昭和二六年(あ)第三八五号

被告人　酒井米一

被告人の上告趣意

敗戦の日本とは云え、麗わしい天皇陛下の治下に生きて行く幸福を感じつつ足下に上告することをお許し下さい。

広島高等裁判所松江支部法廷に於ける判決を不服として上告しましたことは誠にすまないと存じます。私の弁護士も服罪もすすめて呉れました。裁判所の法の裁きさえ表裏のあることときかされましたが法は正しく服罪を幾度か決心し考えた事でしょう。然し今日の日を撰ばさして戴きました神のお導きを感謝して居ります。今は少しばかりの山の財産を投出し本当に裸一貫となりました。生れ落ちると間もなく母親に死別し、あまつさえ罪名と迫害との真只中にあえいで居た私の貧しい腕に生死を託して、神の御恵みが奇蹟的に生長し希望と慰めの泉となつた愛児ワカ子と可愛想な妻と別れて単身東京に来ました。

別紙添付二通の証明書の通り、御覧下さいますように今日の境遇に於いて服罪したかつた最大の理由であります。真実警察の取調べも不服でありました。検察庁松島事務官の取調べはより以上に不服なものでした。第一審もまた不服でした。それは検察庁と慣合ひ裁判のような感を与えて呉れました。高等裁判所の却下は当然と申すべきですが、然も尚上告を敢えてしました理由は、第一裁判所にも表裏ありときいた事であります。第二は問われる前に誓つた言葉を果すことでした。これは金額の返済であります。第三の理由は当局の取調べに対する不満を少しでも上司に訴えたいことであります。第四の理由は犯罪事実の前後を詳しく上司に達したいためであります。以下私が業務上横領の罪に問われました一開拓団の悲しかつた運命の跡を申述べさして戴きます。

私は昭和二十二年八月開拓団員として入団しました。十文字原にはすでに十七名が入団して居りました。私は官有地帯に

入る適地を見出し得なかつたので民有地帯に入植しました。それは山で一等地と言うべき交通、地形、水利、地味等揃つたところでした。これが私の今日の不幸の原因の第一であります。せん望と憎しみとであります。越えて昭和二十三年初め県は国家行政省の主旨に従い、開拓協同組合の設立をすすめて来ました。私もまたその必要を痛感して居りましたのでしばし ば進言したのでありますが容れられなかつたのであります。開拓営団と団長の間の不正が風評され、協同組合結成の遷延策 への団員の憤激は昭和二十三年九月三十日の総会に於ける団長組合長の更新であります。私は思いもしなかつた組合長に推 されたのであります。これが私の第二の不幸の原因であります。初代組合長になつた私は其の器にあらずとして三度び前団 長の就任を懇請したのでありますが、私の策謀と考えた前団長は私に恥辱的な言をさえ浴せてきかなかつたので、やむなく 私が引受けました。団員中には今日の私の運命を前団長の上に加えんと進言する者もありましたが、私は組合の幸福のため に押えてしまいました。然し、前団長は私を怨み「何時か必らず叩きこんでやる」と揚言したと聞及んだのです。暗然たる 中に一度び引受けた組合長として、身は如何になろうと身を挺して開拓の推進、電気の導入、開拓路の開設、種々資金を獲 得すること決心しました。然も不安は背後に迫ることは私の言外に洩すことを余儀なくした程でした。私はこんな境地にも かれながら日に夜をついでこれが実現に努力したことを神に誓つて申上げることが出来るのであります。県の信用と実績は 着々と見えて私も嬉しく思つていました。

私は無給で組合長を引受けたのですが、妻が病弱であり蓄えのなかつたので、組合より借りる外はなかつたのです。それ で在職中会計より四万円余を借りました。然しまだ立派に返済の出来る自信を持つていたのであります。こんな境遇に衒を 食いしばつて突進しました。開拓地の家屋建築促進も私の念願でありました。当時建築補助金は受取つても食費に消費して 家にならぬものが多かつたのであります。幸い多額の補助金が交付になりましたが、家屋建築促進上、一応県の諒解のもと に私があずかり杉皮など購入分配をやりました。一銭の工面する暇さえなかつた私は、此の中から借りて奔走したことは事

実であります。然し決して秘密にやつたのではなく、昭和二十四年三月三十一日の総会に於いて一応の承認を得たのであり ます。然し前団長と組んだ一部幹部理事の策動は、私の前途への希望を失はしめましたので遂に職を退き、前団長が再び職 に就いたのであります。

ところが私にとつて不幸なことは会計係の帳簿が全く目茶々々だつたことであります。私の借り金の記録はもとより建築 補助金より一時立替えた金の記録もばらばらであり、不明の点が多く、私は私の責任に於いて自ら整理に当り不明の点は、 凡て私の負債にしましたので意外にも赤字は大きかつたのであります。提出証拠書類を御覧下さいませ。

昭和二十四年六月十二日退いた私を、追い出して私の農園の奪取せんなど風聞するに及んで、心よく投出す覚悟をし、一 面返済に努力しましたが暗に妨害も行われる次第で其の目的は達しませんでした。こんな苦しい中に神は今一つの試練を私 に与えました。これは生後二十日にして母に死別した赤児の引取りでした。事情断ることが出来ず、妻が連れ帰つた赤児の 顔を見たとき、私は神に祈つて誓いました。「例え、此の身は八練の地獄に落ちんとも、神の与えたまいし此の子を育てん」 そして妻と私は迫害と戦い乍ら養育に専心しました。私共夫婦の祈りが神に通じたのか赤児はずんずん大きくなりまし た。これは私に取つて本事件の最後の決定を与えたのでした。誰も育つまいと云つた赤児のたちまち大きくなるのを見て、 「酒井は人の金をつかつて悠々としている」と云う言葉と共に昭和二十五年二月二十五日警察の呼出しに接しました。赤児を 引取つて一ヶ月後でした。出頭の朝森川、麻本両監事が来て「組合を思つてやつたことだから組合をこわすようなことは云 わんで呉れ」と云いますので、私も組合の事を思い、あつさり赤字を認め、返済すればよいと考えました。然し、其後の組 合長や組合員一部の行動は、私の驚く事ばかりでした。警察の取調べは一方的ではなかつたでしょうか？　松島検察事務官 の取調べは一分の思考の余裕も与えぬ峻烈なものであり、「六万円の横領は罪死にあたいする」とか「山のボス」とか「野 師」とか聞くにたえない屈辱を受けました。金額も私の提出したメモと合せて負けるとか負けぬとか云われました。一審に

於いても今少し私の本当の心を聞いて戴きたいと思いました。高等裁判所に於いては弁護士に依つて全く陳述の機会を失つたのです。それで三度び法廷に立つ決心をしたのであります。

今、私は私の持つていた凡てを提供して弁償にあて、無一物となりましたが、現在の友の厚いもてなしと、神の恵みによる愛児の生長に、過去の一切の曇りも晴れ澄心水明の境地に居る私であります。御聖断と神様の摂理に一切をお委せ致す次第であります。

以　上

証　明　書

昭和弐拾参年拾壱月より同弐拾四年六月迄の間酒井米一が組合長時代に無断費消し業務横領罪に問はれて居る金額の全額は領収解決したることを証明する　以　上

昭和二十六年六月拾壱日

浜田市大字内村一九六六番地
十文字原開拓農業協同組合
組合長　西　岡　敏　之　組合長印

酒井米一殿

離農証明書

右の者は十文字原開拓地の一切は十文字原開拓農業協同組合に委任し離農したることを証明す

昭和二十六年六月一日

浜田市大字内村一九六六番地
十文字原開拓農業協同組合
組合長　西　岡　敏　之　組合長印

酒井米一

㈱昭和二六年(あ)第四四二号

決定

本籍並びに住居　高岡市片原町四二番地

無職（元大蔵事務官）　一野栄吉

明治四一年九月一七日生

右の者に対する収賄被告事件について昭和二五年一二月二七日名古屋高等裁判所金沢支部の言渡した判決に対し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

弁護人浅田清松及び高見之忠の各上告趣意の中大審院判例及び高等裁判所判例違反を主張する点は、いずれも原判決において所論引用の各判例と相反する判断を示していないのみならずその実質はいずれも事実誤認の主張に帰するものであり、憲法違反を主張する点（弁護人浅田清松の上告趣意第三点）は原判決に副はない独自の事実を前提とするもの、その余はすべて事実誤認の主張であつていずれも適法な上告理由とならない。

なお論旨を仔細に検討し記録を精査しても本件が単なる社交的儀礼の範囲に属する贈遺であるとは認められず、その他刑訴四一一条を適用すべき事由は認められない。

よつて、同四一四条三八六条一項三号により全裁判官一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和二六年(あ)第四四二号

一二月二〇日決定

昭和二六年(あ)第四四二号　昭和二六年(あ)第四四二号

一二月二〇日決定

昭和二七年一二月二〇日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　藤田八郎

裁判官　谷村唯一

昭和二六年(あ)第四四二号

弁護人淺田清松の上告趣意

名古屋高高等裁判所金澤支部が昭和二十五年十二月二十七日になした有罪判決は、(一)日本憲法の違反又は同法の解釋に誤があり、(二)大審院判例に相反する判斷をなし、(三)判決に影響を及ぼすべき法令の違反並びに重大な事実の誤認があるから破棄さるべきものと確信する。以下これを分說する。

被告人　一野榮吉

第一、原審は被告人の行為が社会通念上「その職務に関し」て行われたものと見ることができないのにこれを速斷し、職務に関するものと判斷しているのは大審院判例昭和八年(れ)第一一八六号昭和九年三月二十六日言渡の「社会通念上社的儀禮と目される範圍に屬する贈遺の如きは之を職務に関する報酬謝禮と為すべからず云々」の判旨に反し、又事実に関する重大な誤認をなしているものである。而して

(一)　現今における税務に関する各種法規は極めて複雜且改廢常なく、專問家と雖も難解に苦しむところである。而して納税者の申告制を採用する直接国税等（法人税、所得税）に至つては納税者は必ずしも自己の税の減免を得ようとする前に先ず税法規、申告手續、帳簿作成方法等について或程度の正当な知識を得た上で申告その他の交涉をしようとすることを望み、以て不備な申出などによつて税務署に手数をかけ、信証を害し却つて過大な決定をなされることを避けようとするを傾向を有し、これがため税務官吏に知己を得て親切、公正なる指導を受けようとするのが一般である。而して税務官吏も亦その税務事務の円滑な処理促進を期するところから必ずしも特別の便宜を供與する意圖にあらずして税に関する知識を納税者に與えるため、勤務時間外を利用してその指導の機会を持つことを希望しているのであつて、これ民主的官庁事務の運營としては好ましいことである。

(二) 現代社会で経済生活を営むものは誰しも直接個人として或は間接に法人の役職員として大なり小なり納税に関係を有していない者はない。この故に税務官吏にして地方一般経済人と社会上の交際をなそうとすれば、その相手方は常に納税に関係を有する者というも過言でない。

(三) 税務官吏も亦社会人であるから同僚や先輩と交をあたためることを勧誘された場合、通常人としてこれを拒絶することが著しく非社会的と目される場合がある。

右の(一)(二)(三)のような環境下にある被告人が、昭和二十三年五月頃から同年十二月頃の間に当時の時価で一人当り千円程度三回、弐千円程度一回の会食を各別人となし、同じく二十三年十二月頃の価格で千円程度の特殊紡糸布地を歳末且轉勤に際し民間人から贈呈されたに過ぎない事実は、後述第二に述べる事情と併せ考え、まさに社交的、儀礼的のものというべく、これを目して職務に関するものというを得ない。

第二、原審は被告に収賄の犯意がないにかかわらず犯意ありと速断し、十分なる証拠によらずして犯罪の主観的要件を認定しているのは自由心証主義を濫用して肆意的判断をなしたものであり、刑事訴訟法第三百十七条の証拠法の趣旨に反し、又大審院判例昭和十二年(れ)第一〇四六号同年十一月二十七日判決の「収賄の犯意ありと認むるに足る証拠十分でないときには収賄罪は成立しない」との判旨に反するものである。

蓋し被告人は上述した社会的環境下において、突然なる同僚の勧誘によりその同僚との交際の積りで会食の席に臨み(原審判示第二(一)のイの事実)、舊同僚との社交上の舊情をあたためるため会食し(原審判示第二(一)のロの事実)、税務事務を指導してその円滑なる進行を期するため同僚のすすめにより社交的懇談会食をなし(原審判示第二(一)のハの事実)、同僚の結婚披露で酩酊の上睡つたまま自己の轉勤送別の会食席へ運ばれ(原審判示第二ニの事実)、平素の税務指導を與えている知己から歳末の季節的儀礼と被告人轉勤の祝をかねた物品(壹千円程度)の贈呈を受けたものであるが、凡そ収賄の犯意、特に「職務に関する」点についての認識があつたかどうかを判断するには單に事実の外形的、形式的証拠のみによるべきでなく、よく上述の各種の事情を総合し社会通念に照らし具体的に判定すべきにかかわらず、原審が單に被告人が公務員であること、饗応又は物品の受授があつたこと、相手方の一部に納税に関係ある経済人がいたことだけの外形的証拠のみを以てして、直ちに被告人が「職務に関し(中略)の情を十分諒知」(原審判示)していると判断し原審弁護人の論旨を採用していないのは、問を以て問に答えるものであり充分なる証拠の究明をつくしていないものである。

被告人の第一審公判廷における供述その他には、上述の観点からして収賄の犯意ありと断定すべき十分な証拠はない。

第三、原審判決は個人の尊厳と自由を保障した憲法第十三条に反するものである。

税務官吏も亦社会人として同僚知己と社会的儀礼的範囲内において交際をする自由を有すること上述のとおりである。十分なる証拠に基ずかずして犯罪事実を認定して国家刑罰権を以てこれを罰するは個人の社会人としての自由を制限する結果となり、憲法第十三条の規定に反するものである。

以上

昭和二六年(あ)第四四二号

弁護人高見之忠の上告趣意

被告人　一野榮吉

第一点

原判決は高等裁判所の判例に反した判決をしたか、又は著しく正義に反する事実を誤認した法令の違反があり破棄を免れない。

一、原判決は第一審判決判示第二の(一)の(イ)(ロ)(ハ)(ニ)に付き、その職務に関し賄賂を收受したものであることを認定するに足るとしているけれ共、

1、右(イ)の事実は、被告人の同僚松永に誘われ赴いたところはからずも同所に宮岸金治が居たもので、宮岸と見るや「稅務の話は困る」と斷つて簡單に食事を終えたものであることは極めて明らかである。

2、右(ロ)の事実は偶々出張した石川織物株式会社に昭和十四年頃からの稅務署の先輩である富田與治が居たので舊交を温める意味で共に会食したものであること亦明らかである。

3、右(ハ)の事実は着任直後金澤稅務署法人係の同僚より〝顔合せ〟の意味で出席して呉れとの申入により、金澤稅務署の慣例的儀禮として許容されているものと信じその場に出席したにすぎず、その後被告人は全く無関係であることが極めて明らかであり、

4、右(ニ)の事実は、被告人の同僚である紺谷の婚禮披露に招かれその宴後被告人及び被告人山崎、松本兩名の送別会を行うことになり、紺谷等と共に河北樓に赴いたところ（河北樓に一野被告人が赴いたときは既に飲酒酩酊し全く前後不覺の狀況に陷つていたものである）偶々丸大撚糸織物株式会社の花畑と相遇したのであるが（被告人一野は花畑と

相遇していたことを全く知らなかつた）、被告人一野としては同河北楼の支拂は全く紺谷の兄が支拂つていたものと信じていたことは亦明らかである。

二、以上の如く事実は被告人の職務に関し賄賂を收受したと言い得るや否や。收賄罪の成立は職務に関し不正の報酬を要件とするのであつて被告人の意思に於て全く職務に関し不正の報酬を受ける意思は毫も見当らない。即ち收受の事実あるとしても不正の報酬に該当しないのであつて被告人の性格、人物、日常の行動、更に原審相被告人等の行状と相較量すれば被告人に「不正の報酬」を受けるが如き意思は毫もない。斯かる被告人に對し原判決の如き認定は採証の經驗法則に反するものであつて、著しく正義に反すると認むるに足る判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり、破棄を免れない。

三、又更に名古屋高等裁判所金澤支部に於て第一審に於て有罪の言渡をなした。被告人百瀬直人が白岩川、栃津川改修事務所長として勤務中餞別名下に現金二万円の交付を受けた事実に付き、昭和二十六年三月十七日その職務に関し賄賂を收受したものではないとして無罪の言渡をなしているのであるが、前示の如き事実に付き「職務に関する不正の報酬」と認定し之を收賄罪に問擬した原判決は、右高等裁判所の判例と相反する判斷をしたものであることは極めて明らかであつて原判決は当然破棄されなければならない。

第二点

原判決は大審院の判例に違反した判決をしたか又は審理不盡の裁判であつて、破棄されねばならない。

一、原判決は第一審判決判示第二の㈡に付ては賄賂性を認定し、且つ本件特殊絹紡糸洋服地一着分は花畑繁から贈つた品物であるとの認定をしている。

二、第一審判決援用の証拠からは右洋服地一着分の所有権の歸屬は明白にされていない。

即ち右洋服地は花畑から本山に、本山から山崎に、山崎から被告人に順次提供されて来たものであることは原判決も認定しているところであるが、右洋服地の所有権の歸屬如何によつて贈呈の趣旨は極めて異つて来ること亦明らかである。

被告人の檢事に對する供述調書（記錄第六冊一九三三丁表以下）に依れば、被告人は「花畑から頼まれて山崎が持つて来た」ことを承知して受取つているのであるが、右供述自体からはその所有権の歸屬関係は明らかにされていない。

三、被告人に於いて賍物たることを知り乍ら之を第三者より買受けるも其の第三者が予め善意無過失にて取得したるものなるときは賍物罪成立せず（大審院大正六年㈣第一〇五三号同年五月二十三日刑三判）とあり、蓋し民法第百九十二条即時取得等の原則に依りその物を善意無過失により取得する等により動産所有権は常に変更するものである。

本件に於て花畑が一野に直接に渡さなかつたのであるが、花畑は本山に本件洋服地をどの様に言つて渡したのか、唯渡してくれと言われたのか、適宜処置してくれと言われたものか、更に本山から山崎に對しどの様に言つて渡されたのか、これ亦極めて明白を欠くのであつて、或いはその間にその動産の所有権が変更し一旦賄賂性がそれ自体に於て消失してしまつているとも考えられるのである。

原審判決は此の点何等の証拠はない、單に被告人の自供のみをとらえて認定しているのであるが被告人に於て如何に賄賂と思つても既にその客体に賄賂性を失つている以上收賄罪は成立しないことは今更贅言を要しないところである。

原審判決は此の点たやすく右洋服地その物が花畑の所有なりと斷言し、之に賄賂性ありとしたのは全く証拠に基ずかないで認定したもので、著しく正義に反する重大なる事実の認定をしたもので賄賂に非ざるものを賄賂なりとした違法があり、審理不盡の裁判であり、破棄せらるべきものと信ずる。

第三点

原判決は大審院判例に違反した判決か又は高等裁判所の判例に反した認定をした判決であつて、破棄を免れない。

一、原判決は第一審判決判示第二の㈡に付て、本件洋服地一着は賄賂なりと認定し之に對し收賄罪の成立を認めた。

二、然し乍ら右洋服地一着分は餞別として贈られたものなることは明らかであつて、斯かる餞別が賄賂性ありや否やを檢討する必要がある。

いう迄もなく賄賂とは職務行為に對する不法なる報酬であつて、從つて職務行為に對する報酬であるというのみならず、その報酬が職務行為に對しては對價的關係が認められ且つ被告人に於いてその事実に付て認識がなければならない。

三、原判決は金澤稅務署法人係長であつた被告人より右稅務に關し世話になつた謝禮並びに被告人が昭和二十三年十二月一日金澤財務局に轉勤し直稅部第一課第一係長となつたので、將來も前同樣世話になりたい趣旨があつたので本件洋服地を提供したというのであるが、本件洋服地は右の如く、後段の如く轉勤後である金澤財務局直稅部第一課轉勤後も斯かる意思ありとして贈られたものでなく、前後の勤務中に於ける餞別として贈られたものにすぎない。

轉勤後の物品の交付は賄賂罪成立せずとすることはつとに大審院判例の認めるところである（大審大四、七、一〇判決刑錄二一輯一〇二六頁）。

原判決は前記轉勤後の職務に無關係に授受された本件洋服地に關しことさらに轉勤後のものとして認定したことは著しく事実の誤認あるは固より、轉勤前の職務に關し轉勤後に授受された物品に付賄賂性を認めた違法があり、斯かることは從前の大審院の判例に反するところであつて破棄を免れない。

四、しかのみならず斯かる餞別に關し賄賂性ありと認定したことは、明らかに前記名古屋高等裁判所金澤支部の言渡した昭和二十六年三月十七日の判決と反する判決であつて、之亦破棄を免れないところである。

