を使つていたわけです。但したとえ一分であつても性質によつては駐車になり得る場合もあると思ひます。

私は電話をかけるのも、煙草を買ふのも同じ様なものと判断致します。もし万一通話中に、直ちに運転しなければ、ならない状態になつた時には、直ちに通話を中止しても車へ戻るつもりでおりました。丁度煙草を買つて釣銭を貰わないうちに直ちに運転しなければならない状態が起つた時も同じだと思ひます。

この様なこともやはり交通状態によつて左右されると思ひます。いかに停車が認められる（駐車禁止区域に於て）としても混雑している時には遠慮すべきだと思ひます。

今回の様にほとんど閑散で車が無い様な場合でしたので狭い道を承知で車を止めたのであつて、（然し尚右側に二、四米位の余地があつたので普通の車なら楽に通れる筈です。現に警察官の取調べ中にハイヤーが一台通つただけです。

又エンヂンを止めれば駐車だと判断することもおかしいと思ひます。それはずつと昔の解釈だと思ひます。

昔の車と違つて現在の車は大体に於て、セルモーター一つで簡単に掛かります。左手でサイドブレーキをはづし、次いでチエンヂレバーをローギャーに入れる間には右手でエンヂンの始動が出来るので直ちに運転することには時間的の差は殆んどないと思ひます。むしろ現在の様な交通状態ではたとえ瞬間的に車を離れる場合でもエンヂンだけは停止させることが望ましいと思ひますが如何ですか

又七米余りもともありますが、かりに八王子市内（甲州街道）の歩道を例に取つたとして約六米ばかりあります。もしその車道の部分に車を止め少し斜行して煙草屋の店先へ行つたとすればすぐ七米位にはなつてしまひます。又、角の煙草屋ならば角から五米以内は停車も禁じられていますから、それをさけるとなると目測では、安全圏として、たえず巻尺でも持つて歩かない限り六、七米にはなつてしまふのは止むを得ない。

第一審の判決理由として裁判官は七米半では巨離がありすぎる。停車ならばもつと少い巨離でなければ認めないといふ様な判決理由でした（判決文には理由は記してありませんが口頭で言つたのです）

それでは何米なら停車で何米以上なら駐車になるか、この際はつきりと示して戴きたく考へております。おそらくこれは外に理由がないので苦しまぎれの理由に過ぎません。よつぽど判決の時に裁判官に質問しようかと思つたが、こゝではもう何も言つても仕方がない、もし不服があつたら高等裁判所へ十四日以内に控訴しなさいと云われて、引き下がりました。

かりに三米も七米も時間的にはほんの数秒（かけ足なら一、二秒）の違ひであつて問題にする方がおかしいと思ひます。

警察時報社発行の交通警察全書（六一年拡大版）の中の道路交通法逐条解説、第二条（定義）の解説の中に次の様な文面があることを参考に記します。

「駐車」は一般的には継続的停止を云ふが、五分以内の貨物の積卸しのための停車および人の乗降のための停止は除かれる、後者の場合人の乗降のための停止は五分以内の制限はない。しかし、この場合でも車両等が停止し、かつ当該車両等の運転者がその車両等を離れて直ちに運転することができない場合や、単なる人の乗降のためでなく、客待ちに至るときは駐車となる。

なお、右にいう「車両等を離れたが直ちに運転することができる状態」とはたとえば、たばこ屋の店頭に車両を停め、運

転者が車両から降りてたばこを買うような場合のことであつて、その車両が道路交通の妨害となる場合には、文字通り「直ちに」他の場所へ移動することができるような状態にあることをいう。従つて、車両等を停止して、運転者がその場所から、数十メートルも離れているような場合は「直ちに運転することができない状態」にあるものとして、「駐車」に該当する。

結論としてパトロールカーが私の車が道路の通行余地が無いのを見てこれは駐車違反だと思ひこんでしまつて、取調べしたことに起因するものであつて、私が裁判に持ちこんだ為めあわてた警察官がいかにもまことしやかに取調べ状況を作つて証言したことは、二人の証人（警察官）の喰ひ違ひその他によつてもあきらかであります。然しその為めに裁判官が被告に不利になる様印象を受けた事は事実です。社会通念上誰が考へてもこの様な取締りが無理であつたと云ふことが云へるのではないでしようか。

警察官の苦しい偽わりの証言は気持は分るような気もしますが、宣誓しての証言には絶対嘘があつてはならないと思ひます。ましてそれによつて、一人の人間が刑事犯人に仕立てられるのです。重大なる問題です。