以　上

昭和二七年(れ)第七八号

判　決

本　籍　岡山県真庭郡八束村大字下長田一七五番地

住　居　東京都世田谷区玉川仲町一丁目九七五番地

会社員

池　田　省　三

大正二年四月一六日生

右の者に対する物価統制令違反、贈賄、詐欺被告事件について昭和二六年八月三一日東京高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決中被告人に関する部分を破棄する。

被告人を懲役六月に処する。

本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予する。

原審証人牧野知孝に支給した訴訟費用は被告人の負担とする。

物価統制令違反の事実について被告人を免訴する。

理　由

職権で調査するに、被告人は特熱商事株式会社の取締役社長であるが、同会社事務員牧内董と共謀の上、同会社の業務として法定の除外事由がないのに営利の目的をもつて、昭和二一年九月二八日から同二二年三月一一日までの間五回に亘り犯

一二月二三日判決　　昭和二七年(れ)第七八号

意を継続して、東京都中央区銀座西六丁目一番地所在有限会社石井商会事務所等において石井有三外四名に対し丸釘計千八百瓩（二十二樽）銑鉄計四八屯、カーバイト五ガロン入七十罐及び薄鋼十屯をいずれも大蔵省告示指定の販売価格より合計約二十七万千四百円を超過した代金合計金四十一万三百五十円で販売したとの公訴事実（原判示第二(ニ)の事実）について、昭和二七年政令第一一七号一条八七号により大赦があつたので、刑訴施行法二条、三条の二、刑訴四一一条五号、旧刑訴四四八条、三六三条三号により原判決中被告人に関する部分を破棄し、被告人に対し右公訴事実について免訴の言渡をなすべきものとする。

弁護人大島正恒の上告趣意（後記）は、刑訴四〇五条に当らない。

よつて、原判決が証拠により確定した右特赦にかからない事実、すなわち原判示第二(ハ)、(ヘ)の各事実に法律を適用すると、被告人の所為中贈賄の点は刑法一九八条、一九七条一項、五五条、昭和二二年法律第一二四号附則四項に該当するので所定刑中懲役刑を選択し、詐欺の点は刑法二四六条一項、五五条、昭和二二年法律第一二四号附則四項に該当し、以上は刑法四五条前段の併合罪であるから同法四七条、一〇条により重い詐欺罪の刑に法定の加重をした刑期範囲内で被告人を懲役六月に処し、情状により同法二五条に従い本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予することとし、訴訟費用は刑訴施行法二条、旧刑訴二三七条一項に則り主文第四項掲記のように被告人にこれを負担させるものとする。

この判決は、裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官　大津民蔵関与

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上　登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

弁護人大島正恒の上告趣意

一、原判決は封鎖預金を銀行より引き出したる事実につき詐欺罪として問擬したるも、原判決当時に於ては既に封鎖は解除せられ居るにつき詐欺罪の成立要件を欠くに至りたるを以て無罪とすべきものである。或は限時法に依り行為の当時に於て犯罪成立するを以て有罪とすべきものなりとの論あらんも、本件は金融緊急措置令其のものに依り罰したるものにあらざるを以て限時法の問題は起らないのである、元来限時法は法律に一定の有効期間を限定したる場合に其の法律の失効時期を予知して為されたる行為に付旧法追及の効果を与えたるものであつて、本件の場合の如く旧法の存立が詐欺罪成立の一要件を為すというが如き場合は限時法の問題ではないのである。之れを要するに金融緊急措置令違反自体にて問擬したる場合は限時法の問題も起るものならんも詐欺罪として問擬したる場合は限時法の問題は起らないのである、故に無罪の判決を言渡すべきである。

二、又一度詐欺罪として成立したりとするも其の後の法律の変更に依り、其の成立要件を失うに至りたる時は刑法第六条の規定の精神よりいうも之れを無罪とすべきものである。同条には犯罪後の法律に因り刑の変更ありたるときは其の軽きものを適用するとありて同条は単に犯罪後の刑の変更を想像したるものなるも、此の場合に於ても犯罪当時の刑を適用せずして変更後の軽き刑を適用すべき事を明らかにして居り、原則として軽きものを選んで居るのである。故に此の法律の精神よりいう時は犯罪後法律の変更に依り、其の成立要件を欠くに至りたる時は勿論無罪を言渡すべきものというべきである。

三、以上の如く詐欺罪の刑が無罪なりとせば、原判決は贈賄、物価統制令違反及び詐欺罪を併合罪として刑を適用したるものなるを以つて、其の適用の基礎に違法があり勿論破棄を免れないものである。

以　上

昭和二六年(あ)第一三八八号

判　決

本　店　群馬県群馬郡総社村大字総社二七〇番地の九

合名会社小沢製粉工場

右代表社員

小　沢　仙　吉

本籍並びに住居　群馬県群馬郡総社村大字大渡六番地

農業兼会社員

小　沢　仙　吉

明治四四年三月三〇日生

右の者等に対する食糧管理法違反、物価統制令違反被告事件について昭和二六年一月一九日東京高等裁判所の言渡した判決に対し、各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決及び第一審判決中被告合名会社小沢製粉工場に関する部分を破棄する。

被告合名会社小沢製粉工場を罰金十二万円に、被告人小沢仙吉を懲役八月に処する。

訴訟費用は被告人両名の負担とする。

物価統制令違反の事実について被告人両名を免訴する。

理　由

一二月二三日判決　昭和二六年(あ)第一三八八号

職権で調査するに、被告合名会社小沢製粉工場は精米麦、製粉等の加工請負業を営むもの、被告人小沢仙吉は同会社の代表社員として同会社の業務一切を担当しているものであるが、被告人小沢仙吉は法定の除外事由なく被告会社の業務に関し、昭和二四年二月中旬頃被告会社において群馬農産食品株式会社使用人高橋好男を介し同会社に対し麩一二俵を不当に高価な代金一万三千円で販売したとの公訴事実については、昭和二七年政令第一一七号一条八七号により大赦があつたので、刑訴四一一条五号、四一三条但書、四一四条、四〇四条、三三七条三号により原判決及び第一審判決中被告合名会社小沢製粉工場に関する部分を破棄し、被告人両名に対し右公訴事実について免訴の言渡をする。

弁護人人見福松の昭和二六年七月一六日附上告趣意第六点及び昭和二七年一〇月二〇日附上告趣意第二点ないし第五点は刑訴四〇五条の上告理由に当らない。爾余の論旨は、原審において控訴趣意として主張せず、かつ、原判決中何らの判断を加えていない事項に関する主張であるから上告適法の理由にならない。

よつて、原判決及び第一審判決が証拠（但し、本山晴夫名義の昭和二四年六月二九日附書面を除く）により確定した右免訴にかからない事実に法律を適用すると、被告合名会社小沢製粉工場及び被告人小沢仙吉の各主要食糧輸送の点は食糧管理法九条、三一条、同法施行令一一条、同法施行規則二九条に、各統制額超過販売の点は物価統制令三条、四条、三三条、昭和二三年物価庁告示第一一〇一号、同年同庁告示第一一〇〇号、同年同庁告示第一一〇二号に該当するところ、共謀の事実について刑法六〇条、なお被告合名会社小沢製粉工場に食糧管理法三七条、物価統制令四〇条を適用した上、被告人小沢仙吉につき所定刑中各懲役刑を選択し、以上はいずれも刑法四五条前段の併合罪であるから、同法四八条二項により合算した罰金額の範囲内で被告合名会社小沢製粉工場を罰金十二万円に、同法四七条、一〇条により最も重い原判示第一の統制額超過販売の罪の懲役刑に法定の加重をした期間範囲内で被告人小沢仙吉を懲役八月に処し、主文第三項掲記の訴訟費用は刑訴一八一条一項に則り被告人両名にこれを負担させるものとする。

この判決は、裁判官全員一致の意見である。

検察官　大津民蔵出席

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第一三八八号

被告人　合名会社小沢製粉工場

代表社員

同　小沢仙吉

同　小沢仙吉

弁護人人見福松の上告趣意

第一点

原判決は第一審判決が確定した被告人小沢仙吉が被告人会社のため

第一　昭和二十四年二月頃被告人会社の使用人本山晴夫に命し同人と共謀で同人が同会社から前橋市前代田五番地パン製造業野沢吉五郎方迄小麦粉を輸送し同人に対し統制額より超過の代金で販売し

第二　同年四月上旬頃右本山晴夫に命し同人と共謀で同人に被告人会社から前記野沢吉五郎方迄小麦粉を輸送し同人に統制額より超過の代金で販売し

第三　同年四月十一日本山晴夫に命じ同人と共謀の上同人において統制額を超過した代金で販売する目的で被告会社から前橋市清王寺千三百三番地綿貫忠作方迄小麦粉を輸送し

第四　同年三月中に右本山晴夫に命し同人と共謀の上同人に於て別紙一覧表に記載の精米及押麦を高橋某等に対し所定の統制額より超過した代金で販売し

第五　同年二月頃被告人会社で浦野鶴夫に対し押麦を統制額より超過の代金で売渡し

第六　同年二月中旬頃被告人会社で群馬農産食品株式会社使用人高橋好雄を介し同会社に麩を不当に高価な代金で販売

し

との判示事実の認定を維持し被告人会社の控訴を棄却し、被告人小沢仙吉に対しては主要食糧輸送の点について食糧管理法第九条、同第三一条、同法施行令第十一条、同法施行規則第二九条、統制額を超過販売の点は物価統制令第三条、第四条、第三三条、他物価庁告示、不当高価販売の点は物価統制令第九条の二、第三四条を、共謀の事実に関しては刑法第六〇条を、尚併合罪として第四五条前段を適用処断した。尚被告人会社に対しては控訴棄却され、第一審判決が維持され右判示事実に対し、主要食糧輸送の点は食糧管理法第九条、第三一条、同法施行令第十二条、同法施行規則第二九条、統制超過販売の点は物価統制令第九条の二、同第三四条、外に食糧管理法第三七条、物価統制令第四〇条が適用された。

右原判決は第一審判決確定の事実を維持し被告人会社の控訴を棄却し、被告人小沢仙吉に対しても第一審確定の事実を認定し有罪として処断したが、第一審判決が確定の事実である右第一から第三までの第一審判示事実の被告人等の行為の時期である昭和二十四年二月から四月十一日迄の当時は、原審が被告人小沢仙吉に、第一審が被告人会社に適用した食糧管理法（改正昭和二十三年法第一一〇号、二七二号分迄）第九条の趣旨は、主要食糧の譲渡、移転等に関し必要な命令をすることが出来るとし、同条の主要食糧とは同法第二条によつて米穀、大麦、裸麦及甘藷（甘藷の場合はその加工品である食糧を含む）並に馬鈴薯（この場合もその加工品である食糧、即ち小麦粉を含まないと解せられ、主要食糧及第二条の主要食糧の小麦中にはその加工品である食糧を含む）と規定されていたもので、食糧管理法第九条の

㈡ また、原審が被告人小沢仙吉に、第一審が被告人会社に適用の食糧管理法施行令第十一条（昭和二十三年六月十一日政令第一二二一号で改正迄）も、原審が維持する第一審判決確定の事実の被告人等の第一、第二、第三行為の当時は小麦粉の運搬について禁止の規定かなかつたものである。尤も右規定は昭和二十四年六月二十五日政令第二二六号で改正され小麦粉類の運搬が禁止され、そして本件の起訴は右改正直後の昭和二十四年七月十五日なされたものであるが、右

改正条文は適用さるべきでない。）

㈢ また食糧管理法施行規則（昭和二十三年十二月二十九日農林省第一二二号）第二十九条も原審が維持する第一審判決確定の事実の被告人等の行為の当時昭和二十四年二月から四月迄は小麦粉を主要食糧とする指定がなく、同条は被告人等の原審が維持する第一審判決確定の事実について被告人等の行為の後（但し起訴前）である昭和二十四年六月二十日改正されたものである。

如上の次第で原判決の被告人小沢仙吉に対する科刑並に原判決が支持する第一審判決の科刑が単に食糧管理法第九条、同法施行令第十一条（第一審判決は第十二条）、同施行規則第二十九条とのみで何時施行されていた法条を指すか不明であるが、罰条の適用は被告人等の行為時の罰条が適用さるゝものであるから、これ等改癈甚しい罰条の適用について理由を附しなかつたのは理由不備の違反が、または法令の解釈適用を誤つた違反があると信ずる。殊に原審判決は第一審判決確定の事実を維持し被告人会社の控訴を棄却し、被告人会社の第一審判示第一、第二、第三の主要食糧運搬の行為が食糧管理法施行令第十二条により処断し（第一審判決参照）ながら、被告人小沢仙吉に対しては第一審判決を破毀し自ら判決し、第一審判決確定の第一、第二、第三の主要食糧運搬の行為に対し主要食糧管理法施行令第十一条を適用し処断しているが、右は全く同一事実に対し異つた法条を適用したのは何れか法条の解釈適用を誤つた擬律錯誤の違反を併せ有する。

原判決は法令の解釈適用を誤つた違反を有するものである。

第二点

原判決はその理由で第一審判決確定の事実である第五の昭和二十四年二月頃被告小沢仙吉が被告会社で浦野鶴夫に対し押麦を統制額より超過の代金で売渡したとの事実について被告人等の原審弁護人横川紀良が控訴趣意第二点である第一審判決には一部事実の誤認がある、一、第一審認定の第五の事実浦野鶴雄の件は同人の証言（第一審第二回公判調書《第三回

公判調書の誤り》同人の証言参照）にも明かなやうに代金を被告人小沢仙吉自身でなく妻に渡したもので被告人の関与しない行為であるから被告人（小沢仙吉）の責任に帰した第一審判決は取消さるべきであるとの陳述に対し、原審判決は、第一審判決の証拠、特に浦野鶴雄に対する裁判官の尋問調書によれば……所論援用の証言は第一審判決の援用しなかつたものであるか仮りに右証言によつたとしてもなを右売買に被告小沢仙吉自身がこれに干与しただ代金支払だけが同被告人の妻に手渡された（それが同被告人が留守であつたためであることは右訊問調書により明である）ものである事実が十分うかゞわれその他記録を調査しても第一審判決の右認定を誤でありと認めることができる資料は何もない、論旨は理由がないと判示した。

しかし記録を精査すると、第一審第三回公判調書（昭和二十四年十月二十一日）の右証人の供述記載によれば、弁護人の問　証人は小沢自身から買つたかに対し、税金や給与の支払で金がないから売つて呉れと小沢さんから言はれたので他所へ売らず私が買い受けとあり、右供述によれば浦野鶴雄の被告人小沢仙吉から売つて呉れと頼まれた、そしてそれを依頼をうけた浦野鶴雄が自分の意思で他へ売らず浦野が買受けを決意、自らこれを勝手に買受けたもので、少くも被告人小沢仙吉が浦野鶴雄に単純に売渡したことでないことはその供述記載がないこと、供述の記載の前後の関聯自体で記録上明であり、これを経験則に徴すれば益々明である。

原判決はこの点についてその証拠の判断を誤り経験則に反しこれを判断に供した違反があり、右は原審の証拠の判断に関する専横の問題ではないこと記録上明である。

尤も右浦野鶴雄は小沢仙吉は売つたことがないと云うが、金は誰に渡したの問に対し、買つたのです、代金は奥さんに支払つたとの供述記載があるが被告人小沢仙吉から買受けたものなら同人に代金の支払はれるのが普通であるのに、その代金の支払の約もなく被告人小沢仙吉が浦野鶴雄に売渡す意思がなかつた以上、原判示の右売買があつたと事実を認めることは事実の誤認であり、殊に原判示が、浦野鶴雄の代金の支払が被告人の妻になされたのは被告人小沢仙吉が留守であつたためであることは右尋問調書によつて明である事実が十分うかゞはれるわけだと云う事実もその証拠の判断を誤つたもので、却つて浦野鶴雄は自分勝手に買受けを決意しその代金を被告人小沢仙吉の妻に手渡したものであることがうかゞわれるもので、原判決は全くこの点証拠の判断を誤り、被告人小沢仙吉が浦野鶴雄に売渡した事実を認定科刑した違反を有すると信ずる。

第三点

原判決は第一審判決確定の第六の事実である被告人小沢仙吉が昭和二十四年二月中旬頃被告人小沢仙吉は被告人会社で群馬農産食品株式会社使用人高橋好雄を介し同会社に対し麩を不当に高価な代金で販売した事実を認め被告人会社の控訴を棄却し、第一審判決を維持し、被告人小沢仙吉に対しては価格統制令第九条の二、同第三十四条を適用し科刑し処断したが、右原判示の事実及理由並に第一審判示の事実及理由によつては果して何程の価格に比して不当に高価なのかが理由が不明であり、第一審判決はもとよりこれが事実を維持して被告人会社の控訴を棄却し第一審判決を維持し被告人小沢仙吉に対し科刑した原判決も共に理由不備の違反を免れない。

第四点

原判決は第一審判示確定した被告人小沢仙吉が被告人会社のために

第一　昭和二十四年二月下旬頃被告人会社の使用人本山晴夫に命じ同人と共謀の上同人に於て同会社から前橋市前代田五番地パン製造販売業野沢吉五郎方迄小麦粉二十二瓩入二十袋（製粉加工を請負つた際不法に取得したもの）を輸送して同人に対し統制額一袋七百三十三円二十銭、合計一万四千六百六十四円より金一万六千五百三十六円超過の代金三万一千二百円で販売し

第二　同年四月上旬頃右本山晴夫に命じ同人と共謀の上同人に於て被告人会社から前記野沢吉五郎方迄前同様の小麦粉二十袋を輸送し同人に対し統制額より金一万五千三百三十六円超過の代金三万円で販売し

第三　同年四月十一日右本山晴夫に命じ同人と共謀の上同人において統制額を超過して販売する目的を以つて被告人会社から前橋市清王寺千三百三番地綿貫忠作方迄前同様の小麦粉二十袋を輸送し

第四　同年三月中に右本山晴夫に命じ同人と共謀の上同人において別紙一覧表に記載したやうに精米合計五俵、押麦四俵二斗五升を高橋某等に対し所定の統制額より合計二万九千八百三十七円七十五銭を超過した代金四万九千八百八十円で販売し（但し一俵六十瓩、一斗十五瓩換算）

第五　同年二月頃被告人会社に於て浦野鶴雄に対し押麦一斗を統制額より二百九十一円五十銭超過の代金八百円で売渡し

第六　同年二月中旬頃被告人会社に於て群馬農産食品株式会社使用人高橋好雄を介し同会社に対し麩十二俵を不当に高価な代金一万三千円で販売したものである

の事実を認め被告人会社の控訴を棄却し第一審判決の科刑を認容し、被告人小沢仙吉に対し原判決を破毀し新に科刑した

結果

一、被告人会社第一審判決では

(イ)　右第一審判示第一、第二、第三の小麦粉運搬の事実について食糧管理法第九条、同法第三十一条、同法施行令第十三条、同法施行規則第二九条、食糧管理法第三十七条を

(ロ)　また右第一審判示第一、第二、第四、第五の統制額超過販売の点については物価統制令第三条、第四条、第三三条を

(ハ)　また右第一審判示第六の不当高価販売の点について物価統制令第九条の二、第三四条を

(ニ)　外に食糧管理法第三四条、物価統制令第四〇条、刑法第四五条を

各々適用され罰金十五万円に処せられた。

二、被告人小沢仙吉は原審判決で

(イ)　右第一審判示第一、第二、第三の小麦粉輸送の事実について食糧管理法第九条、同第三十一条、同施行第十一条、同施行規則第二九条を

(ロ)　また右第一審判示第一、第二、第四、第五の統制額超過販売の点については統制令第三条、第四条、第三三条を

(ハ)　また右第一審判示第六の不当高価販売の事実については物価統制令第九条の二、第三四条を

(ニ)　外に共犯として刑法第六〇条、併合罪として刑法第四五条前段、同法第四七条、第一〇条

が各適用され懲役十月に処せられた。

しかし

一、食糧管理法第九条、同法第二の主要食糧の移動は、同法第二条によつて原審の維持する第一審判示の小麦粉の移動を含まないもので、その適用のないことは本上告趣意第一点に詳述した通りで、同判示の第六の事実である不当高価販売の点がその基準が第一審判決に示されていないのでその認定科刑が不当であることは本上告趣意第三点に述べる通りである。

二、右等被告人等弁護人の昭和二十六年七月十六日附上告趣意及本日附上告趣意の他

(イ)　本点冒頭に述べる原審が維持し科刑した右第一審判示確定の被告人等の行為の事実中その第一、第二、第三の小麦粉運搬の事実は食糧管理法違反の行為で昭和二十七年四月二十八日以前の行為であつて、昭和二十七年四月二十八日

政令第一一七号大赦令第一条八十六食糧管理法に該当し、同条によつて赦免された行為であり科刑も免除されたものである。但し同条八十六の但書によれば、小麦粉に関する食糧管理令第三十一条及これに関する第三十七条の罪並にこれ等の罪と性質を同うする旧規定の罪は除外されているが、被告人等の第一審判示事実の行為の当時の旧規定には小麦粉は食糧管理法から除外されていたもので（本上告趣意第一点）右但書後段に該当せず、従つて被告人等の右第一審判示第一、第二、第三の事実で、原審が維持する被告人等が小麦粉運搬の行為に対する科刑も赦免されるものと解する。

(ロ) 冒頭に述べる原審が維持し科刑する第一審判示確定の事実中その第一、第二、第四、第五の統制価格を超過して販売の事実は同第六の不当価格販売の事実と共に物価統制令違反の行為で昭和二十七年四月二十八日以前の行為であつて、昭和二十七年四月二十八日政令第一一七号大赦令第一条八十七の物価統制令（昭和二十一年勅令第百十八号）に該当し、同条によつて赦免されたものであり（同条八十七参照）科刑されないものである。但し同条八十七の物価統制令の部分の規定の但書によれば、物価統制令第十条（これに相当する旧規定）に違反する罪及基準日において同令に基く統制額がなお存続している価格等に関する同令第三三条の罪並にこれ等の罪に関する同令第四〇条の罪は除外されているけれども、被告人等の原審が維持する第一審判示の第一、第二、第四、第五の統制額を超過販売の事実中右第四、第五の米及押麦を統制額を超いた代金で販売した行為だけが右除外例に該当し、他の前述第一審判示第一、第二の統制額を超過販売の行為及同第六の不当価格販売の行為は共に赦免され科刑されないものと信ずる。

然れば原審が維持する第一審判決確定の事実中 (一)、(イ)被告人等会社に対する第一審判決の前述第一、第二、第三の主要食糧運搬の行為に対する認定、食糧管理法第九条、同第三十一条、同第三七条を適用した処断及(ロ)被告人小沢仙吉に対する前述第一審判決確定の第一、第二、第三の主要食糧運搬の行為に対する原審の認定（第一審判決確定の事実の維持）、原

審が食糧管理令第九条、同第三一条を適用した処断 (二)、(イ)被告人会社に対し前述第一審判示確定の事実中第一、第二の統制額超過販売の点に対する行為の認定、物価統制令第三条、第四条、第三三条を適用した処断(ロ)被告人小沢仙吉に対し原審が第一審認定の第一、第二の統制額を超過販売の行為につき其事実を認め物価統制令第三条、第四条、第三三条を適用した処断 (三)、(イ)被告人会社に対する原審が維持する第一審判示確定の第六の不当高価販売の事実の認定、物価統制令第九条の二、第三四条を適用した処断及(ロ)被告人小沢仙吉に対する原判示が維持する第一審判決確定の第六の事実である不当価格販売の行為の認定及原審が物価統制令第九条の二、同第三四条を適用した処断された被告人等の右行為は右大赦令によつて赦免されたものと解され、科刑もまた免除さるべきものと思料される。

右は何れも原審が維持する第一審判示の確定の事実の第四、第五の統制額超過販売の行為と共に起訴され併合罪として審理を受け、被告人会社は刑法第四五条、第四八条が適用処断され、被告小沢仙吉に対しては刑法第四五条、第四七条、第四八条、第十八条が適用され処断科刑されたものであるが、右第一審判示確定の第一、第二、第三、第六の事実の行為は昭和二十七年四月二十八日大赦令第一条によつて被告人等は赦免されたと解すべきであるから刑法第五二条、刑事訴訟法第三五〇条により被告人会社に対し原審が維持する第一審確定の事実科刑したもののうち大赦を受けない第四、第五の事実に対して刑を定めらるべく、被告人小沢仙吉に対しては 原審が維持する第一審確定の事実 及原審が科刑したもののうち大赦をうけない第一審判示確定の第四、第五の事実に対して刑を定めらるべく各御裁判さるべきものと信ずる。

第五点

原判決は被告人会社の起訴を棄却し、第一審判示確定の事実及科刑を維持し、被告会社に罰金十五万円を科し、被告人小沢仙吉に対しては原審において第一審判決確定の事実を認定し科刑については第一審判決のこの部分を破毀し懲役十月に処したが (一)前各点、特に前第四点に述べる大赦による赦免のあつた事実を参酌賜はり (二)被告人小沢仙吉が本件の犯

罪をするに至つた事情は控訴審の被告人等の弁護人横川紀良が詳細にその事情を述べるやうに、(イ)被告会社の工員十数名の給料支払のためであり（第一審第三回公判調書証人小沢吉五郎証言）、(ロ)工場拡張のため詐欺にかゝつた等のため、(ハ)右等のため被告人小沢仙吉の献身的努力が却つて同人を刑事被告人とさせたやうな次第であること（第一審証人林仙八の証言）、(ニ)被告人小沢仙吉は至極まじめで（前同林仙八の証言）家庭は妻と子供五人を抱へ同人が実刑を科せらるゝときは家族の生活困難に立至り、(ホ)同人が耕作の七反余の田畑（検察官の証拠甲第十号の一第一審被告人の供述御参照）の耕作が不能に立至り、(ヘ)また被告会社の工員の生活に非常な影響を与へ閉鎖の外なく、(ト)被告人小沢仙吉の将来については前橋市市会議員である林仁八氏（第一審証人）とおぢ小沢吉五郎（前述第一審の証人）が責任を以つて監督指導し再び罪を犯すことをさせないやう注意する旨につき、右等事情と前点に述べる昭和二十七年四月二十八日の大赦令第一条の赦免の事実の恩典を受けるときは被告人会社及被告人小沢仙吉等に対する科刑は更に相当刑の量定に影響あるべく、被告人小沢仙吉もすでに十分悔悟して居り現大赦令施行の当時逃亡等のなかつたもので住所も明であり、本件判決が確定するときは更に昭和二十七年四月二十八日政令第百十八号減刑令によつて減刑の恩典にも浴し得ると信じ、右等大赦赦免減刑の恩典に浴するときは被告人の懲役刑の残部期間は短期となり、いまこれに短期の懲役刑を科されることなく、如上の事情を御参酌賜り執行猶予の御恩典ある御判決を願う次第であります。

以　上

昭和二六年(あ)第一三八八号

被告人　合名会社小澤製粉工場
右代表社員　小澤仙吉
同　小澤仙吉

弁護人見福松の上告趣意

第一点

原判決はその理由で、第一審判決が認定した事実である第一審判示第一被告人小澤仙吉は被告人会社の使用人本山晴夫に命じ、同人と共謀し、同人に於て被告人会社から野澤吉五郎方迄小麦粉二十袋を輸送し、同野澤吉五郎に統制額を超過した代金で販売し及び第二（同上輸送及び統制額超過販売）、第三（主要食糧輸送）、第四（精米統制額超過販売）外の事実を認め、被告人小澤仙吉に対し食糧管理法第九条、第三十一条、同施行令第十一条、同施行規則第二十九条並びに刑法第六十条を適用して科刑した。

而して被告人会社に対しても、食糧管理法第三十七条により被告人小澤仙吉の右違反行為があるとして科刑した第一審判決を認容した。

しかし記録によれば被告人会社の代表社員被告人小澤仙吉は、被告人会社の使用人右本山晴夫と共謀して第一審判示右第一、第二、第三、第四の事実の主要食糧の輸送行為について共謀して実行行為をした事実はなく、またその輸送の実行正犯として本件公訴の提起を受けたものでないことは、記録中本件起訴状の公訴事実である訴因は、被告人会社の代表社員である被告人小澤仙吉は被告人会社の使用人である本山晴夫をして原判決摘示の第一審判示事実の右第一（主要食糧の輸送統制額超過販売）、第二（同輸送統制額超過販売）、第三（同輸送）、第四（同超過販売）外の事実をさせた、そして

罪名は物価統制令及び食糧管理法違反及び刑法第六十一条（教唆罪）の規定を適用し、右等の教唆罪として公訴を提起する旨の起訴状の記載、殊に訴因本山晴夫をして輸送させ及び罰条の記載中刑法第六十一条の適用の記載があるによつてその他記録上明らかである。

然るに第一審判決は、公訴事実である右被告人会社の代表社員被告人小澤仙吉が会社の使用人である本山晴夫をして、即ち教唆して主要食糧を輸送販売し、また輸送し、また販売したとの訴因について審理裁判を遂げることなく、その訴因罰条の変更を請求され又は命ずることなく起訴状の訴因罰条に基ずかないで審理裁判し、被告人会社の代表社員である被告人小澤仙吉を被告人会社の使用人本山晴夫と共謀し、前述の原判示摘示の第一審判決判示事実第一乃至第四の事実について主要食糧である小麦粉を輸送販売し、また輸送し、また販売したと判示し、右所為は前述のように本山晴夫と共謀の所為であるとの事実を認定刑法第六十条を適用科刑したもので、第一審判決は審判の請求を受けた教唆の事件について判決せず、又審判の請求を受けない共謀の事件について判決をしたが、右教唆の事件についてはその訴因罰条の変更がなかつたものであり、教唆犯の訴因を共謀犯に判決するには訴因の変更が必要であり、右は食糧管理法第九条、同第三十七条、同施行令第十一条、同施行規則第二十九条、刑事訴訟法第四百五条、同法第三百十二条及び刑法第六十条、同第六十一条の解釈適用を誤つた法令の違反があり、右の違反は判決に影響を及ぼすものである。殊に訴因の変更及び罰条である刑法第六十一条を適用するか、これを同第六十条を適用するかは刑の量定の裁判に著しき影響を及ぼすことは顕著である。右第一審判決確定の事実を容認し第一審と同一の処断した原判決もまた右第一審判決と同様の違反を有し、右違反は判決に影響を及ぼすこと明白である。

また第一審判決は勿論右第一審判決の確定の事実を維持した原判決は、共に最高裁判所の昭和二五年(れ)第九六号昭和二五年七月六日最高裁判所第一小法廷判決の判例の趣旨である「会社の代表取締役が会社の使用人に命じ自己の手足として

米を運搬輸送させた場合には、右使用人がその情を知つていたとしても右代表取締役は食糧管理法第九条の違反の責を免れない」に反する。何となれば右判例の判決理由を詳細に読むときは、会社の代表取締役が会社の使用人を自己の手足として輸送した場合は右判例の趣旨のような責任があるが、会社の代表取締役が（本件の場合は会社の代表社員）会社の使用人を教唆し又は同人と共謀してこれを運搬輸送した場合は実行正犯でないことを説示しており、本件の場合は、起訴状の訴因は右判例の訴因は右判例の趣旨の判決理由に説示の会社の代表取締役と同一地位の被告会社の代表社員被告人小澤仙吉が会社の使用人本山晴夫をして、即ち教唆して小麦粉等を輸送させ、罰条は食糧管理法第九条、第三十一条、刑法第六十一条（教唆罪）であり、第一審判決及び原判決は共に被告人会社の代表社員である被告人小澤仙吉が、被告人会社の使用人である本山晴夫と共謀の上同人において小麦粉等を輸送してと共同正犯の判示であり、右判示理由及び記録及び証拠によれば、その輸送の実行者は被告人会社の代表社員である被告人小澤仙吉でなく被告人会社の使用人であつた本山晴夫であること明らかであり、その輸送の行為の実行者は本山晴夫であると判示しながら、更に被告人をもその輸送の共同正犯として科刑したのは判示理由のくいちがいがあり、食糧管理法第九条、同第三十一条、同第三十七条、同施行令第十一条、同施行規則第二十九条、刑法第六十条の解釈適用を誤つたほか右判例の趣旨にも反する違反を有するものである。

第二点

原判決は被告人会社第一審判示の有罪の事実、殊に被告人会社の代表社員小澤仙吉が被告会社の使用人本山晴夫と共謀し、主要食糧である小麦粉を輸送し、との点の事実を認定し、被告人会社の控訴を棄却し、被告人小澤仙吉に対してもまた原判決に於て、第一審判決が確定した被告人小澤仙吉が被告人会社の使用人本山晴夫と共謀し小麦粉を輸送し、との点の事実を認め、被告人会社と共に小麦粉輸送の点について第一審判決が食糧管理法第九条、第三十一条、同第三十七条、

同施行令第十一条、同施行規則第二十九条を適用し処断した法令の適用を認容し、被告人小澤仙吉に対しては右小麦粉輸送の点について原判示自ら第一審判決が事実を認定科刑に適用した右食糧管理法第九条、同第三十一条、同法施行令第十条一、同施行規則第二十九条を適用して処断したが、

被告人会社に対する第一審判示の主要食糧輸送の行為者でない被告人会社を処罰するのに、食糧管理法第三十七条を適用され特別にその行為者でない被告人会社を処罰したけれども、右食糧管理法第三十七条が適用され行為者でない被告人会社が処罰されるのは、被告人会社の代表者又は代理人、使用人、其の他の従業者が食糧管理法第三十一条ノ二、第三十二条、第三十三条又は第三十五条の違反行為をしたときに限るもので、右等の者が第三十一条の違反行為である同法第九条の違反行為をしたとしても、被告人会社は罰せられないことは法文上明らかである。

本件主要食糧の輸送行為は食糧管理法第三十一条の違反行為であり、同法第三十七条の場合に該当しないので第一審判決及び原判決は重要事実を誤認し、これを処罰した第一審判決は法令によらないで又は法律の解釈を誤り不当に法令を適用し被告人会社を処罰した違反があり、この違反を認容した原判決も同一の違反を免れない。

第一審判決及び原判決は、食糧管理法第九条、同第三十一条、同施行令第十一条、同施行規則第二十九条を適用するに際何時施行されていた法令を適用したかについて判示していない。殊に食糧管理法第三十七条が本件被告人等の行為及び起訴の当時改正され、同法第三十一条の処罰の規定が含まれていたとしてこれ等の部分はその後改正がないのでこれが適用は正当であるが、同施行令第十一条同施行規則第二十九条に至つてはその後十数度の改正によつてその条文の位置及び条文の個条を全く異にして居り、斯様な場合は右適用に当つて何年何月何日何年の政令または省令に基ずいて処断したかを示さないと、すでに改正された第一審判決時の昭和二十四年十月二十八日当時の及び原審判決の昭和二十六年一月十九日当時の食糧管理法施行令の第十一条、同施行規則第二十九条の適用をしたかと混同を起すおそれと、被

告人等がこれを納得出来ない理由説示の不備があつて、被告人会社に対する第一審判決及びこれを認容した原判決及び被告人小澤仙吉に対する第一審判決及びこれを破毀して新たに法条の適用を示した原判決は、その法条の適用について説示を盡さず理由不備の違反を免れない。例えば食糧管理法施行規則第二十九条は、昭和二十六年一月十九日当時は第四十条に変更規定されて居り、被告人等としては果して何れの罰則適条によつて科刑されたか全く不明で、かゝる場合には例えば主食管理法附則（昭和二十二年十二月三十日法律第二百四十七号）第二条によりとか、同附則（昭和二十四年六月二十五日法律第二百十八号）第二号によりとか説明を附加すべきと同様、同施行令同施行規則についても何年何月何日改正の同施行令同施行規則によると法条適用の理由を附すべきものと思料する。

また原審判決は被告人会社の代表社員被告人小澤仙吉に対しても、主要食糧を被告人会社の使用人である本山晴夫と共謀して同人において輸送したと第一審判示確定の事実を認容し、食糧管理法第九条、第三十一条、刑法第六十条を適用し処断したが、被告人会社の代表社員であつた被告人小澤仙吉は、被告人会社の使用人であつた本山晴夫と小麦粉の運搬輸送について主要食糧の運搬輸送の実行行為である運搬の行為に加担した行為の事実は、即ち共謀の事実は右等判決の判示記録上の何れにもない。殊に第一審判示事実第三の輸送のみの行為は本山晴夫が運搬したもので、実行加担は不能であるので刑法第六十一条教唆の結果責任を負うなれば、格別第一審判決及び原判決がこの重要事実を誤認し右運搬輸送の実行行為者でない被告人会社の代表社員被告人小澤仙吉を小麦粉を運搬したと判示し、食糧管理法第九条、同第三十一条によつて処罰したのは不当である。原判決はこの点違法の第一審判決事実誤認の確定の事実を認容し原判示の法律の適用をしたもので、食糧管理法第九条同第三十一条の解釈適用を誤つた違反の外重大事実を誤認した違反及び理由のくいちがいの違反を免れない。

右等の重要事実誤認及び理由にくいちがいの違反は判決に重大な影響を及ぼすものである。

また右第一審判決及び同判決確定の事実、並びにこれを認容し被告人会社の代表社員である被告人小澤仙吉が会社の使用人本山晴夫と共謀して同人において小麦粉を運搬しとなし、被告人小澤仙吉に対し食糧管理法第九条、同第三十一条、同施行令第十一条、同施行規則第二十九条及び刑法第六十条を適用して処断した原判決及び被告人会社に対する第一審判決並びに之を認容した原判決は、共に最高裁判所の昭和二十五年(れ)第九十六号昭和二十五年七月六日最高裁判所第一小法廷判決の判例の趣旨である「会社の代表取締役が会社の使用人に命じ自己の手足として米を運搬輸送させた場合には、右用人がその情を知つていたとしても右代表取締役は食糧管理法第九条の違反の責を免れない」に反する。何となれば、判例の判決理由を詳細に読むときは、会社の代表取締役が会社の使用人を自己の手足として運搬輸送した場合は右判例のような責任があるが、会社の代表取締役(本件の場合は代表社員小澤仙吉)が会社の使用人を教唆し又は同人と共謀してこれを運搬した場合は実行正犯でない旨を説示しており、本件の場合は起訴状の訴因は右判例の判決理由に説示の会社の代表取締役と同一の地位の被告人会社の代表社員被告人小澤仙吉が会社の使用人本山晴夫をして即ち教唆して小麦粉等を輸送させ、罰条は食糧管理法第九条、第三十一条、同施行令第十一条、同施行規則第二十九条及び刑法第六十一条の教唆罪であり、第一審判決及び原判決は共に被告人会社の代表社員である被告人小澤仙吉が、被告人会社の使用人である本山晴夫と共謀の上同人において小麦粉等を輸送してと共同正犯の判示であり、記録によればその輸送の実行者は被告人会社の代表社員である被告人小澤仙吉でなく被告人会社の使用人であつた本山晴夫であること、記録上及び第一審判決及び原判決が採用の証拠判示自体によつて明らかであり、右等の判決によれば被告会社の代表社員である被告人小澤仙吉は、被告人会社の使用人本山晴夫と共謀し同人において判示の小麦粉等を運搬しと判示し、右被告人会社の代表社員被告人小澤仙吉が被告人会社の使用人本山晴夫と自己の手足として小麦粉等を運搬輸送させたとの認定でないことも明らかであるのに、被告人小澤仙吉を右判示の小麦粉等を輸送したものとして処断したが、右等第一審及び原審の判決は重要事実である運搬の事実を誤認した違反は勿論、被告人小澤仙吉の罪となるべき事実を未だ確定しない理由不備も併せ有し右判例の趣旨に反する違反を有するものである。

第三点

原判決が認容した第一審確定の判示の第四の事実である被告人会社の代表社員被告人小澤仙吉は、昭和二十四年三月中に被告人会社の使用人本山晴夫に命じ、同人と共謀の上同人において別紙一覧表に記載したように精米合計五俵、押麦四俵二斗五升を高橋某等に対し所定の統制額を超過した代金で販売し(但し一俵六十粁換算)との事実は、別紙一覧表によるときは販売の日時が同時であり、販売の数量販売先を異にしても販売の回数(行為)が不明であり、その買受人が高橋某外十五名であり、しかも買受人中には被告人小澤仙吉と共謀販売したと云う被告人会社の使用人本山晴夫も含まれていることは、記録及び第一審援用の同人の裁判官に対する供述書及び第一審判決自体の別紙目録に買受人本山某と二回もあるに明らかで、斯様な行為の責迄も被告人小澤仙吉が負うべきでなく、第一審判決は判決について具体的事実の判断を未だ表わしたものとは言い難く、その審理裁判の手続を誤り、理由くいちがい及び罰すべからざる行為を罰した違法がありこれを認容した原判決もまた同様の違反たるを免れないし、この事実に対する起訴状の訴因もまた同一の一括記載で適法な公訴と言い難く、起訴は適法でない。第一審判決及び原判決はこの点についても不当に公訴を受理し、未だ審理をつくさず理由をつくさない理由不備の違反を免れない。右は記録上明らかであり右は判決に重大な影響を及ぼすものである。

尚右は最高裁判所第　小法廷昭和二十　年(　)第　号昭和　年　月　日言渡　事件の判例の趣旨である「複数の犯罪行為を判示するには、その行為が同一罪質であり手段方法等に於ても共通の分子を持つものであつても、その各個の行為の内容を一々具体的に判示し、更に日時場所等を明らかにすることにより一の行為を他の行為より区別し得る程度に特定し、以て少くとも各個の行為に対し法令の適用するに妨げない限度に判示することを要するものと言わねば

ならぬ。然るに原判決は判示のように複数の行為共通する始期とを掲げ、犯罪行為の内容をすべて別表に譲り、しかも別表には日時、回数等の記載がないのであるから、従つて別表記載の売渡行為が数人の買受人中の一人又は数人に対し同時又は数回に行われたものであるか否かをうかゞい知ることが出来ない。原判決の判示では要するに犯罪行為の個数換言すれば一の犯罪から他の犯罪行為を区別してこれを……と判例の趣旨に違反するものである。