私も自分に悪いと思つたところが少しでもあれば、何んでこんな手数のかゝる裁判をするわけがないでせう。さつさと罰金を払つてサッパリしたいです。

以上長々とくどく読みにくい文章を書きつらねましたが高等裁判所の判決の破毀を求める次第です。

以　上

昭和三八年(あ)第二五〇二号

決　定

本籍・住居　石川県珠洲市上戸町北方一字六九番地

日　稼　笠　谷　徳　太　郎

明治四〇年二月二五日生

右墳墓発掘被告事件について昭和三八年一〇月三日名古屋高等裁判所金沢支部の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人神保泰一の上告趣意第一点は、事実誤認、単なる法令違反の主張であり（刑法一八九条の墳墓発掘罪の発掘とは、墳墓の覆土の全部または一部を除去し、もしくは墓石等を破壊解体して、墳墓を損壊する行為をいい、必らずしも墳墓内の棺桶、遺骨、死体等を外部に露出させることを要せず、いわんや所論のように棺桶、遺骨、死体等を取り出して公衆の目に触れる状態に置くこと、またはそれらを隠匿しもしくは領得することは、その成立要件ではないと解すべきであるから、同旨の原判示は正当である）、同第二点は、量刑不当の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三九年三月一一日決定　昭和三八年(あ)第二五〇二号

昭和三九年三月一一日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　奥野健一

裁判官　山田作之助

裁判官　城戸芳彦

裁判官　石田和外

裁判官　奥野健一

裁判官草鹿浅之介は病気につき記名押印することができない。

裁判長裁判官　奥野健一

弁護人神保泰一の上告趣意

第一点　原判決は事実を誤認し、ひいて法令の解釈適用を誤り、墳墓発掘罪とならない所為を罪とした違法があり、これを破棄しなければ、著しく正義に反する。

一、原判決は、「第一審判決が、被告人は昭和三七年八月一七日頃の午前一一時頃珠洲市上戸町二四の二八番地所在の現況山林内において、金挺子を使用して、同所に建立してあつた故笠谷平吉（被告人の実兄）の墓碑を破壊し、且つ碑内に安置された故人の遺骨を取出した事実を認定し、これを刑法第一八九条の墳墓発掘罪に該当するものとした」のを是認し、右被告人の所為は、未だ同罪の成立に必要な「発掘」に該当しないものであるとする控訴趣旨を排斥した。

二、控訴趣意において、弁護人は、同法条所定の「発掘」に該当するためには、同法条の保護法益の目的から見て、正当の事由なくして、墳墓を損壊又は解体して（これは手段）、墳墓内に蔵置されている遺骨等を取り出し、これを公衆の目に触れる状態に置くか又は隠匿若しくは領得する行為があることを必要とする。換言すれば、墳墓の「発掘」が成立するためには、単に遺骨等を取り出しただけでは足らず、更にこれを公衆の目に触れる状態のもとに放置するか又は隠匿若しくは領得する所為のあることを必要とするものである。

然るところ、本件では、被告人は、前記故平吉の墓碑は、同人妻笠谷ウタが被告人所有の山林内に、被告人の了解を受けずして無断でこれを建立したものである外、更に、同墓碑を祖先の墓碑に近接し、これと並んだ所に移転するのが

故平吉の生前の意思にも合致し、かつ必要であると認められる事情が存在したので、右ウタに対し右移転を通告の上、故平吉の墓を移転したものであり、その際、被告人は檀那寺仙浄寺の住職に依頼し、一般慣習に則り、鄭重な読経を行い、かつ既存の墓碑内から取り出した遺骨は、これを骨箱に納め、右骨箱を該墓碑の後方約四米離れた崖のところに安置して、その上を台座石で囲み、雨露をしのぐように処置し、鄭重に取扱つた。即ち、被告人としては、故平吉の墓を祖先の墓碑の近くで、これと並んだ所に移転することだけが目的であり、右移転につき、事前に前記ウタ等遺族の完全な承諾をえなかつた落度はあるにしても、故平吉の遺骨を粗略に取扱つて、故人の霊をはずかしめようとか又はこれを隠匿若しくは領得せんとするが如き不都合な意図等は、いささかも有していなかつたので、故平吉に対する尊崇の感情も失わず、又墓のもつ宗教的神聖を犯かすことがなかつたのであるから、被告人の右墓碑移転の所為は、刑法第一八九条所定の発掘に該当しないものであると主張した。

三、ところが、右控訴趣意に対し、原判決は同法条の墳墓発掘罪は

正当の事由なくして墳墓を発掘することによつて成立するものである

との極めて簡単かつ抽象的な見解を示したのみであり、「発掘」についての、具体的な構成要件的内容を明かにせずして、前記控訴趣意における弁護人の主張を斥けた。

四、「発掘」の通常の意義は、「掘り起す」又は「掘り出す」ということである。然し、刑法第一八九条における「発掘」は、可罰行為としての発掘である。従つて、控訴趣意で述べたような同法条の保護法益の目的から考察して、「可罰行為としての発掘」の概念は、その対象の点又はその態様等において、通常の意義より更にこれを制限し、限定的にこれを理解すべきであることは、罪刑法定主義の立場から当然の要請であると考えるので、同条の「発掘」の構成要件的内容は、原判決の見解よりは、むしろ控訴趣意における前記弁護人の主張が、正当であり、単に故平吉の墓碑の移転