第四点

記録を調査すると昭和二十四年十月七日第一審第二回公判に於て検察官は、本山晴夫に対する裁判官の証人尋問調書（甲第六号証ノ一）、同人に対する裁判官の供述調書（甲第六号証ノ二）、浦野鶴雄に対する裁判官の尋問調書（甲第七号証）、高橋好男に対する検察官の供述調書（甲第九号証）外を証拠として取調を請求し、被告人会社代表者及び被告人小澤仙吉及び弁護人等は右以外の証拠については証拠とするに同意し、証拠調するに異議ないが右の甲第四号証、六号証ノ一、六号証ノ二、第七号証、第九号証については意見を述べてないが、証拠として証拠調に同意はしなかつた。裁判所は検察官提出の証拠全部を証拠とすることを許し証拠調を決定し、そして右証拠中右甲第四号証、第六号証の一、同第六号証ノ二、同第七号証、同第九号証は第一審の判決の証拠とされ、原審もまた第一審判決の証拠の採用をし自らも証拠とした。

しかしかゝる裁判官の証人に対する尋問調書又は検察官に対する供述書は、たとえ被告人及び弁護人の用意があつても初めから証拠適格をもつものでなく、右等の証人が死亡その他によつて第一審裁判所で取調が困難な場合等、又は右等の証人又は供述者が第一審裁判所で右等の供述と著しく相違した供述をした場合に証拠としてこれを提出しその取調を出来るもので、始めから証拠として提出しこれを取調べ得ないことは刑事訴訟法上明らかであり、殊に被告人、弁護人が同意しない場合は、まず右等の裁判官が尋問した証人及び検察官に供述した者等の証人調をした後でなければ、これが証拠として提出しこれを許可し証拠調をなし証拠となし得ないもので、第一審判決はこの点証拠調の手続及び証拠採用の法則を誤つたもので、右第一審判決を認容した原判決もまたその証拠調の手続及び証拠の採用を誤つて証拠に出来ない証拠を証拠に採用し判断に供した違反を免れない。右は判決に影響のあるものである。

第五点

原判決は第一審判決がその理由で被告人等に対する判示第一乃至第四の事実を認定し、その証拠として被告人の第一審公廷の供述、綿貫忠作名義の昭和二十四年四月十二日附保管受書、本山晴夫名義の昭和二十四年六月二十九日附書面外を証拠として採用し判断に供したのを認容して第一審判決が確定した事実を認容したが、

右第一審判決の証拠とした本山晴夫の昭和二十四年六月二十九日附別紙の通り売つたことは事実である旨の申述書、前橋検察庁宛の書面は第一審の記録中に検察官が提出の他の証拠と共に編綴されているが、右書面は記録の何れを精査するも検察官またはその他の何人からも書証として提出されたものでなく、裁判官がその証拠として採用し証拠調を決定しその証拠調があつたものでないことは、記録中何れにも右書面が書証として提出され証拠として採用し証拠調をする旨の記載がなく、他の書証には一々各証拠に適合する甲号証番号が附してあり、その旨第二回公判調書にその旨記載しあるのに右書証には甲号証の番号の附記記載がなく、調書に書証として提出する旨記載がない等の点からも明白であつて、右書証は未書証として適法に提出され採用され証拠調をなされたものでないので本件の証拠とならないものである。

第一審判決は右証拠として提出されず裁判官が自らこれを採用せず証拠調もなく、勿論被告人同弁護人等の意見も求めずその意見の開陳もなかつた記録に、誤つて編綴された書面を証拠として被告人等の行為の事実認定の判断に供したもので、右は証拠でない証拠により採用すべきでない証拠を採用し、または虚無の証拠によつて、または証拠によらないで裁判した違反を免れないし、これを認容した原判決もまた同様の違反を免れない。

また第一審判決は綿貫忠作名義の昭和二十四年四月十二日附保管受書を証拠として被告人等の判示事実の証拠としたが、右綿貫忠作名義の小麦粉保管受書は形式的には被告人等所有の物件に対する保管受書のようであるが、右保管された押収の小麦粉はその所有者が形式的に被告人等でないことは記録中検察官提出の書証である甲第三号証の二の領置調書の記載中、差出人綿貫忠作所有者小澤藤太郎（実在の人）とあつて、被告人等の所有でない品物の保管請書でそのままでは未だ本件判示事実の証拠とはならないものであることは記録上明らかであつて、第一審判決は証拠とし得ない証拠を証拠として、または証拠の取調判断を誤りまた証拠によらないで裁判に供した違法を免れず、これを認容した原判決も同一の違反を免れないし、右は判決に重大影響を及ぼすものである。

第六点

第一審判決はその理由で、被告人会社の代表社員である被告人小澤仙吉は、浦野鶴雄に対し押麦一斗を統制額を超過する代金で販売した事実を認め、浦野鶴雄に対する裁判官の証人尋問調書を証拠とし、原審判決もまたこの点に関する被告人、弁護人の控訴趣意書第二点に述べた被告人小澤仙吉が関与しない行為であるから、第一審の二の点に対する判決は取消さるべきであるとの控訴趣意に対し、第一審採用の証拠である浦野鶴雄に対する裁判官の尋問調書により認めることが出来、仮に第一審の証人浦野鶴雄の証言によつたとしても被告人小澤仙吉自身がこれに関与し、ただ代金の支払だけが同被告人の妻に手渡されたことが窺われる。その他記録を調査しても第一審判決の右認定を誤りであると認める資料は何らないと判示したが、

右浦野鶴雄に対する裁判官の尋問調書によるときは、浦野鶴雄は右判示の押麦を他に一千円で売却するため持参したが、品物が悪くて売れないで持ち帰り、一旦最初の他への販売の目的は中止し打切られ、被告人小澤仙吉の関与意思によらないで新たに浦野鶴雄自らの意思発動によつて、右押麦を自らの使用に自価格を八百円に決定して買取つてその代金を

被告人小澤仙吉の妻に渡したものであつて、被告人小澤仙吉と意思の連絡行為の実行について連絡のなかつたものであることは右調書の同旨供述の記載に明らかで、第一審の証人の供述も同様であり、原判決は証拠の判断を誤り採用すべきでない証拠を採用し、または虚無の証拠を判断に供した違反がある。右は判決に重大な影響を及ぼすものである。

以　上

昭和二六年(あ)第一四三一号

判　決

本籍並びに住居　石川県珠洲郡西海村字狼煙への部三五番地

農　業

大　谷　内　芳　一

明治二九年五月二三日生

右塩専売法違反被告事件について昭和二六年三月一五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判決する。

主　文

原判決及び第一審判決を破棄する。

被告人は無罪。

理　由

被告本人の上告趣意は、後記書面のとおりである。

被告本人の上告趣意について。

所論は、原判決の法令違反を主張するのであつて刑訴四〇五条の適法な上告理由にあたらない。しかし、第一審判決及び原判決の認定したところによると本件塩は、被告人が塩専売法臨時特例（昭和二〇年一二月二九日勅令第七二九号、昭和二四年五月二八日法律第一一二号で廃止）により、自給用に供するため政府に届け出でて製造した塩であるが、被告人がこの塩について、塩専売法臨時特例施行規則（昭和二〇年一二月二九日大蔵省令第一一五号、昭和二四年五月三一日大蔵省令第一四三一号　一二月二三日判決　昭和二六年(あ)第一四三一号

四二号で廃止）三条による所轄専売官署の指示に従うことなく、物々交換の目的で他に搬出し、山崎由太郎方倉庫に一時蔵置したものである。原判決はこの事実に基き、自給用に供するため製造した塩を右塩専売官署の命令指示に従うことなく譲渡交換等の目的で他に搬出した場合は、自給用としての性質を失い政府の売渡さない塩として塩専売法の適用を受けるものと解釈しなければ、塩専売法の目的を達することができないとし、被告人に対し塩専売法の罰条を適用した第一審判決に違法はないと判断したのである。しかしながら、前記塩専売法特例施行規則三条によれば、自給塩はこれを譲渡する場合「所轄専売官署ニ於テ……為スコトアルベキ必要ナル指示ニ従フコトヲ要ス」と定めているが、この指示を予じめ受けることなく物交のため搬出したという事実だけで、自給塩であつた塩が自給塩の性質を失い、旧塩専売法五条に「政府ヨリ売渡シタル塩ニ非ザル」塩となると解することはできないばかりでなく、また右のような事実だけで行為者を罰する明文がない。且つまた被告人は本件塩を物交のため前記倉庫に一時蔵置したというのであるから、塩専売法（行為当時）に譲渡の未遂を罰する規定がないのと比照すれば、原判決のように解するときは、自給塩についてのみ譲渡の未遂を罰することとなり、その間権衡を失するのそしりを免れない。すなわち、原判決はこの点において法令の解釈を誤つた違法があり破棄を免れないから、刑訴四一一条一号により職権をもつて原判決及び第一審判決を破棄すべきものとし、なお当裁判所が直ちに判決することができる場合であり被告人の本件行為は前記の理由で罪とならないから、刑訴四一三条但し書、四一四条、四〇四条、三六六条により裁判官全員一致の意見をもつて主文のとおり判決する。

検察官　岡琢郎出席

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

被告人の上告趣意

原判決は被告人を罰金刑に処したるも、右は法の適用を誤つた違法の宣告であると信じます。

一、被告人の製造したる本件白塩相当塩は、塩専売法臨時特例の適用を受くべきものであります。即ち被告人は、石川県珠洲郡西海村字狼煙部落の自給製塩組合から、自給製塩の製造を請負い製造したものであり、右は塩専売法臨時特例第三条の規定により、之を所有し、所持し、消費し又は譲渡することが出来（自由所持・自由消費・自由譲渡）、只右譲渡には所轄専売官署の指示に従うべきものとせられたのみであります。

而して、被告人は右製造塩の内、百壱叺を縁取（ヘリトリ）と交換（譲渡）せんとしたるも果さず、其儘持帰りて、同県珂郡蛸島村所在山崎由太郎方倉庫内に搬入所持したのである。勿論右譲渡には予め所轄専売官署の指示を受けなかつたものであるが、被告人の譲渡行為は計図丈のものであつて、未だ譲渡したのではないから、敢て専売官署の指示を必要としなかつたものである。即ち被告人の本件塩の所持は終始変更なかりしものと謂うべき筋合のものであります。

二、然るに原判決は、右譲渡に付専売官署の指示を受けなかつたので、塩の性質が変更せられて塩専売法の適用を受くべきものとなつたのであるから、塩専売法違反を免れないとせられたのであります。

乍併、此場合専売官署の指示は所謂単なる指示に過ぎずして、免許でもなければ、認可でもないのであるから、指示の有無によつて塩の法律上の性質を変更するものではないのである。殊に被告人が未だ譲渡契約もなさず、譲渡に因る引渡もなさなかつたのであるから、所轄専売官署の指示を仰ぐべき程度には至らなかつたものである。換言すれば、本件塩は終始法律上の性質を変更することなく、被告人の所持内に在つたものであります。

事案斯くの如くなるに拘らず、被告人を有罪となしたる原判決には法の解釈を誤り、不当に法を適用したる違法ありて到底破毀を免れないものと謂わざるを得ないのであります。

以　上

昭和二六年(あ)第一七九三号

判　決

本籍並びに住居　福島県石城郡四倉町字本町三三番地

露店商

吉田正美こと

西　正　則

昭和二年八月二〇日生

右の者に対する窃盗被告事件について昭和二六年二月二八日仙台高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人鈴木右平の上告趣意は末尾添付別紙記載のとおりであつて原審において判断しない事実を前提とするもので上告の理由とならない。

論旨第一点の違憲論は原審において主張されず従つて原審等により適法な証拠調に対する非難を前提とするもので前提を欠くものである、(昭和二五年(し)第一六号同年一〇月四日大法廷決定、昭和二五年(あ)第七九七号昭和二七年六月一八日大法廷判決参照)論旨第二点の判例違反の主張も違法でない第一審の措置を違法なりと主張し、これを前提とするもので前提を欠くものである即昭和二五年一〇月二三日附各証人尋問調書については前記のとおりであり、所論検証調書は第一審は証拠に採つて

一二月二三日判決　昭和二六年(あ)第一七九三号

一二月二三日判決　昭和二六年(あ)第一七九三号

居ない、尤も昭和二五年一一月五日附証人尋問調書中に右検証調書添附見取図中の符号を引用して居る点はあるけれども右引用部分を除いても右尋問調書の証拠力は認められる。証人加藤駒吉に対する尋問調書に関しては原審において何等主張されず従つて原審の判断して居ない事実に関するのみならず、右証人尋問に対する被告人及び弁護人の立会を制限したものと疑うに足る形跡は何もないし、該尋問調書はその後公判廷において適法な証拠調が為されて居りこれに対し被告人側から異議を申立てた形跡は何もない。

その他刑訴四一一条を適用すべき事由もない。

よつて刑訴四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第一七九三号

被告人　西正則

弁護人鈴木右平の上告趣意

一、本件につき被告人が上告を申立した理由、

第一点

原審の審理手続に於て被告人に証人に対して其の審問する機会を充分に与えなかつた。(憲法第三十七条第二項の違反がある)

第二点

原審に於て証拠能力のない証拠を以て断罪の資料に供した。(最高裁判所の判例と相反する判断を為した)

二、依つて以下其の理由を左に記述せん。

第一点

原審の審理手続に於て被告人に証人に対する審問の機会を充分に与えなかつた。

(一)　第一審裁判所即ち山形簡易裁判所の本件被告人を有罪と認定した証拠は次の如くであるが、

一、証人吉田忠準(最初盗つた人が次の人にリレーする所を見た旨を庄司弘市から聞いたとの点を除く)の尋問調書二通

一、証人庄司弘市(ぶどう屋に入つた人はジャンバーを着て居つた旨及被告人、被告人佐々木忠雄が「ぶどう」を買つた人と違うような気がする旨、供述の点を除く)の尋問調書二通

一、証人川合勇の尋問調書二通
一、証人齋藤茂、同加藤駒吉の各尋問調書
一、検察官に対する庄司弘市の供述調書

(二) 右尋問調書の内、証人吉田忠準、同庄司弘市、同川合勇等三人の昭和二十五年十月二十三日上山警察署に於て、山形簡易裁判所裁判官野村喜芳に対して為した右三通の尋問調書は、其れ自体の記述に依つても明かな如く、被告人の反対尋問にさらされない訊問調書であるから、証拠能力がないのみか、右は被告人の証人吉田忠準、同庄司弘市、同川合勇に対する審問権の行使を不当に妨げしたことが明らかである。
この点からしても原審は其の破棄を免れ得ないものと信ずる。

(三) 尚右について或は刑事訴訟法第二二六条、同二二七条、同第二二七条に依つて憲法（第三七条第二項）違反には当らないと主張する向もあるが、
右刑事訴訟法の各条文こそは憲法違反の規定であり、之れ無効の条文を信ずるものである。依つて右原審の破棄を信ずるものである。

第二点
原審に於て証拠能力のない証拠を以て断罪の資料に供した（最高裁判所の判例と相反する判断を為した）右について左の三点を挙げる。

(一) 第一点
第一審に於て被告人を断罪の資料に供した証拠の中に前述した、昭和二十五年十月二十三日上山警察署に於て、山形簡易裁判所裁判官野村喜芳に対して為した証人吉田忠準、同庄司弘市、同川合勇の三つの尋問調書は、被告人は勿

論、弁護人の立会もなく、且被告人は刑事訴訟法第百五十七条第二項の証人尋問に立ち会わない意思を明示しても居ないものである。斯る状況のもとに作られた尋問調書は、以て之を証拠と為し得ないことは明らかである。然るに第一審は右三通の尋問調書を証拠として断罪に供したのであるから、之の点からしても原審は破棄を免れないものとする。

最高裁判所判例
(1) 昭和二十三年(れ)第七一一号
同年十一月六日第二小法廷判決
(2) 昭和二十五年(れ)第九四号
同年五月三十日第三小法廷判決

(二) 第二点
原審に於て被告人を有罪にした証拠の中には、昭和二十五年十一月五日山形簡易裁判所裁判官中山悟郎、同書記官渡邊哲男列席に依る検証調書は之を証拠に供して居ないことになつて居るが、
「第二審仙台高等裁判所第二刑事部、昭和二十五年(う)第一〇三七号、昭和二六、二、二八判決理由一」然し乍ら原審に於ける昭和二十五年十一月五日の検証現場に於ける証人吉田忠準、同庄司弘市、同川合勇に対する尋問は、右検証調書添付の図面に基いて為されたことは、右尋問調書自体の記述によつて明らかである。
故に右検証調書（図面を含む）が証拠認定の資料として居ないと原審及第二審は云うけれども、然し其の実質は勿論形式的にも右三人の尋問調書（尋問調書中に(イ)点、(ロ)点、(ハ)点、(a)、(b)、(c)の各位置の挙示あり）には「右検証調書」は証拠に供して居ることは明らかである。即原審は採証の経験法則違背並に虚無の証拠を以て断罪に供した違法

があり、之の点からして原判決の破棄を免れないものと信ずる。

最高裁判所判例

(1) 昭和二十五年(れ)第九四号
同年五月三十日第三小法廷判決

(2) 昭和二十四年(れ)第一七七号
同年九月二十四日第二小法廷判決

(3) 昭和二十三年(れ)第一四七三号
同二十日二月八日第二小法廷判決

第三点

公判廷外に於て証人を尋問するときは、裁判所はあらかじめ「被告人及弁護人」に尋問事項を知る機会を与えなければならないと規定する。(刑事訴訟法第一五八条第二項)

然るに原審は証人加藤駒吉に対する臨床尋問には、弁護人に対しては之を与えたことは記録上明らかであるが、被告人には之を与えて居ない。

蓋し右証人尋問の時には被告人は勾留されて居り、自ら自由に右尋問現場に出向して立会うことが出来なかつたからである。然も、

右証人は被告人にとつて其の有罪、無罪をきめるにきわめて重要な証人の一人であるから、此の証人を被告人の面前で取調べして審問の機会を充分与え、そして出来た尋問調書を証拠にすべきである。

然るに原審は其の挙に出ずして、被告人も弁護人も一度も立会つて居ない。右加藤駒吉の尋問調書を証拠に採つたのは採証の法則を誤つた違法があり、この点に於ても破棄を免れないものと信ずる。

最高裁判所判例

昭和二十五年(れ)第九四号
同年五年三十日第三小法廷判決

以上述ぶる憲法第三十七条第二項違反の点一、最高裁判所判例違反点三の理由あるに依つて、原審を破棄し再度本件を審理して戴き度く、特別の御詮議を御願する次第です。

以　上

昭和二六年(あ)第二六〇四号

判　決

本籍並びに住居　大分県玖珠郡玖珠町大字山田六四五番地

農　業　佐　藤　浩　明治四四年一月一六日生

右の者に対する業務上横領被告事件について昭和二六年六月九日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人長崎祐三の上告趣意は、末尾に添附の別紙記載のとおりである。

上告趣意第一点について。

論旨は、大審院昭和九年(れ)第五四八号同年七月一九日判決（大審院刑事判例集一三巻九八三頁登載）を引用して、本件は背任罪を構成し、業務上横領罪に問擬すべきものでないと主張するのであるが、所論原判決認定事実は、挙示の証拠に照し合せば判示冒頭において被告人の金銭借付業務関係を認定してはいるが、本件金員の貸与は、被告人の右貸付権限外においてなされた趣旨であつて所論のように右被告人の権限に基く貸付でないことが認め得られるのである。しかして当裁判所昭和二三年(れ)第一四一二号同二四年三月八日第三小法廷判決（集三巻三号二七六頁）によれば「横領罪

一二月二三日判決　昭和二六年(あ)第二六〇四号　一

一二月二三日判決　昭和二六年(あ)第二六〇四号

の成立に必要な不法領得の意思とは、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに、所有者でなければできないような処分をする意思をいうのであつて、必ずしも占有者が自己の利益取得を意図することを必要とするものではない。」とあるから原判決の擬律は相当であり所論引用の判例は適切でなく論旨は採用できない。（当裁判所昭和二五年(あ)第六九四号同二六年一月二三日第三小法廷判決参照）。

上告趣意第二点について。

所論は、原審において主張判断されない事項であり且つ記録に基かないで被告人の私言を根拠として一審訴訟手続の違法を主張するに帰し採用の限りでない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

弁護人長崎祐三の上告趣意

第一点　原判決は判例違反の違法がある。

大審院昭和九年(れ)第五四八号同年七月十九日判決に、「他人の為其の事務を処理するに当り自己の占有する本人の物を自ら不正に領得するに非ずして、第三者の利益を図る目的を以つて其の任務に背いた行為を為し、本人に財産上の損害を加えた時は背任罪を構成し横領罪に問擬すべきものでない」とある。

原判決によれば「被告人は農業組合専務理事として同組合に於ける金銭の保管及貸付一切の業務に従事していたものであるが、昭和二十四年十一月九日より同月十四日頃迄の間三、四回に亘り業務上保管中の合計金壱百五拾万円を擅に松山兼吉に対し貸与して横領した」とある。

原判決は、被告人が組合の金銭を他に貸付一切の業務に従事していた事を認めている。

然らば此の貸付の権限は組合より被告人に与えられている事も是認しているであろう。

被告人が松山に金壱百五拾万円を貸与したのは、被告人の権限に基いてなされたものであるから、本件は刑法上の如何なる犯罪も構成しない。例え被告人が松山に金壱百五拾万円を貸付けたとしても、それは被告人が其の権限を越え貸付けたものであつて、全然権限なくして貸付けたものでないから被告人は自ら不正に領得したものでない。其の任務に背いた行為を為したので背任罪を構成し、業務横領罪を以つて問擬すべきものでない。

然るに原判決が本件を業務横領罪に問擬したのは、前記判例に違反したものであつて破棄を免れない。

第二点　原判決は憲法第三十七条に違反してなされたものである。

被告人　佐藤浩

被告人は弁護人に対し、「被告人が松山に金壱百五拾万円を貸与したのは松山の欺罔によつたものである。松山は組合員十五人の氏名を書いた紙を被告人に示し、組合員の了解ずみであるから一人に付拾万円宛合計壱百五拾万円を借入れたいからその手続きをとつてくれと云つた、被告人は組合長に話してくれと云つたら松山は組合長には自分の方で話しておくと云つた。

其の後被告人は松山に伴われ警察署長宅に行つたが、そこには署長と司法主任がいて御互に酒をくんだ。其の際署長は被告人に対し、松山にウンと金をもうけて貰つて郡内の政治文化の為働いて貰わなくてはならないから出来る丈援助してくれと言われた。其の後松山は被告人に対し、県下の皮革を今手附をうつて買いしめる事を約束した。一日中に集荷して出荷したいが、その為壱百五拾万円入用である。早くて一週間遅くて二週間で返すから壱百五拾万円貸してくれと言われた。被告人は組合長も組合員も承諾したものと信じ壱百五拾万円を貸与した。

松山よりかく欺罔されて貸与したので被告人の犯罪は成立しない。たとえ犯罪成立しても松山と共謀の犯罪であり、実際金壱百五拾万円費消したのは松山であるから被告人は寛大な判決をうけるのではないかと信じ、その真相を裁判所に訴えたいと思つていた。

いよいよ公判が開かれ、大分地方裁判所日田支部に於ける第四回の公判廷に於て立合検事は、其の日証人として出頭した松山に対し被告人より松山が金壱百五拾万円の借入の状況について訊問した処、裁判官は、証人に対する訊問は本件について証人が弁償にあてている財産がどの位の価値があるか否かを証言せしむる以外の訊問は許さないと宣告し、検事の訊問を制限した。

次に弁護人は松山に対し、被告人より如何にして金壱百五拾万円を借用したか、其の動機や其の時の情況を訊問した処、裁判官は大声をあげて、かかる質問をするならば松山を証人とする事を認めないとして弁護人の訊問を禁止した」と訴えている。

若し被告人の右供述が真であるならば、裁判官の公判廷に於ける右処置は、訴訟指揮でなくして本件の最も重要な点の訊問を制限したものである。

裁判官が検事の証人訊問を制限したのは、憲法第三十七条第一項（すべて刑事事件に於いては公平な裁判所の裁判を受ける権利を有する）に違反している。

裁判官が証人訊問を禁止したのは、憲法第三十七条第二項（刑事被告人はすべての証人に対し審問する機会を充分に与えられる）に違反している。

原判決は憲法に違反してなされたものであるから破棄は免れない。

以　上

昭和二六年(あ)第三二四三号

判　決

本　籍　三重県三重郡千種村大字潤田九六二番地
住　居　同県四日市市西新地一丁目五五番地の一
薪炭商　伊藤清一　明治三三年九月五日生

本　籍　三重県四日市市西八幡町二一九〇番地の一
住　居　同県同市西町三区八番組
日雇人夫　中島昇　明治三九年六月一日生

本　籍　朝鮮慶尚南道固城郡会華面背屯里四三四番地
住　居　三重県四日市市西新地二丁目
ブローカー　宮田哲成こと　孫命徳　明治四一年七月四日生

一二月二三日判決　昭和二六年(あ)第三二四三号

右伊藤清一に対する臨時物資需給調整法違反、中島昇、孫命徳に対する各臨時物資需給調整法違反、詐欺被告事件について昭和二六年三月三〇日名古屋高等裁判所が言渡した判決に対し被告人等からそれぞれ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

第一審判決中被告人中島昇、同孫命徳に関する部分及び原判決中被告人等三名に関する部分を破棄する。

被告人中島昇、同孫命徳を各懲役八月に処する。

第一審における訴訟費用中証人真弓定勝、同加藤一に支給した分は被告人中島昇及び第一審相被告人金鳳徳、同市川清一の連帯負担、証人森川孝、同森川橋郎に支給した分は被告人孫命徳及び右金鳳徳、市川清一の連帯負担、国選弁護人に支給した分は右金鳳徳と共に被告人中島昇の負担（但し昭和二五年三月二八日及び四月二〇日に支給した分に限り右金鳳徳、市川清一と共に被告人中島昇の負担）及び当審における訴訟費用は被告人中島昇、同孫命徳の負担とする。

本件公訴事実中臨時物資需給調整法違反の点について各被告人を免訴する。

理由

被告人中島昇の弁護人志貴三示及び被告人孫命徳の弁護人山岸龍の各上告趣意（後記）はいずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

しかし職権で調査すると本件公訴事実中臨時物資需給調整法違反の点については昭和二七年政令第一一七号大赦令により大赦があつたので刑訴四一一条五号四一三条但書により第一審判決中被告人中島昇、同孫命徳に関する部分及び原判決中被告人等三名に関する部分を破棄し当裁判所において更に自ら判決をすることとし右公訴事実については同三三七条三号により各被告人等に対し免訴の言渡をなすべきものとする。

よつて第一審判決が確定した右大赦にかゝらない事実（被告人孫命徳の前科の点を含む）に法律を適用すると被告人中島昇、同孫命徳の所為は各刑法二四六条一項六〇条に該当するから被告人中島昇については所定刑期範囲内で又被告人孫命徳については累犯にかゝる前科があるから同法五六条一項五七条に従い法定の加重をした刑期範囲内で被告人両名を各懲役八月に処しなお訴訟費用の負担については刑訴一八一条、一八二条に則り主文のとおり判決する。

この判決は裁判官全員一致の意見である。

検察官　岡琢郎出席

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第三二四三号

被告人　中島昇

弁護人志貴三示の上告趣意

被告人は懲役一年に処刑されましたが、記録添附の通り控訴審に繋属中妻は突然死亡し、幼児を抱え漸く其の日〳〵を送つて居る始末です。刑が確定執行の場合、身寄りの少い被告人はともかく、残る子供を怎うして生活して行けられるかと案ぜられ、憲法に保証の最低生活も不能ですから、此の際格別の御配慮が願い度い。

以上

昭和二六年(あ)第二二四三号

弁護人山岸竜の上告趣意

第一点　原判決は刑事訴訟法第四一一条第二号に該当するものと思料するから、特に此の点について御調査を仰ぐ次第である。

(イ)　被告人伊藤清一に関するもの、

原判決は第一審判決が「同被告人は肩書住居地に於て薪炭商を営む者であり、何等法定の除外理由がないのに配給割当の公文書と引換えることなく、昭和二十四年九月十日頃から同年十二月末日頃迄の間、前後五回に亘り合計五石四斗の食用油を、代金二十八万七千円で譲受けたものである。」旨を判示し、之に対し臨時物資需給調整法第一条、第四条、油糧需給調整規則第十三条を適用したのについて、之は適条に誤がある、即ち右の事実については、同規則第八条を適用すべきであり、原判決が同規則第十三条を適用したのは、法令の適用を誤つたものであるとして、原判決中同被告人に関する部分を破棄し、刑事訴訟法第四〇〇条但書により更に自判して同被告人を罰金五万円に処して居る。けれどもを及ぼさない結果となつている。

元来油糧需給調整規則第八条と第十三条とは、油糧に関する指定業者と然らざる者との間に、その調整について方法その他に若干の径庭の存するところから、区別して制定された規定であり、その取締の対象たる指定業者と然らざる者

被告人　伊藤清一

同　宮田哲成こと

孫　命徳

との間に、夫々所犯の所為については自から罪質情状に異るものがあるから、同一事実であつてもその所為が右規則第八条適用の場合と同第十三条適用の場合とでは、その科刑の量定はおのずから相違あるべき筋合である。従つて原審がその判決に於て前示法令適用に誤があつたとして原判決を破棄した以上は、自判に当つては訴訟記録その他証拠に基き又控訴の趣意に鑑み、第一審判決の刑より軽減した量刑を為すべきである。既に原判決の如くなれば、前示法令の適用に誤があつたが、「その誤は判決に影響を及ぼすことが明らかである」場合にはあたらないのであるから、此の点に於て原判決は刑事訴訟法第三八〇条、第三八六条第三号に違反した不法のものである。不法の判決によつて人を処罰することは常に著しく正義に反するものである。

本件訴訟記録その他原審に取調べた証拠を精査するならば、被告人伊藤清一は原審までの相被告人等の策謀に引摺られ、同人等のため所謂「食いもの」になつたもので、一度多額の損失を受けたのちは之を回復しようと焦燥のためますます深みに陥つたものであり、結局に於て一銭の利得もなく却つて大なる損失を招いた上、本件検挙の憂き目を見て二十日間も勾留されたのであること、同被告人は逮捕以来衷心悔悟し、取調官に対し終始隠さず一切を供述したこと、今後再びかゝる犯行を繰返さないと誓い、改悛の情顕著であること等を認めるに難くない。斯かる事情下に於ては、被告人に対し軽い罰金刑で、それがたとえ罰金一万円であつても十分科刑の目的を達し得られるのであつて、その必要程度を超えた原判決の同被告人に対する量刑は著しく不当である。

(ロ) 被告人宮田哲成こと孫命徳に関するもの

第一審判決に於ては、同被告人は相被告人市川清一、金鳳徳と三名共謀して詐欺を為し、並びに臨時物資需給調整法違反の所為ありたるものと認定され、懲役一年に処せられたのであるが、之を不服として控訴し、原審に於て同被告人の弁護人は控訴の趣意として事実誤認、採証上の法則違反の不法、量刑の不当等を掲げ夫々詳細な理由を挙げて居り、何れも首肯し得るものがあり軽々しく之を排斥し得ないものがある（記録中同被告人の弁護人の控訴趣意書を援用す）に拘らず、原判決は右共謀の点は第一審挙示の証拠により充分之を認め得る旨判示し、頗る簡潔に事務的に且漫然右論旨を排斥して居るけれども、第一審判決挙示の諸証拠に拠るも必ずしも之を認め得るとは限らない。一面同被告人は本件について、逮捕当初から公判に至るまで終始犯行が右三名と共謀して為されたものでないこと、殊に詐欺を為したものでない旨否認して居り、このことは訴訟記録によつて明らかであつて共犯の点は疑わしいのである。死刑、無期懲役に当るような重い罪についても、処罰を受け服役中真犯人が出現して、警察官吏等の調書供述記載が虚偽であつたと後に判明したということは往々事例の存するところで、共謀の点について宮田被告人が終始極力之を否認し通した本件に於ては、第一審判決挙示の証拠は、論理の帰結上も右事実を認定するには薄弱である。同被告人は本件事犯により何等利得をして居ないのみでなく、却つて損をして居る。相被告人であつた市川清一は相当多額の利得をして居り、他にも数回に亘つて同種の犯行を反覆累行して居る。之等に対する科刑に当つてはその量刑に相当の開きのあるべきは勿論であるに拘らず、第一審判決の右の者と宮田被告人との各量刑は余りに近似して居ることは、頗る公平の原則に反する。

要するに宮田被告人に対する量刑は甚しく不当であり、他の被告人の量刑に比し均衡を失し公平を欠くものである。公平を失した科刑は著しく正義に反するものと謂わねばならない。之等を顧慮しないで量刑不当の控訴趣意を排斥した原判決は失当である。

昭和二六年(あ)第三三九七号

判　決

本　籍　宮崎県西臼杵郡七折村六九〇四番地
住　居　岡山県都窪郡吉備町平野三二四番地
衣料交換会事務員　土　持　文　夫
大正一三年二月一一日生

右の者に対する物価統制令違反、食糧管理法違反被告事件について昭和二六年七月三一日広島高等裁判所岡山支部の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決及び第一審判決中被告人に関する部分を破棄する。
被告人を懲役三月罰金二万円に処する。
但し、本裁判確定の日より二年間右懲役刑の執行を猶予する。
右罰金を完納することができないときは、金二百円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置する。
当審における訴訟費用は、これを三分し、その一を被告人に負担させるものとする。
本件公訴事実中食糧管理法違反の点については被告人を免訴する。

理　由

弁護人板倉初太郎の上告趣意は、量刑不当の主張であつて刑訴四〇五条に当らない。

一二月二三日判決　　昭和二六年(あ)第三三九七号

一二月二三日判決　　昭和二六年(あ)第三三九七号

職権で調査すると本件公訴事実中食糧管理法違反の点（第一審判決認定事実中第四の事実）は、昭和二七年政令一一七号により大赦があつたから刑訴四一一条五号四一三条但書四一四条、四〇四条、三三七条三号により原判決及び第一審判決中被告人に関する部分を破棄し、この事実については、被告人を免訴するものとする。

よつて第一審判決の確定した大赦に当らない事実（第一審判決判示第三の事実）に法令を適用すると被告人の各所為は何れも物価統制令三条、七条、三三条、昭和二七年四月法律第八八号四条、昭和二三年一〇月農林省物価庁告示九号罰金等臨時措置法二条に該当するから物価統制令三六条の規定により懲役刑と罰金刑とを併科することとし、以上は刑法四五条前段の併合罪であるから同法四七条、一〇条、四八条により併合罪の加重をした刑期並びに罰金額の範囲内において被告人を懲役三月罰金二万円に処し、犯情懲役刑の執行を猶予するのを相当と認め刑法二五条により二年間その執行を猶予するものとし、右罰金を完納することができないときは、金二百円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置するものとし、当審における訴訟費用については刑訴一八一条によりその三分の一を被告人に負担させるものとする。

以上は、裁判官全員一致の意見である。

検察官　岡琢郎出席

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第三三九七号

被告人　土持文夫

弁護人板倉初太郎の上告趣意

一　被告人は昭和二十四年五月より同年七月迄の間に於いて粳玄米合計五俵半此の統制額二万二千三百七十一円を二万九千九百五十円で買受け七千五百七十九円の超過額で買受けた事実に基き、岡山地方裁判所で罰金三万円に処せられたるを不服とし広島高等裁判所に控訴し昭和二十五年四月十九日同裁判所岡山支部に於いて原判決を破棄し罰金一万五千円に処せられたるを、更に不服にて上告したものである。

二　同被告人の上告の理由は

1　同被告人の買受けた玄米の価格は、統制額と僅少の差であつて被告人の利益も僅少であること。

2　被告人は相被告人土持文夫の内妻であつて凡て右土持の指令に基き行動したるものであつて、同被告人の単独の意思に基くものに非ざること。

3　被告人は何等の資産を有せず子女三人あり、収入としては菓子類販売収益（一日千円位の売上げで二割程度の利益）が一日二百円内外あるだけで生活費を補う可く歎むなく本件犯行なすに至つたものなること。

4　本件の罪金額一万五千円は同被告人の到底負担に堪えざるものにして、結極に於いて労役場留置の結果となり徴役刑を課せらるゝと大同小異で処刑の本旨に副わざること。

二　前記の理由により本件被告人に対する罰金一万五千円は相当の重刑と認む可きである。
依て一面罰金を減刑して執行猶予の恩典に浴せしめ、一面被告人の将来に向て反省の機会と更生の道とを開き以て、
罪刑法定主義の欠陥を是正す可きであると思料する

物価統制令違反　被告人　岡　金一

右被告人に対する上告の趣意左の通り提起する。

一　被告人は昭和二十四年五月より同年七月迄の間に於いて糠玄米五俵半を売買した事実に基き、物価統制令違反に問われ、昭和二十五年二月十日、岡山地方裁判所に於いて懲役三月（執行猶予二年）罰金三万円の言渡を受け之を不服として控訴し昭和二十五年四月十九日広島高等裁判所岡山支部に於いて、原判決を破棄し懲役三月（執行猶予二年）罰金二万円に処せられ更に之を不服として上告したものである。

二　右被告人の上告理由は

1　被告人は昭和二十五年五月上旬より同年七月迄被告人は前後八回に統制額以上で、五俵半の糠玄米を売買したのであるが、其売買の価格と統制額との差が極めて僅少であつて、被告人の利益も僅々千五百程度である事実。

2　被告人は盲目であつて心神耗弱者と認めらる可き事。

3　被告人は盲目の為め他に適当な仕事がなく、又資産もなく主として実兄に生活の援助を受け妻子の生活を維持して居た生活困窮者であること。

4　罰金二万円の刑罰は被告人に対しては重課であり、結局に於いて懲役刑と何等撰ぶ所なきこと。

三　前掲の理由に依り同被告人に対し一方に於いて、三月の懲役刑に執行猶予の恩典に浴せしめ乍ら、一方に於いて之と何等撰ぶ所なき多額の罰金を併科することは、刑の量定に於いて矛盾するものである。

斯くの如きは宜しく被告人の実情に即して、刑罰を課し罪をにくみて人をにくまず。法の真の精神を貫くことこそ適正なりと思料する。殊に本被告につきては心神耗弱の理由あるものに付、大いに減刑し罰金についても執行猶予の恩典に浴せしめられんことを求むるものである。

物価統制令違反及び食糧管理法違反　被告人　土　持　文　夫

右被告人に対する物価統制令違反並びに食糧管理法違反事件に付上告趣意書を左の通り提起す。

一　被告人は昭和二十四年五月より同年七月迄の間に於いて、糠玄米五俵半を統制額を超過した二万九千九百五十円で買受けた事実及素麺六貫八百四十匁の不許可輸送が、輸送途中で発覚没収せられ右二点につき、昭和二十五年二月十日岡山地方裁判所に於いて徴役四月（執行猶予二年）罰金四万円の言渡を受け控訴し、昭和二十五年四月十九日、広島高等裁判所岡山支部に於いて、控訴棄却の判決を受け右判決を不服とし更に上告したものである。

二　被告人は相被告佐藤玖子と内縁関係にあり、ラムネ、菓子等の露居商を営み一日約千円の売高あり、約二割程度の利益を得て生活するのであるが、一ヶ月の収入では生活を保持することは出来ない。

三　右の如き事情であるから歇むなく違反と知りつゝ妻と三人の子供を抱え生活費を得可く、本件犯行を重ねたのであるが事情誠に同情に値するものがある。

四　岡山地方裁判所は同被告に罰金四万円を併科したのであるが、此の罰金は同被告に関する限り到底支払の能力なく、相当重課である。

即前掲佐藤被告、岡被告の場合罰金の多額を以て相当の重課と認め（本件被告等に関する限りに於いて）刑の量定重しとする理由である。

以　上

昭和二六年(あ)第四八三二号

判決

本籍並びに住居　愛知県中島郡朝日村大字上祖父江字南外山八三番地
肥料商
小塚章逸
明治四一年一〇月一九日生

右の者に対する詐欺、物価統制令違反被告事件について昭和二六年一〇月一〇日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

原判決を破棄する。
被告人を懲役一年に処する。
但し本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予する。
当審における訴訟費用は被告人の負担とする。
本件公訴事実中物価統制令違反の事実について被告人を免訴する。

理由

弁護人佐藤正治の上告趣意は刑訴四〇五条に当らない。
職権をもつて按ずるに、本件公訴にかかる物価統制令違反の犯罪（一審判決認定第一の事実）については昭和二七年政令第一一七号大赦令により大赦があつたのでこの点において原判決は破棄すべきものである。

一二月二三日判決　昭和二六年(あ)第四八三二号　一

一二月二三日判決　　昭和二六年(あ)第四八三二号

よつて刑訴四一一条五号、四一三条但書、三三七条三号により当裁判所は次のとおり判決することとする。

一審判決が証拠により確定した判示第二の事実について刑法二四六条一項を適用し、右は同法四五条前段の併合罪の関係にあたるから同法四七条、一〇条により法定の加重をした刑期範囲内で被告人を懲役一年に処すべく、諸般の情状により同法二五条に従い本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予すべく、訴訟費用の負担につき刑訴一八一条を適用し、本件公訴事実中物価統制令違反の事実については被告人を免訴すべきものとし主文のとおり判決する。

この判決は裁判官全員一致の意見である。

検察官　岡琢郎出席

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第四八三二号

弁護人佐藤正治の上告趣意

被告人　小塚章逸

第一点　刑事訴訟法第四百十一条第三号の発動を求める。

原審は被告人に対し懲役二年及び罰金五万円の刑を科し（懲役刑四年執行猶予換刑一日五百円）である。

然し乍ら物統違反の点については其の動機配給肥料のへん在を是正する役割を果し、其の手数料は殆んど公共に寄附しており其の後右物件に対しては全面的に統制が廃止されているし、詐欺の点は事実を進んで認め其の被害を凡て弁償して実害のない案件であり。