を目的として、故人の遺骨を取り出したに過ぎない被告人の本件所為は、未だ同法条の「発掘」に該当せず、墳墓発掘罪は成立しないものと解する。

五、尚原判決は、被告人が右移転の前後に行つた読経は、墓の管理者である笠谷ウタの不知の間に、被告人のみの立会で行われたものであること、並びに第一回の読経は被告人が本件墳墓の発掘に着手し、墓石最上部の墓碑石を取り除いた後のことであるとして、何れもこれを非難しているが、前者は墓碑移転に付ての手続的所為に関する欠陥であり、該欠陥の存在のため、右移転に伴つた本件墓碑の解体が、他の罪にふれるというなら格別、本件所為の実体の罪質に変更を来たすものとは考えられない。

又後者は、前後二回読経を行つたことが重要なのであつて、最初の読経が、たとえ、原判決指摘の如く、墓石最上部の墓碑石を取り除いた後であつたとしても、右読経が当該墓碑を移転するため墓石解体に当り、宗教的儀式として一般慣習に従つて行われたものである以上、原判決の非難は、地方的な宗教儀式に関しての理解不足に基因する、まことに、当をえない非難であると言わねばならない。

六、よつて、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する。

第二点　原判決は量刑が不当に重い第一審判決を認容しているので、これを破棄しなければ、著しく正義に反する。

一、第一審判決は被告人に対し、懲役三月の実刑を言渡したのであるところ、控訴趣意にもある通り、本件は元々、被告人と前記故平吉生前中からの肉身間の財産争いに、その源を発している。

このことは極めて不幸な事柄であり、右財産争いを円満解決にみちびくべく、関係親族間に努力が続けられているが、未だその機が熟せずして、本件の原審係属中においても妥結を見なかつたが、然し、更にその努力が重ねられている実情である（原審若山善作証言参照）。

二、然るところ、被告人が本件につき実刑を科せられるときは、被告人とウタ等の故平吉遺族との間における財産紛争と
これに伴う感情的対立に、更に、油を注ぐ結果となり、両者の対立抗争は益々激化乃至悪化することは、火を見るより
も明らかである。
他方移転した故人の墓碑石の取替えその他の整備等の事後処理の問題も残存しているが、これについても、関係当事
者が満足し得るような措置を迅速に取り運ぶこともまた、愈々困難となり、それは、まさに聖諺にいう「角をためて牛
を殺す」に等しく、刑罰のもつ社会的意義は害われ、ひいて刑政本来の目的をも失墜することゝなる。
三、更に本件は右第一点の部に述べた如く、墓碑移転を主眼とし、それ以外の意図がなかつたものであるから、万一有罪
として、被告人を処断するとしても、刑執行猶予の恩典を与えることこそ寛厳宜ろしきを得た、そしてまた社会正義に
最も合致した処置とせなければならない。
よつて、原判決を破棄し、更に相当の御裁判あつて然るべきものと考える。

以　上

昭和三八年(し)第三三号

決　定

申立人（弁護人）石　川　芳　雄

被告人小林末彦ほか四名に対する公職選挙法違反被告事件につき、昭和三八年七月二三日仙台高等裁判所のした、裁判官忌避申立却下決定に対する即時抗告棄却決定に対し、申立人から特別抗告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件抗告を棄却する。

理　由

本件抗告の趣意は、別紙特別抗告申立書（特別抗告の趣旨）記載のとおりである。
論旨は、先ず刑訴二二条の規定が憲法三七条一項に違反する旨を主張する。
しかしながら、刑訴二二条が、不公平な裁判をするおそれがあることを理由とする忌避の申立をすることができなくなる旨を規定している所つき請求または陳述をする前にすでに忌避の原因となる客観的事情が存在しており、しかも当事者がこれを知りながらなおかつ事件につき請求または陳述をした場合に限り、右原因による忌避の申立をすることができなくなる旨を規定している所以は、忌避申立権を誠実に行使せしめんがために合理的な規制を加えんとするものであつて（刑訴規則一条二項参照）、もし無制限に忌避申立を許すとすれば、当事者が忌避申立権を濫用し、訴訟の進行を害するおそれがあるからである。したがつて同条は、忌避申立権を不当に制限して公平な裁判所の裁判を受ける権利を侵すものではない。のみならず憲法三七条一項は、「被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。」と規定し、公平な裁判所の裁判を保障すると同

時に迅速な裁判を要請しているから、刑訴二一条において、当事者が不公平な裁判を受けるおそれがあると考える場合は忌避の申立を許すと同時に、同二二条において、この申立を速かに行わせるため前記のような制限を設けているのは、憲法三七条一項の規定の全体の趣旨に合するものというべきであり、これに反するとはとうてい考えられない。論旨は理由がない。

その余の論旨は、違憲をいう点もあるが、実質はいずれも単なる法令違反の主張であつて、刑訴四三三条の抗告の適法な理由に当らない。

よつて、同四三四条、四二六条一項により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

昭和三九年三月一二日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　横田喜三郎
裁判官　入江俊郎
裁判官　奥野健一
裁判官　石坂修一
裁判官　山田作之助
裁判官　五鬼上堅磐
裁判官　横田正俊
裁判官　斎藤朔郎
裁判官　長部謹吾

裁判官　城戸芳彦
裁判官　石田和外
裁判官　柏原語六
裁判官　田中二郎