被告人は其の後夢醒め改悛し更生している。之等に記録上の情状を綜合するときは、原審の刑は未だ不当というの外なく殊に物統違反に対する罰金は客観的事情変更を看過したもので宜しく正義の為是正され度し。

以上

昭和二七年(あ)第六八九号

判　決

本　籍　鹿児島県熊毛郡上尾久村永田一二九九番地
住　居　静岡県富士郡元吉原村鈴川五二五番地
製紙職工　藤原けい
明治四三年七月二八日生

右の者に対する食糧管理法違反被告事件について昭和二六年一〇月二九日東京高等裁判所の言渡した判決に対し、原審弁護人古明地為重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

第一審判決及び原判決を破棄する。
被告人を罰金五千円に処する。
右罰金を完納することができないときは金二百円を一日に換算した期間被告人を労役場に留置する。
押収にかかる換価金二千八百二十円二十銭を没収する。
一審及び当審における訴訟費用は被告人の負担とする。
本件公訴事実中大豆及びささげに関する食糧管理法違反の点について被告人を免訴する。

理　由

被告人本人及び弁護人田野功の上告趣意は末尾添附の別紙記載のとおりである。

一二月二三日判決　　昭和二七年(あ)第六八九号

一

一二月二三日判決　昭和二七年(あ)第六八九号

所論はいずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

職権をもつて按ずるに本件公訴にかかる大豆及びささげに関する食糧管理法違反の犯罪については、昭和二七年政令第一一七号大赦令により大赦があつたので、この点において原判決及び第一審判決は破棄すべきものである。

よつて刑訴四一一条五号四一三条但書三三七条三号により当裁判所は次のとおり判決することとする。

一審判決が証拠により確定した判示第一、第三、第四、の事実について食糧管理法三一条九条同法施行令一一条同法施行規則二九条、罰金等臨時措置法二条を適用し以上は刑法四五条前段の併合罪であるから所定刑中罰金刑を選択し同法四八条二項に則りその合算金額の範囲内で被告人を罰金五千円に処すべく、右罰金不完納の場合の労役場留置について同法一八条を、没収につき同法一九条を、訴訟費用の負担につき刑訴一八一条を適用し、本件公訴事実中大豆及びささげに関する食糧管理法違反の事実については被告人を免訴すべきものとし主文のとおり判決する。

この判決は裁判官全員一致の意見である。

検察官　大津民蔵出席

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

被告人の上告趣意

被告人　藤原けい

一、被告人の夫藤原和夫（当四十八年）は、今より八年前に於て琉球沖縄島に於て生別致し、且つ被告人は夫れ以来、子供四人を擁し引き連れ（当十八年の娘、外に十六年、十四年、十一年でありまして、内一人は他へ奉公致し居り、他の三人は学校へ通学し居り）、共に労苦に堪え忍んで辛うじて今日迄、実に被告人は所謂文字通り貧困なる生活を致して居ります。従つて動、不動産、其の他預、貯金等は更に無之者で、真の赤貧者であります。

一、斯かる状態でありますから、若し今回被告人が体刑等を科せらるるに於ては被告人の一家は悲惨の極であり、尚お家族子供四名は路頭に迷い、離散する事は明らかでありますから、今後は再度斯かる行為は致しませんから、何卒今回限り、御上司に於て何分の御同情を得て、何卒特別の御処置、且つ寛大なる御処置相成度候。

茲に欠礼をも顧みず、甚だ申兼ねたる次第には候え共、一掬の御憫情を垂れて罰金刑を科せられ度候。

然る上は、一家の嬉びは何を以てたとえ様もありません。其の高恩は永久に忘却致しません次第で、今後精々働き、御高恩に報い、倹約に倹約を致し御完納致しますから、何卒此の事一途に御聴許御仰ぎ度、何分の御処置、御聴済の程、茲に再拝、以て伏して懇願致す次第であります。

以上

昭和二七年(あ)第六八九号

被告人　藤原　けい

弁護人田野功の上告趣意

一、原判決は判決に影響を及ぼすべき法令の違反があつて之を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められるから破棄されなければならないものと思う。

理由、本件の原審公判の期日に関して被告人に対して原審裁判所東京高等裁判所第九刑事部から「公判期日召喚状」（記録第百弐拾丁）が発せられている（然して公判期日は右召喚状に示した昭和二十六年十月五日を更に延期して同月十五日に施行せられたが）被告は召喚を受けたにも拘らず出頭しなかつた原審裁判所は被告人不出頭のまゝ公判を開廷し結審をした前述の召喚を受けた被告人が出頭しないのに公判を開廷することは刑事訴訟法第三百九十条但書の規定に照して同法第四百四条に依つて準用される同法第二百八十六条の違反となるから原審公判の開廷は法令の違反があつて更に之は原審裁判所に於て被告人の出頭がその権利の保護のため重要であること認めて被告人の出頭を命じたにも拘らずその被告人の出頭のないのに開廷したということは判決に影響を及ぼすべきものであり且之は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。

刑事訴訟法第三百九十条の本文の規定は控訴審に於ては被告人は公判期日に出頭することを要しないことを定めているが但書として裁判所は五千円以下の罰金又は科料にあたる事件以外の事件について被告人の出頭がその権利の保護のため重要であると認めるときは被告人の出頭を命ずることができると明記している仍て右出頭が命令された以上は被告人としては出頭の権利義務を有することになり万一不出頭の場合は前述の如く刑事訴訟法第二百八十六条に依り開廷が出来ない理である東京高等裁判所の慣行は被告人に対して「公判期日召喚状」という印刷された文書を以て公

判期日を通知し併せて被告人に「出頭されたい」と言つて更に「但し必ずしも出頭に及ばない」と言つているが前記「公判期日召喚状」が文字通り召喚状であるならば右の但書は無意味のこととなる苟も裁判所が被告人の出頭を必要なりと認めて召喚状を発したのにも拘ず被告人の不出頭のまゝ公判を開廷するということに付ては裁判所の考へ方にも矛盾を生ずることになるといわなければならない。

右の次第であるから原判決は到底破棄されなければならないものと思う。

以　上

昭和二七年(し)第七九号

決　定

釧路市入舟町四丁目三番地　浜理作方

特別抗告人　中　原　良　一

右弁護人　泉　　功

右中原良一に対する刑の執行猶予取消請求事件について昭和二七年九月九日札幌高等裁判所がした刑の執行猶予取消決定に対する抗告棄却決定に対し抗告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

本件特別抗告を棄却する。

理　由

弁護人泉功の特別抗告趣意について。

所論は憲法違反を主張するがその実質は単に本件執行猶予取消決定が適法であるとする原決定を非難するに過ぎないものであつて刑訴四三三条に定める適法な特別抗告理由とは認められないから論旨は採用し得ない。

よつて同四三四条四二六条一項により全裁判官一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井　上　登

裁判官　島　保

裁判官　河　村　又　介
裁判官　小　林　俊　三
裁判官　本　村　善太郎

○昭和二七年(し)第七九号

抗告申立代理人弁護士泉功の特別抗告の申立

抗告申立人　中　原　良　一

第一　本件決定は個人の自由を無視し人権を侵犯した即ち憲法違反である。

憲法第十一条以降の条文に基本的人権の享有、自由と権利の保持、個人の尊重に基き生命、自由及び幸福の追求に対する国民の権利を規定して居る。

依つて本件の如きは法を濫用し基本的人権を無視したものであるから原裁判所の為した決定は取消され申立人の刑は当然執行を免除せられるべきものであると信ずる。

第二　申立人は昭和二十三年十一月十八日福井地方裁判所に於て恐喝罪に依り懲役十月（五年間刑の執行猶予）に処せられたが右の期間中更に同二十五年三月一日甲府地方裁判所に於て横領罪により懲役一年二月に処せられたものであるが右後者の刑の執行中申立人はしばしば執行刑務所々長に対し前者の刑も受けるべく手続方を具申して居た処終に実現されずそのまゝ出所したもので其の再生の道に励げんで居た前記住所地に突然執行猶予取消の決定が送還されたものである。従つて申立人が後者の刑の執行中に取消を為さずその執行を終了してより数ヶ月を経たる今日かゝる不当な決定を為したと云ふ事は当時刑の執行猶予取消を請求すべき検察官側の怠まんに依つて生じたもので申立人が如何に法律上執行を受くべき義務ありとは云へ申立人の責に帰さしむべきことは人権擁護の立場からも許されないと思料するものである。

第三　然るに原裁判所は決定に掲げた理由として『しかして刑の執行猶予の取消を為すべき期間について別段の規定がないから――後者の刑の執行の前後を問はず前者の刑の執行猶予を取消得るものと解すべきである』依つて右を判断するに『期間に付いて別段の規定がない』から後者の刑の執行終了後であつても刑の執行猶予期間中であればいつにても前者の

刑執行猶予言渡取消は出来得るものと解される。

然しながら通常裁判所が執行猶予期間中の者に有罪判決を言渡し右判決が確定すれば検察官は直ちに前者の刑執行猶予言渡の取消請求を裁判所に為すことは全国の一貫した慣例法となつて居る。従つて本件の如く後者の刑の執行を終り相当月日が経過してから前者の言渡を取消などと云ふらんぼうな手続は全国を通じても見られない。

蓋し基本的人権の擁護に立脚した法治国としてかゝる不当な執行方法は許さるゝべきでないと解すべきである。

第四　申立人の前者の刑の執行猶予期間の満了日は昭和二十七年八月二十四日であり事実上期間は満了し、然も申立人が自力更生の道を求めて現住所地に移転し真面目な家庭人として立派に更生して居る現在当然憲法の規定に立脚して原裁判所の決定は取消さるゝべきものと信ずる。

以　上

○昭和二七年(し)第八三号

決　定

東京都港区芝白金今里町九二番地

申立人弁護人　増　田　伝　吉

被告人山川一郎に対する賭博被告事件について、昭和二七年一一月五日東京高等裁判所がした正式裁判請求権回復請求並に正式裁判請求棄却決定に対する抗告棄却決定に対し右申立人から特別抗告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件抗告を棄却する。

理　由

抗告申立理由第一点について。

所論はいわゆる略式手続が憲法三七条一項二項三八条三項等に違反する旨主張するのであるがその然らざる所以は当裁判所大法廷判決の示すところである。（昭和二三年(れ)第八六八号同二四年七月一三日大法廷判決集三巻八号一二九〇頁参照）それ故論旨は理由がない。

同第二点について。

所論は独自の誤れる刑訴法の解釈を前提として違憲論を主張するもので前提を欠くものである。

よつて刑訴四三四条四二六条一項により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和二七年一二月二三日

一二月二三日決定　　昭和二七年(し)第八三号

一二月二三日決定　昭和二七年(し)第八三号

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上　登
裁判官　島　保
裁判官　河村又介
裁判官　小林俊三
裁判官　本村善太郎

昭和二七年(し)第八三号

弁護人増田伝吉の特別抗告申立

被告人山川一郎

第一点　略式手続は日本国憲法の規定に照して之を考うれば違憲の手続である、即ち(1)被告人が公開裁判を受ける権利を侵害し(2)証人尋問権をうばい（以上憲法第三十七条一項及二項の規定に違反）(3)自白を唯一の証拠として犯罪事実を認定することができないものとする規定をくぐることになる（憲法第三十八条三項の規定に違反す）等多くの観点より見て全く憲法違反の手続である、旧刑事訴訟法施行当時に於てさへ略式手続は違憲の疑があつたほどであつて民主主義を基調とする日本国憲法の施行以後は当然に廃止すべき手続である。然るに旧刑事訴訟法に代つて現行刑事訴訟法が立法されるに当つて多少其の規定に変更を加へたとしても公判裁判とは全く性質を異にする略式手続を殆んど旧刑事訴訟法の略式手続と同様の規定内容を以て現行刑事訴訟法の第六編として定めたことは全く違憲の立法である故に此略式手続は更に立法により廃止すべきが至当であつた。然れども現在は尚現行法規として存するを以て或場合の事案によつては検察官より略式命令の請求があり得るであろう。斯る場合に裁判所が憲法に違反せざるよう採り得る措置としては刑事訴訟法第四六三条の規定に従つて事件を通常の規定によつて公判手続に移して審判するようにすれば其裁判自体は違憲の誹りを免かれ得るであろう。本件の賭博被告事件について見れば東京簡易裁判所は略式手続によつて被告人を罰金二千円に処する旨の裁判をした、日本国憲法の規定に照して違憲の裁判と思ふ。原審裁判所も被告人抗告を棄却した、その抗告棄却の理由として説示するところも略式手続を違憲の手続にあらずという観念を前提としたる論述である、以上東京簡易裁判所の為したる略式手続による裁判及原審たる東京高等裁判所の抗告棄却の決定は何れも日本国憲法第三十七条第一項、第二項及第三十八条第三項の規定に反する違憲の裁判である、人権擁護を精神とする日本国憲法の下に於ては略式手続は全く違憲の手続であ

る故に略式手続を廃止すべき気運を促進する為に最高裁判所は略式手続の違憲性を主張する議論に対し慎重に考　せられて違憲立法審査権の行使に一歩前進せられんこと望んで止まないのである。依つて前述の通りの抗告趣意を理由の第一点として提出す。

第二点　刑事訴訟法中の第六編略式手続の規定が仮に違憲立法の非難を免れ得るとしても、原決定は左に論述する通りの違憲の裁判である。昭和二十六年八月十六日に原審に申立てたる即時抗告に於て抗告人の弁護人は其の即時抗告の理由として（前略）抑々略式手続は新憲法施行後に於ては公開裁判を受けるの権利を侵害し、証人尋問請求権を奪い自白を唯一の証拠として犯罪事実を認定するなどの理由により違憲のものであるから新刑事訴訟法の立法の際その非難を考慮して正式裁判請求期間の起算点について旧法と立言を異にし「告知を受けたる日から七日以内と規定し旧法の到達主義を捨て了知主義を採つたものと解するのである。旧法のように正式裁判請求の起算点を略式命令送達の日とするとその後七日内では被告人が旅行その他の事由で数日間不在の場合、被告人不知の間にその期間が経過することが多かろうと思はれるのでこのやうなことは人権擁護を精神とする新憲法の看過できないところであつて新法が右のように了知主義を採つたものと解することにより人権擁護も一歩前進することになるのである。しからば被告人が原裁判所になした昭和二十六年七月十九日附正式裁判請求書の提出は期間内になした適法の請求であるから、被告人の本件正式裁判請求権回復請求並に正式裁判請求はこれを許すべきものであるにかゝはらずいずれもこれを棄却した原決定は法律の解釈を誤つたものである。仍て原決定を取消し更に相当の裁判を求めるため本件抗告に及ぶ」といふ趣意を述べているのである。然るに原裁判所は略式命令に対する正式裁判の請求の期間の起算点に関し旧刑事訴訟法第五二八条第一項の規定中にある送達なる語と新刑事訴訟法第四六五条の規定中の告知なる語とを原裁判所独自の解釈を以て全く同義のものとしているのであるが、いやしくも旧法の規定に送達とあるのを新法に於て告知と改めたところを見れば、そこに意義の相違するものあることを推則し得るの

である、新刑事訴訟法が民主主義を基調とする日本国憲法の下に於て幾多の人権尊重の規定を旧刑事訴訟法よりも充実して定めたる立法の精神より深く考慮すれば右の如き告知なる語は従前の到達主義に代つて了知主義を採用したるものと解釈してこそ刑事訴訟法第一条の規定の趣旨に適合し延いては日本国憲法の人権尊重の精神に合するものとなるのである。以上の論述を前提として、被告人が昭和二十六年七月十九日に正式裁判の請求書を提出したことは適法であつたのである。然らば本件の被告人の東京簡易裁判に提出したる本件正式裁判請求権回復請求並に正式裁判請求は之を許すべきものであるのに拘わらず東京簡易裁判所はいずれもこれを棄却したるのは日本国憲法の人権尊重の精神に反し違憲の裁判である。それ故にこの違憲の裁判を正しきものと是認して原審が抗告裁判所として本件の即時抗告を棄却したることも前示東京簡易裁判所の裁判と同様に人権を尊重せざる違憲の裁判である。

この論断を補強する為めに抗告人の弁護人が原審に提出したる即時抗告の申立書に記載したる抗告理由の要旨はすべて茲に之を引用する。以上論ずるところを以て本特別抗告の理由の第二点とする。

以　上

昭和二七年(し)第八五号

決　定

松本市片端町一七二番地

特別抗告人（弁護人）　中　島　万　六

被告人百瀬勝義に対する賍物故買被告事件について昭和二七年一一月二〇日東京高等裁判所のなした裁判官の忌避申立却下決定に対する抗告棄却の決定に対し右の者から特別抗告の申立があつたので当裁判所は次のように決定する

主　文

本件特別抗告を棄却する。

理　由

本件特別抗告申立の理由について。

憲法三七条一項にいわゆる「公平な裁判所の裁判」とは構成その他において偏頗の惧のない裁判所の裁判という意味であることは既に当裁判所屢次の判例とするところであつて抗告理由第一点において主張するように原決定が右にいわゆる公平な裁判所の裁判に該当しないと認めるべき事由は記録上一つも存しない。そしてその余の所論は憲法違反の主張はしていてもその実質は原決定に対する単なる非難に過ぎないのであつて刑訴四三三条に規定する特別抗告の理由に当らない。それ故所論はすべて採るを得ない。

よつて刑訴四三四条四二六条一項に則り裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所第三小法廷

一二月二三日決定　　昭和二七年(し)第八五号

裁判長裁判官　井上登
裁判官　島保
裁判官　河村又介
裁判官　小林俊三
裁判官　本村善太郎

弁護人中島万六特別抗告申立

第一点　原決定は憲法第三十七条に違反する。

原決定は「よつて按ずるに所論被告事件の記録中松本簡易裁判所の第三回公判調書によれば、検察官から被告人の司法警察員及び検察官に対する各供述調書の取調を請求したところ、主任弁護人はその任意性を争つて証拠調に対し異議を申立て且証拠とすることに同意しなかつたところ、裁判官はその採否を留保した儘被告人尋問を行ひ……（中略）……等の質問を行つていることを認めるに足りる。即ち所論のように検察官の証拠調請求に先だち裁判官が検察官に対し右各供述調書を提出させて閲読したことはこれを認め得ない」と判示してゐるが、右は全く事実に相違してゐる。

真実は「裁判官に対する忌避の原因疎明提出書」添付の「証明書」記載の通り、昭和二十七年十月十五日右被告事件の第三回公判に於て、証人永田一枝外一名に対する証人尋問終了直後、裁判官は右証人等の証言により公訴事実の証明が得られないとみるや、未だ検察官が証拠調の請求をしないのに拘らず進んで検察官に対し勿論弁護人の意見を徴することなく、被告人の司法警察員並に検察官に対する各供述調書の提出を命じ且つ之を閲読したものである。

すなはち原決定は第一審公判調書を精査せずして殊更に之を曲解し、弁護人提出に係る前記「証明書」の内容を無視し、被告人に対し不利益且つ真実に反する事実を認定して居るのであつて、真に不公平な裁判と謂ふべきである。原決定は憲法第三十七条の保障した刑事々件に於て公平な裁判を受ける被告人の権利を蹂躙したもので違法と謂ふべく取消さるべきものと信ずる。

第二点　原決定は憲法の解釈に誤がある。

被告人　百瀬勝義

仮りに原決定認定の如く、訴訟記録上「所論のように検察官の証拠調請求に先だち裁判官が検察官に対し右各供述調書を提出させて閲読したことはこれを認め得ない」としても、原決定は裁判官が証拠調の採否を留保した儘右各供述調書を閲読し且つ続いて被告人に対し質問を行ひ、その際裁判官は「被告人は自分のいつたことと違うことが供述調書に記載されていてもそれに署名捺印したというのか、被告人はもつと真面目に答へたらどうか」との質問をしてゐる事実を認定してゐるのである。

而して当時は未だ被告人側申請の証拠調も為されて居らず、且つ前記証人永田一枝外一名の証言によるも被告人の答弁が虚偽に出でたものとは全く認められず、寧ろ真実を語るものと認められるに拘らず、裁判官は擅に被告人の供述調書を閲読した上、恰も検察官の地位にあるかの如き態度で被告人に対し「もつと真面目に答へたらどうか」等と、既に被告人に対し犯罪事実を認定したかの如き言葉を発し且つ被告人に公訴事実を認めさせやうとする態度を示したことは、明かに不公判な裁判をする虞あるものと謂ふべきであつて、原決定の云ふ如く「裁判官の前記措置は、被告人の右各供述調書の任意性、信用性等を取調べ、これに証拠能力を認めてよいか否かを定める手段の一つとして採られたものであると解す」べきではない。

抑も原決定の云ふ如き証拠能力の判定の為には、当時既に弁護人がその任意性を争つて居る以上、右各供述調書の作成者又は立会人を証人として尋問し（同日検察官は証人として右各調書の作成者又は立会人である小池保則外二名の証人申請をして居る）、然る後更に必要があれば被告人に対し質問をなして供述調書の証拠能力を判定すべきである。憲法は第三十七条に於て、刑事々件に付き公平な裁判を受ける権利を国民に保障し、その為に刑事訴訟法は第三百十七条以下に於て厳重な証拠調の方式を規定してゐるのである。殊に刑事訴訟法第三百十九条、第三百二十二条は所謂被告人の自白調書に対する証拠能力に疑の挿む余地ある場合は挙証責任の原則上、必ずその

の任意性、信用性を検察官をして立証せしめなければならず、その立証がなされた上で尚不審あるときは裁判官の被告人に対する質問が許さるべきである。

若しそれ原決定の所論の如く、検察官の任意性立証前に裁判官の被告人に対する質問が許されるとするならば、裁判官は本件宗田裁判官の如く、どこまでも被告人を責めて任意性に対する自白を求めやうと努力することゝなり、その結果、被告人に対する質問の間におのづから、被告人に対し犯罪の予断を抱くやうになることは必然の理である。斯ることを防止せん為に刑事訴訟法は第三百十九条、第三百二十二条の規定を設けて居るのである。

以上の如く原決定は憲法第三十七条の解釈を誤り前掲刑事訴訟法の規定に反した違法なる裁判官の措置をたやすく適法なものと解し、弁護人のなした抗告を棄却したのは違法であり、当然取消さるべきものと信ずる。

以　上

昭　四年(れ)第一二五七号

判　決

本　籍　長崎県南松浦郡青方村奈摩郷二一番地
住　居　小倉市鋳物師町三一番地
船　乗
坂本こと
永　田　春　吉
明治三九年一月一〇日生

右に対する銃砲火薬類取締法施行規則違反被告事件について昭和二四年二月一〇日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し被告人の原審弁護人清水正雄から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。
被告人を免訴する。

理　由

職権により調査すると、原判決は、被告人が銃砲火薬類取締法施行規則第二二条所定の者でないのに、昭和二二年八月二二日頃火薬類であるダイナマイト一九本及び緩燃導火線約四八尺を肩書自宅で所持していたとの事実を確定し、これに対し、明治四四年勅令第一六号銃砲火薬類取締法施行規則第二二条第四五条を適用処断しているのであるが、右規則第四五条は昭和二二年法律第七二号「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律」第一条によつて、昭

一二月二四日判決　昭和二四年(れ)第一二五七号

和二三年一月一日以降は国法として効力を失つたものであることは、昭和二五年(れ)第七二三号同二七年一二月二四日言渡の当裁判所大法廷判決の判示するとおりである。してみれば既に失効した右規則第四五条を適用して被告人を処断した原判決は失当であつて、弁護人清水正雄の上告趣意について判断するまでもなく、破棄を免れない。

よつて、刑訴施行法第二条、旧刑訴第四四七条により原判決を破棄し、同第四四八条に則り更に判決するのであるが、本件は犯罪後の法令により刑の廃止があつたときにあたるから、旧刑訴第四五五条第三六三条第二号に従つて被告人を免訴すべきである。

よつて主文のとおり判決する。

裁判長裁判官長谷川太一郎は退職、裁判官穂積重遠は死亡につき合議に関与しない。

この裁判は裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官　長谷川瀏関与

昭和二七年一二月二四日

最高裁判所第三小法廷

裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

弁護人清水正雄の上告趣意

第一、原判決は法令の解釈を誤つたか又は審理不尽の違法あるものと信ずる。

即ち原判決の認定した犯罪事実によれば「昭和二十二年八月二十二日頃火薬類であるダイナマイト十九本緩燃導火線約四十八尺を肩書自宅で所持していたものである」と言ふにあるが、本件は所謂銃砲火薬類取締法施行規則に言ふ処の、火薬類には該当しないものと思料するのである。

(一)　被告人は大東亜戦争が開始されると同時に所有船と共に船長として徴用せられて居つたのであるが、昭和十六年頃本件ダイナマイトを機関手が船の焼玉の発火に使用するのに必要であるから買つて呉れと言ふ事であつたので、之を買受けて機関手に手渡して居つたものであるが、其の後被告人としてはそのダイナマイトは機関手が全部使用してしまつて居るものと思つて居つたので之が今回発見されるまでは、左様なものがあると言ふ事は全然知らなかつた処が次の様な事情で被告人の倉庫にあることが発見せられその時初めてそのダイナマイトが今迄あつたのかと言ふことが判つたのである。

この本件のダイナマイトと言ふものは船の機関の焼玉の発火に使用するもので現在でも市中の店で公然と（許可不必要）一箱（百本入）三百円位で販売して居るもので、船を所有するものは之を買つて使用して居るのであつて実物は丸い円筒で長さ約七糎円の直径約一糎大のもので何等危険性のあるものではないのである。

(二)　本件導火線約四十八尺は被告人が昭和二十年七月頃藍島の沖合で貨物船が沈没したので、其の船を救助に行つた際、海水に浸つて居り使用不能となつて居つたので船の帆の紐にでも使用する積りで勿体ないと思つて拾つて帰つて来たも

被告人　永田春吉

ので之を紐に使用したりして残つて居つたのである。

全くの廃物で導火線としての本来の使命なく其の性質を失つて居るものである。

(三) 果して然らば本件ダイナマイト及導火線は銃砲火薬類取締法施行規則に言ふ処罰の対照たる所謂火薬類に該当するものではないと言はねばならぬ。

然るに原判決は此の点を看過し事実の取調を為さず漫然と原判決摘示事実の様に、認定したのは明かに審理不尽か又は法令の解釈を誤つて不当に法令を適用した違法あるものと言はねばならぬ。更に進んで原判決の法律の適用を見ると被告人の判示所為は銃砲火薬類取締法施行規則第二十二条第四十五条に該当するので言々とあつて其の根本たる本件物件に対する法令の明示がない。

即ち同規則第二十二条は、除外例を規定したものであり同第四十五条は刑の量定を規定したものに過ぎない。して見れば此の点に於ても原判決は法令違反の違背あるものと言はねばならぬと信ずるものである。

第二、右の様な事情で本件ダイナマイト及導火線が被告人の手に入り殊に前記の通りダイナマイトに付ては被告人は全然あることを知らなかつたものであるが、昭和二十二年七月十七八日頃施行された大掃除の際、初めて倉庫の片隅から斯様な物件のあることが発見せられたので被告人は直ぐ自分の子供（永田稔）に命じて捨てさせたのである。其処で被告人としては子供が捨てゝ呉れたものと信じ安心して其の夜十二時頃漁業の為船に乗つて山口県の三島に行つて留守をして居つたのである処が子供が其の物件を捨てずに其の儘にして居つた為盗人が入つてダイナマイトを入れて居つた袋を持出し附近の道端に遺棄してあつたのを又隣家の人が拾つて（其の袋は奉公袋で被告人の氏名が書いてあるもの）被告人方に届けて呉れたので被告人の妻がダイナマイトが入つて居ることを知らずに之を受取り保管して居つたのである。

被告人方に右の如く盗難があつたので警察署に届出でをした結果警察署から警察官が実況見分に来た際、本件物件のあ

ることを発見せられ、MPに密告せられた模様で家宅捜索を受け漁業に出て留守であつた被告人は電報で呼戻され本件となつたものである右の事実を立証する為鑑定並に被告人の子供永田稔、被告人の妻永田ヤエを証人として申請した処、何れも其の必要なきものとして却下せられた。斯様な場合は犯罪成立要件の一たる被告人に犯意がないと言はねばならぬ。

即ち罪となるべき事実の認識予見がない被告人は子供に遺棄する様命じて居つたので既に捨てゝ居るものと信じてゐたのであるから刑法第三十八条に所謂罪を犯す意なき行為は之を罰せずに該当するものであつて被告人に対し本件犯罪は成立しないものと信ずる。

更に被告人は本件物件を所持せなければならない何等の理由もないのであつて若し本件物件があることを知つて居るならば法令で所持を禁止されて居ることを知つて居るので当然関係当局へ届出提出すべき筈のものであつたが前叙の通り此の点に大きな錯誤があつたのである。

一般にこの錯誤なかりせば、かくの如き犯罪行為を敢て企つるに至らざりしなるべしと言ふ関係の存するときは犯意の成立を阻却するのであるから本件は正に之に該当し、此の点から言つても犯罪を構成しないものと思料する。

又斯る事案に対して社会的に非難することは不可能ではないか、行為当時に於ける具体的情況上行為者に対して到底其の行為に出でないことを期待し得なかつた様な場合に於ては、道義的責任の観念上故意の責任を帰することは出来ないと言はねばならぬ。

之等の諸点からして本件は無罪であると信ずるものである。

原判決は此の点を主張したのに対し判断を遺脱して居り此の点に於ても法令違反がある。

第三、原判決は採証の法則を誤つた違法がある犯罪事実の証拠として被告人の公判廷に於ける供述を採用して居り此の外に何等証拠を援用して居らぬ。して見れば之は日本国憲法の施行に伴ふ刑事訴訟法の応急的措置に関する法律第十条第三項

「何人も自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には有罪とされ又は刑罰を科せられない」と言ふ規定に明らかに違反するものである。

第四、本件の如き銃砲等は昭和二十三年五月末日迄に提出届出をすればよいのであるから本件物件を押収された事は提出したことになる。仮令任意提出にあらずとするも押収された時から提出期日迄は相当の期間があるのであつて若し、押収されなかつたならば提出期日迄に提出出来たのである。

提出期日迄に押収されなかつたものは所持して居つても処罰されず押収されたものは提出期間内であつても処罰されると言ふことは著しく不公平である。

提出期間を過ぎて提出しなかつたものが処罰されることは致方ないとしても、本件の如く提出期間が相当あるものを単に押収されたと言ふ一事を以て処罰の対象とすることは著しく公平正義の観念に反するもので罰すべきものでないと信ずる。

第五、以上の諸点からして原判決は到底破毀を免れないものと信ずるものである。

以　上

昭和二五年(れ)第七二三号

判　決

本　籍　長崎県上県郡峰村大字志多賀五五九番地
住　居　長崎県下県郡厳原町大字宮谷一七七番地
　　鍛冶職　小田藤次郎　明治三九年一一月一八日生

右の者に対する銃砲火薬類取締法施行規則違反被告事件について、昭和二三年七月二七日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し、弁護人から上告の申立があつたので、当裁判所は刑訴施行法二条に則り次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。
被告人を免訴する。

理　由

弁護人阿比留兼吉、同佐々木日出男、同早田福蔵及び同佐々木日出男の各上告趣意について。

本件において火薬類の所持を処罰したのは、明治四四年勅令一六号銃砲火薬類取締法施行規則（以下施行規則という）二二条、四五条を適用したものである。

同規則は日本国憲法施行前制定された命令であるが、日本国憲法施行前の命令の新憲法施行後における効力については、昭和二二年法律七二号日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律（以下法律七二号という）が

一二月二四日判決　　昭和二五年(れ)第七二三号

制定され、この法律は日本国憲法施行の日から施行された。そして、その一条においては、「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定で、法律を以て規定すべき事項を規定するものは、昭和二十二年十二月三十一日まで、法律と同一の効力を有するものとする」と定めている。右規定にいわゆる「法律を以て規定すべき事項」とは、旧憲法下における ものではなく、新憲法下において法律を以て規定すべき事項を意味するものと解するを相当とする。しかるに、憲法七三条六号によれば、法律の規定を実施するために政令を制定する内閣の権限を認めると共に、「政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない」と定めている。別の言葉でいえば、実施さるべき基本の法律において特に具体的な委任がない限り、その実施のための政令においては罰則を設けることを得ないのである。すなわち、罰則を設けることとは、特にその法律に具体的な委任がある場合を除き、新憲法下においては法律を以て規定すべき事項であつて、従つて、また法律七二号一条にいわゆる「法律を以て規定すべき事項」に該当するのである。

さて、本件前記施行規則において実施を定めている基本法律である明治四三年法律五三号銃砲火薬類取締法一四条二号においては、「銃砲、火薬類ノ取引、授受、使用、運搬、貯蔵、其ノ他ノ取扱」に関し必要な規定は命令を以て定める旨を規定している。そして、この委任に基ずき、前記施行規則二二条は、特に列挙した例外の場合を除き、原則として火薬類の所持を禁止した。そして、同四五条は、この二二条の規定に違反し火薬類を所持する者は、一年以下の懲役又は二百円以下の罰金に処する旨を規定しているのである。しかしながら、このように命令で罰則を規定し得るがためには、新憲法下においては、基本たる法律において具体的に委任する旨の規定の存在することを必要とすることは上述の通りであるが、前記取締法一四条二号の規定による命令、すなわち前記施行規則二二条に違反した者に対し命令を以て罰則を設けることができる旨を特に委任した規定は、基本法である法律の中のどこにもこれを発見することができない。（なお、前記施行規則四五条の罰則は、明治二三年法律八四号命令の条項違犯に関する罰則の件の委任によつて設けられたものと認められる。しかし、右

法律八四号は広範な概括的な委任の規定であつて新憲法下においては違憲無効の法律として新憲法施行と同時に失効したものということができるし、また現実に明文をもつて法律七二号三条で新憲法施行と同時に廃止されている。それ故、新憲法施行後においては、前記施行規則四五条の罰則を設けることについては法律の委任は全然存在していないのである。）

よつて、前記施行規則四五条で火薬類の所持に対し罰則を設けている規定は、法律七二号一条にいわゆる「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定で、法律を以て規定すべき事項を規定するもの」に該当するわけであり、従つて昭和二二年一二月三一日までは法律と同一の効力を有するが、昭和二三年一月一日以降は国法として効力を失うものと言わなければならぬ。されば、弁護人佐々木日出男の上告趣意第二点については判断するまでもなく、本件火薬類の所持については、その行為当時（昭和二一年七月上旬頃ないし同二二年一月中旬頃）及び第一審判決当時（昭和二二年七月二九日）には前記施行規則四五条という刑罰法規が存在していたが、原判決当時（昭和二三年七月二七日）においては該刑罰法規は失効し犯罪後の法令により刑の廃止ありたるときに該当するから、原審は旧刑訴三六三条二号、四〇七条により免訴の言渡をすべきにかかわらず有罪の言渡をした違法がある。論旨は理由があり、原判決は破棄さるべきである。

よつて旧刑訴四四七条により原判決を破棄し、同法四四八条により更に判決すべきものであるが原判決の確定した銃砲火薬類取締法施行規則違反の事実については、前叙のように犯罪後の法令により刑の廃止があつたものであるから旧刑訴四五条三六三条二号によつて主文のとおり被告人に対し免訴の言渡をなすべきものである。

この判決は裁判官斎藤悠輔の反対意見を除き裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官斎藤悠輔の反対意見は、次のとおりである。

憲法九八条一項の規定は、旧憲法時代の法律、命令等の内容、実質が新憲法の条規に反する場合はその効力を有しないことを規定したにとどまり、その法律、命令等の制定の形式が新憲法の条規に反する場合を含まないものであることは、既に

当法廷屢次の判例である。されば、明治二三年九月一八日法律八四号「命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件」が「命令ノ条項ニ違犯スル者ハ各其ノ命令ニ規定スル所ニ従ヒ二百円以内ノ罰金若ハ二年以下ノ禁錮（明治四一年一〇月一日刑法施行後は、刑法施行法一九条一項但書により「一年以下ノ懲役又ハ禁錮」に変更）ニ処ス」と規定して、憲法七三条六号と異る立法形式の規定を制定してあつたからといつて、その規定は、憲法施行と共に当然失効するものということはできない。また、同法律によつて既に成立した本件明治四四年勅令一六号銃砲火薬類取締法施行規則四五条も同様失効するものと見ることはできない。

なるほど右施行規則の基本法である明治四二年法律五三号銃砲火薬類取締法一六条、一七条等には、同法一一条、一二条等の規定による命令違反の場合に対し罰則を設けているが、同法一四条の規定による命令違反の場合に対しては同法に罰則を設けていないこと並びに同法において特に罰則を設くべきことを命令に委任した明文のないことも事実である。従つて、同法一四条就中同条二号の規定に基く同施行規則二二条に違反した場合には、同法中の罰則によらずに、同施行規則四五条の罰則の適用を受けることゝなるのである。この点に関し、多数説は（必ずしも意見が一致せず且つ特に言明を避け、従つて、明確を欠くけれども、）同施行規則二二条は、同取締法一四条の委任に基く法律と同一の効力を有する規定であるが、同四五条は、法律の具体的な委任がなく、前記法律八四号のような広汎な概括的な委任の法律に基くから、新憲法上無効であるという考から出発するようである。しかし、そのような戦後派的考え方は、わが国の従来の立法形式を理解しない、極めて浅薄な考え方といわなければならない。なぜなら、本件についていえば、銃砲火薬類取締法がその一六条以下に罰則を設け、就中、一六条、一七条、一八条において、同法五条若は一一条、一二条、一〇条二項の規定による命令に違反した場合の刑罰を規定したにかかわらず、特に、同法一四条の規定による命令に違反した場合にだけ同法中に刑罰を設けなかつたのは、同法立法の際前記法律八四号の規定のあることを当然の前提とし、同取締法に刑罰を設けない命令違反行為（同法一

四条参照）については、暗黙に、右法律八四号による刑罰の制定をその命令（すなわち同施行規則）に委任し、特に同法律八四号所定の刑罰よりも重く処罰する必要ある場合（同法一六条、一七条参照）又は特に軽く処罰するを以て足る場合（同法一八条参照）に限り明文を以て刑罰を同取締法自体に規定したものと解するのを相当とするからである。従つて、前記施行規則四五条のごときも立法の形式からいえば特に前記取締法の委任によらず、前記法律八四号だけによつたように見えるけれども、その実質は、既に明治四三年四月一三日制定された同取締法の暗黙の具体的な委任による立派な法律と同一の効力を有する規定と解すべきものであつて決して、昭和二二年法律七二号の対照となるべき命令と見るべきものではないのである。多数説は、前述のごとく法律八四号の規定をば広汎な概括的な委任の法律で、あたかも、かつての総動員法に類するがごとく考えているようであるが、前記法律八四号は、一種の委任立法形式に過ぎないものであつて、同法律があるからといつて行政庁が得手勝手に罰則を制定し得るものではなく、実際の運用上多くは各法律制定の際その法律中に命令を以て定むべき事項を定め、その命令に違反した場合には前記法律八四号を当然の前提として暗黙にこれによつて刑罰を定むべきことを命令に委任し、且つ、現実に罰則制定の際には少くとも司法省（勅令の場合には法制局）に協議して慎重を期していたものであることは顕著な事実である。ところが、新憲法に基く地方自治法一四条五項は、「普通地方公共団体は、法令に特別の定があるものを除く外、その条例中に、条例に違反した者に対し、二年以下の懲役若しくは禁錮、十万円以下の罰金、拘留、科料又は没収の刑を科する旨の規定を設けることができる。」と規定して、ほんのちつぽけな地方公共団体に対してさえ前記明治二三年法律八四号よりも二倍以上の広汎にして概括的な罰則の制定を許容しているのである。しかるに、この新らしい自治法の規定に目を蔽い、ひたすら彼の旧い法律八四号だけを非難するがごときは、驚くべき偏見であり、笑うべき自己矛盾というべきである。

しかのみならず、多数説は、同規則二二条のごとき禁止命令規定は、同法一四条の委任に基く法律と同一の効力を有する

規定であるが、同規則四五条のごとき罰則規定は、昭和二二年法律七二号の命令整理の法律の中に含まれ昭和二二年一二月三一日まで法律と同一の効力を有しその以後は当然失効するというのである。しかし、同一の施行規則が分割され、一部の罰則規定だけは、或る期限で失効し、一部の禁止命令規定だけは、その後も依然法律と同一の効力を以て存続し、かくて制裁の伴わない禁止命令だけを徒らに空しく叫び続けるというようなことは、常識からいっても、また、右法律七二号を熟読玩味しても、到底了解することはできない。新憲法の施行に伴う法律というものは、斯くのごとく国民に解らないものであらうとは思われない。故に、多数説は、無理であり、曲解であると断定せざるを得ない。

なお、多数説は、「該刑罰法規（施行規則四五条）は失効し犯罪後の法令により刑の廃止ありたるときに該当する。」といって、旧刑訴三六三条二号を引用している。しかし、訴訟法に「犯罪後の法令により刑の廃止ありたるとき」というのは、犯罪後の法令により積極的に、すなわち明示又は黙示を以て、既に成立した刑罰を特に廃止するときを指すものである。なぜなら、罪刑法定主義に基く法治国である以上、犯罪者が行為時法によって、処罰されるのは当然であつて、行為時法によつて既に成立した刑罰法規の効果である刑罰は、その後における大赦又は法令に因つて特に消滅廃止されない限り、存続するのは当り前であるからである。しかるに、銃砲火薬類取締法並びに同法施行規則は、本件犯罪後何等廃止又は変更されることなくして存続し、ことに、昭和二五年五月四日法律一四九号火薬類取締法（同年一一月三日施行）は、その附則において、銃砲火薬類取締法を廃止すると共に新法施行前にした行為に対する罰則の適用についてはなお従前の例による旨規定したばかりでなく、多数説が失効したと称する旧法施行規則四五条（二二条）に相当する新法五九条（同条二号、二一条）の規定は、その刑罰を却つて強化しているのである。

されば、仮りに多数説のいうがごとく施行規則二二条に違反し同規則四五条に該当する罰則の部分が自然に失効したとしても、立法者が既に成立した刑罰を廃止する意思などは到底看取することができないのである。従つて、多数説がこれを旧

刑訴三六三条二号に該当すると判断すること自体が訴訟法の解釈を誤つたものといわなければならない。

それ故、いずれの点よりするも多数説には反対せざるを得ない。

裁判官河村又介同入江俊郎の補足意見は次のとおりである。

斎藤裁判官の反対意見の中には、多数説は、銃砲火薬類取締法施行規則の「四五条は、法律の具体的委任がなく、明治二三年法律八四号のような広汎な概括的な委任の法律に基くから、新憲法上無効であるという考から出発するようである」と述べてあるけれども、私共が多数説に賛成したのは、そうした見解をとつたためではないのであるから、その点を明らかにしておきたい。

成程私共は明治二三年法律八四号が定めるような包括的な委任に基いて命令に罰則を設けることは新憲法の下においては許されないものと信ずる。従つて新憲法施行後そのような委任に基いて設けられた命令の罰則は無効である。しかし新憲法下において新に設けられたこのような罰則が無効であるということと、旧憲法下において設けられたこのような罰則が新憲法下において無効になるか否かということとは、別箇の問題である。

斎藤裁判官も述べているとおり、憲法九八条一項の規定は、旧憲法時代の法律、命令等の内容、実質が新憲法の条規に反する場合はその効力を有しないことを規定したにとどまり、その法律、命令等の制定の形式が新憲法の条規に反するとは異なつた機関や手続によつて制定されたものであるにしてもその法令の定めている内容が新憲法下で許されないようなものでない限り、当然無効とはならないということである。（明治二三年法律八四号は新憲法下では許されないような規定を内容とするものであるから無効である。この点も斎藤裁判官は誤解している。）しかるに銃砲火薬類取締法施行規則四五条は、これを制定した機関や手続が新憲法下においるものとは異なつていたというだけであつて、同条の規定する内容が新憲法下において許されないようなものなのではないから、新憲法

の施行と共に当然無効となるものではない。なお明治二三年法律八四号が失効したからとて、その委任に基いて設けられた銃砲火薬類取締法施行規則四五条がそのために当然失効するという理由もない。

以上述べたように、銃砲火薬類取締法施行規則四五条は新憲法の施行と共に当然失効したのではなく、昭和二二年法律七二号一条の規定の結果、昭和二二年一二月三一日限り有効であつて、その以後効力を失つたものと解すべきこと、多数説に示されているとおりである。

検察官　安平政吉関与

昭和二七年一二月二四日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　田中耕太郎

裁判官　霜山精一

裁判官　井上登

裁判官　栗山茂

裁判官　真野毅

裁判官　小谷勝重

裁判官　島保

裁判官　藤田八郎

裁判官　岩松三郎

裁判官　河村又介

裁判官　谷村唯一郎

裁判官　本村善太郎

裁判官　入江俊郎

被告人　小田藤次郎

弁護人阿比留兼吉の上告趣意

(一)　原判決は憲法第三十一条及び憲法第七十三条並に旧刑事訴訟法第三百六十三条第二号に違反した判決であります。

原判決は本件被告人の犯行は銃砲火薬類取締法施行規則第二十二条第四十五条に該当するものとして被告人に懲役壱年の実刑を言渡したものでありますが、右銃砲火薬類取締施行規則は明治四十四年三月十一日勅令第十六号として公布旅行せられた所謂勅令であります。

しかしながら右勅令は昭和二十二年四月十七日法律第七十二号（官報同年四月十八日）第一条に依つて其効力を失つて居るのであります。即ち右第一条に依れば「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定で法律を以て規定すべき事項を規定するものは昭和二十二年十二月三十一日まで法律と同一の効力を有するものとする」とあつて、此第一条の規定に依つて本件銃砲火薬類取締法施行規則は昭和二十三年一月一日以降は其効力を失つて居るのである。

更に之を詳細に論ずれば新憲法第三十一条に依れば「何人も法律の定める手続によらなければその生命若くは自由を奪はれ又はその他の刑罰を科せられない」と規定され原則として刑罰を科する場合は法律に依拠せなければならないことは論をまたない。

更に憲法第七十三条には「内閣は他の一般行政事務の外左の事務を行う、その第六号に「この憲法及び法律の規定を実施するために政令を制定すること但し政令にはその法律の委任がある場合を除いては罰則を設けることができない」と規定してある。

依つて右銃砲火薬類取締法施行規則のやうな勅令及び其他の政令で刑罰規則を設けるには法律及びその法律の委任に依

る場合に非ざれば出来ないこと明かであるのに係らず昭和二十三年一月一日以降に於て右銃砲火薬類取締法施行規則第二十二条同四十五条の規定を其儘効力を存続させるやうな法律並にその委任せられた政令は発布せられてない。従つて右銃砲火薬類取締法施行規則第二十二条同第四十五条は昭和二十三年一月一日以降はその効力を失つて居るのであるからその後の昭和二十三年七月二十七日に至つて原裁判所が本件事案に対しては旧刑事訴訟法第三百六十三条第二号に依つて免訴の判決をすべきに係らず右憲法第三十一条同第七十三条及び昭和二十二年法律第七十二号の解釈適用を誤つて被告人に対し有罪の判決を言渡したのは憲法第三十一条同第七十三条並に旧刑事訴訟法第三百六十三条に違反した誤判も又甚だしい判決でありますから原判決を直に破毀し且つ被告人に免訴の判決あらんことを切望します。

(二) 尚御参考の為め特に記載して置きますが、本件被告人小田藤次郎の相被告人長野豊吉に対しては事案は大体同じで同じく銃砲火薬類取締法施行規則を適用して第一審裁判所に於ては懲役十ヶ月の判決言渡され相被告人より控訴し原審では右長野豊吉の病気の為、審理判決が遅れ昭和二十四年十月二十二日に至り同人に対しては免訴の判決が言渡されました。従つて同じ裁判所同じ裁判長で大体同一の事案に対し本件被告人は有罪となり他は免訴となり全く天地雲泥の差があります斯様な異つた判決は一般人民の承服の出来ないことであつて裁判の威信と公平の為め特に御慎重なる御判決を望みます。

以　上

昭和二五年(れ)第七二三号

弁護人早田福蔵、同佐々木日出男の上告趣意

原審判決は「被告人銃砲火薬類取締法施行規則第二十二条所定のものにあらず、且法令の規定に依らずして昭和二十一年七月頃より昭和二十二年二月迄の間厳原町大字宮谷百七十七番地自宅に於て爆薬合計四百二十七本導火線六十三尺を保管所持した」と云ふ事実に対し銃砲火薬類取締法施行規則第二十二条第四十五条を適用して被告人に有罪の言渡をして居りますが、この判決は擬律錯誤の違法あるものと信じます。

即ち昭和二十二年四月十八日法律第七十二号日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力に関する法律第一条によれば「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定で法律を以て規定すべき事項を規定するものは昭和二十三年十二月三十一日迄法律と同一の効力を有するものとす」とあり、前記日時以後昭和二十三年一月一日からは該当法令は其効力なきものとされたのであります。

右法律の趣旨は命令によつて法律の直接委任に基くことなく明治二十三年法律第八十四号「命令の条項違犯に関する罰則の件」によつて本来法律によつて規定さるべき事項（罰則規定）を制定することは新憲法下に於ては許されぬと云ふ趣旨の下に右明治二十三年法律第八十四号は昭和二十二年法律第七十二号第三条によつて廃止され之に拠つて発せられた各命令の規定の中で法律を以て規定すべき事項を規定した命令の規定は昭和二十二年十二月三十一日以後は其効力を失ふものとされたものと思ひます。

銃砲火薬類取締法施行規則は勅令であつて所謂法律にあらざる命令であることは論なく、その第四十五条罰則規定であるから旧憲法に於ても新憲法に於ても本来法律を以て規定さるべきであります。

然るに本法たる銃砲火薬類取締法に右施行規則第四十五条の罰則につき勅令に委任したと認むべき規定はありませぬ、尤も同法第十四条には施行規則第二十二条についての委任規定はある様であるが罰則規定たる第四十五条についての委任はあつたものと解することは出来ませぬ。

然らば銃砲火薬類取締法施行規則第四十五条の規定は明治二十三年法律第八十四号に基く規定であり法律を以て規定すべき罰則でありますから而して之を生かすべき何等かの立法的措置も講ぜられて居りませぬから昭和二十二年法律第七十二号により昭和二十三年一月一日以後は当然其効力を失つたものと認めざるを得ないと思ひます。

被告人の犯罪は右四十五条の失効前のものでありますから原審判決当時なる昭和二十三年七月に於ては犯罪後の法令に依り刑の廃止ありたる場合に該当し旧刑事訴訟法第三百六十三条に依り免訴の言渡を為すべきであるに拘らず、原判決が有罪の言渡を為したのは法令の適用を誤つたものであり破毀を免れないものと信ずるものであります。

以　上

昭和二五年(れ)第七二三号

弁護人佐々木日出男ノ上告趣意

原判決ニハ廃止セラレタ刑罰法令ヲ適用シタ違法ガアル。

第一、適用法令ノ形式的效力

原審ノ適用シタ明治四十四年三月勅令第十六号銃砲火薬取締法施行規則第四十五条ニハ一年以下ノ懲役又ハ二百円以下ノ罰金ト云フ刑罰ヲ規定シテ居ルカラ、此ノ勅令ハ元来法律ヲ以テ制定セラルベキモノデアルガ、明治二十三年法律第八十四号「命令ノ条項違反ニ関スル罰則ノ件」ノ委任ニ因ルモノトシテ是認セラレテ来タモノデアル、然ルニ此ノ権限委任ノ法律ハ昭和二十二年四月十八日法律第七十二号「日本国憲法施行ノ際現ニ效力ヲ有スル命令ノ規定ノ效力等ニ関スル法律」（同年五月三日ヨリ施行）ニ依リ違憲ナモノトシテ同年十二月三十一日限リ廃止セラレタ、従ツテ前顕火薬類取締法施行規則第四十五条ノ規定モ同時ニ其ノ存立ノ根拠ヲ失イ、自動的ニ消滅シタモノデアル、サレバ原審ハ犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廃止アリタルモノトシ、旧刑事訴訟法第三百六十三条ニ則リ、免訴ノ言渡ヲ為スヘキモノデアルニ拘ラス、事茲ニ出テス、前顕施行規則第四十五条ヲ適用シ被告人ヲ懲役一年ニ処シタノハ違法ノ裁判ト云ワネバナラナイ。

第二、適用法令ノ実質的效力

仮ニ前項ニ述ベタ処ガ理由ナイモノトシテモ、更ニ適用法令ノ実質的效力ニ就テ一考スル必要ガアル。原判決ノ認定シタ事実ニ依ルト、被告人ノ火薬類不法所持ハ昭和二十一年七月上旬カラ昭和二十二年一月中旬頃迄継続シタモノデアルガ、既ニ其ノ以前タル昭和二十一年六月三日ニ勅令第三百号銃砲等所持禁止令カ公布セラレ、同月十五日カラ施行セラレテ居ル、然ルニ此ノ勅令ニハ火薬類ノ不法所持ヲ禁止スル旨ノ規定及ヒ罰則ガアルカラ「後法ハ前法ヲ廃ス」ノ原則ニ依

被告人　小田藤次郎

リ、少クモ火薬ノ不法所持ニ関スル限リ前顕施行規則第四十五条ノ規定ハ、前顕昭和二十二年法律第七十二号ノ規定ヲ待ツ迄モナク本件犯行以前既ニ実質上消滅シタモノト解スルノガ正当デアル、即チ原判決ハ犯行当時存在シナカッタ刑罰法令ヲ適用シタモノデアル。

以上孰レノ点ヨリ論スルモ、原判決ハ既ニ廃止セラレタ法令ヲ適用シテ刑罰ヲ科シタモノデアルカラ、違法ナ裁判デアルコトハ明白デアル、仍テ原判決ヲ破毀シ、更ニ相当ノ裁判相願イタク此段上告ニ及ンダ次第デアル。

以　上

昭和二六年(れ)第四号

判　決

本　籍　長崎県下県郡厳原町大字曲三九七番地
住　居　同所四一〇番地
漁　業　梅野栄

大正六年七月二八日生

右の者に対する銃砲火薬類取締法施行規則違反被告事件について、昭和二三年四月二〇日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があったので、当裁判所は刑訴施行法二条に則り次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。
被告人を免訴する。

理　由

被告人の弁護人牟田真の上告趣意について、

原判決は、被告人が銃砲火薬類取締法施行規則二二条所定の者でもなく、又行政官庁の許可も受けずに、昭和二一年八月一〇日頃から翌二二年一一月八日までの間、ダイナマイト弾、ダイナマイト、雷管、導火線等を自宅附近べ隠匿所持した事実を認定し、これに対し、明治四四年勅令一六号銃砲火薬類取締法施行規則二二条四五条を適用処断したことは所論のとおりである。しかるに、同規則四五条は、昭和二二年法律七二号「日本国憲法施行の際現に効力を有する命令の規定の効力等

一二月二四日判決　　昭和二六年(れ)第四号

に関する法律」一条によつて、昭和二三年一月一日以降は国法としての効力を失つたものであることは、昭和二五年(れ)第七二三号同二七年一二月二四日言渡の当裁判所大法廷判決の判示するとおりであるから、原判決当時（昭和二三年四月二〇日）においては右規則四五条は失効し犯罪後の法令により刑の廃止があつたときに当るので、原審は旧刑訴四〇七条、三六三条二号により被告人に対し、免訴の言渡をすべきにかかわらず有罪の言渡をした違法がある。論旨はそれ故に理由がある。

よつて旧刑訴四四七条により原判決を破棄し、同四四八条により更に判決するのであるが、原判決が確定した事実に対する銃砲火薬類取締法施行規則四五条の規定は前記のとおり失効したので本件は犯罪後の法令により刑の廃止があつたときに当るから、旧刑訴四五五条三六三条二号に従つて被告人を免訴すべきである。

よつて主文のとおり判決する。

この判決は裁判官斎藤悠輔の反対意見（前掲判例参照）を除きその余の裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官　岡本梅次郎関与

昭和二七年一二月二四日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　田中耕太郎

裁判官　霜山精一

裁判官　井上登

裁判官　栗山茂

裁判官　真野毅

裁判官沢田竹治郎は退官につき署名押印することができない。

裁判長裁判官　田中耕太郎

裁判官　小谷勝重

裁判官　島保

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　藤田八郎

裁判官　岩松三郎

裁判官　河村又介

裁判官　谷村唯一郎

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(れ)第四号

被告人梅野榮

弁護人牟田眞の上告趣意

原審判決は左の理由により破毀され、被告人に対しては免訴の言渡あるべきものと思料する。

一、本件公訴事実は被告人は銃砲火薬類取締法施行規則第二十二条所定のものに非ず、且法令の規定に依らずして昭和二十二年十一月八日長崎縣下縣郡厳原町大字曲海岸に於てダイナマイト十六本、同弾五個、雷管十五個、導火線二十三尺六寸を所持したと云ふのであるが、右所為に対する罰則である銃砲火薬類取締法施行規則第四十五条は日本国憲法施行の際、現に効力を有する命令の規定の効力等に関する法律第一条により本件犯行の後である昭和二十二年十二月三十一日限りで失効し、従つて右第四十五条所定の刑の廃止があつたものと解すべきであるから、旧刑事訴訟法第三百六十三条第二号に基き免訴の言渡あるべきものと思料する。然るに原審が前記旧刑事訴訟法第三百六十三条第二号により免訴の言渡を為さず、之を有罪とし懲役刑の言渡宣告を為したるは法律の適用を誤つたものであり、破毀を免れないものと思料する。

以上

昭和二六年(れ)第三二〇号

判　決

本　籍　愛知県一宮市大字富塚一六七〇番地
住　居　岐阜県高山市天満町二丁目一〇六番地
農　業　宮　田　五　郎
明治三五年一月二〇日生

右の者に対する傷害被告事件について、昭和二五年一二月一三日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は刑訴施行法二条に則り次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。
被告人を懲役二月に処する。
但し本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予する。
訴訟費用は全部被告人の負担とする。

理　由

弁護人鍛治利一、同牧野良三、同新家猛の上告趣意は、末尾添附の上告趣意書記載のとおりである。
第三点について。
論旨は結局事実誤認の主張に帰し刑訴応急措置法一三条二項により、上告適法の理由とならない。

一二月二四日判決　昭和二六年(れ)第三二〇号　一

第二点について。

旧刑訴四〇三条、四五二条は、被告人が上訴しまたは被告人のために上訴した事件については原判決の刑より重い刑を言渡すことを得ない旨を規定し、いわゆる不利益変更禁止の原則を採用しているのであるが、上告審において原判決を破棄して事件を控訴審に差戻した場合については、当該控訴審はその破棄された原判決との関係において不利益変更禁止の制限を受けるか否かについては、旧刑訴法に直接的な明文の規定を欠いているのである。元来、この不利益変更禁止の原則は、被告人側のした上訴の結果却つて被告人に不利益な結果を来すようなことがあつては、被告人側の上訴権の行使を躊躇せしめるおそれがあることを慮つて採用されているのである。しかるに、若し破棄差戻後の控訴審はその破棄された原判決との関係において不利益変更禁止の制限を受けないから原判決より重く処罰し得るものとするならば被告人側は原判決に対し有利な変更を求めて上告申立をなし、上告審もまた被告人の利益のために原判決を破棄して原審に差戻したにかかわらず、却つて控訴審における再度の審理のために不利益な処断を甘受しなければならない結果となり、被告人は上告申立にあたり常にこの危険を覚悟しなければならないことになるであろう。かくては旧刑訴法が不利益変更の原則を採用した根本精神に反することになるといわなければならない。しかのみならず、上告審で破棄差戻しをした場合に差戻しを受けた控訴審は前記のごとく不利益変更禁止の制限を受けないものとすれば、上告審が原判決を破棄して自判する場合には、旧刑訴四五二条により不利益変更禁止の制限を受けることとの間に、納得しがたい不権衡を来たすことになるのである。従来大審院判例（昭和一五年(れ)第五五五号、同年七月一〇日判決、判例集一九巻四四一頁以下）は、差戻後の控訴審においては、既に破棄せられた原判決のために何等拘束せられる理由がないとして、不利益変更禁止の制限を受けないことが法理上当然であり、刑事訴訟法の精神に反するものではないとしたのであるが、原判決が破棄されたのであるから原判決との関係においては不利益変更の原則の適用はなく、第一審判決との関係においてのみこの原則の適用を生ずると見るは形式的な議論であつて賛同するを

ことを得ない。されば、上述の理由により差戻後の控訴審もまた旧刑訴四五二条の規定の精神に徴しその破棄された原判決との関係においても不利益変更禁止の原則に従うべきものと解するを相当とする。さて、本件においては懲役二月、三年間執行猶予の控訴判決を受けた被告人が上告の申立をなし、上告審は訴訟法違反を理由として右控訴判決を破棄差戻す旨の判決をなし、差戻後の控訴審（原審）は被告人に対し懲役二月に処する言渡をなしたものであつて、この原判決は明らかに第一次の控訴判決の刑より重き刑を言渡したものであるから、上述の理由により判決に影響を及ぼすべき法令違反があるものといわなければならない。よつて論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。（第一点は違憲を主張するが、訴訟法の解釈が前記の如くである以上前提を欠くものである）。

よつて旧刑訴法四四七条、四四八条により原判決を破棄して自判すべきものとし、原判決が証拠により認定した事実につき法律を適用するに、被告人の判示傷害の各所為は各刑法二〇四条に該当するのであるが、犯罪後同条の罰金刑につき罰金等臨時措置法二条、三条により刑の変更があつたので、刑法六条、一〇条により軽い同法二〇四条の刑に従い、所定刑中懲役刑を選択し、右各罪は同法四五条前段の併合罪であるから同法四七条一〇条により犯情の重い判示(二)の罪の刑について法定の加重をなした刑期範囲内において、差戻前の控訴判決の処断を考慮して、被告人を懲役二月に処し、同法二五条に従い本裁判確定の日から三年間右刑の執行を猶予することとし、なお訴訟費用の負担につき旧刑訴法二三七条一項に則り主文のとおり判決する。

この判決は上告趣意第二点に対する裁判官斎藤悠輔の反対意見を除き裁判官全員の一致した意見によるものである。

裁判官斎藤悠輔の上告趣意第二点に対する反対意見は、次のとおりである。

上告審において、原控訴判決を破棄して事件を控訴審に差戻したときは、原控訴判決はその破棄により直ちに消滅し、破棄差戻後の控訴審は、上告判決の破棄差戻の理由に拘束されるだけで、事件が当初控訴審に係属した状態に復帰し、右の拘

一二月二四日判決　昭和二六年(れ)第三二〇号

束を受ける外全く新らたな第二審裁判所として更らにその事件につき審判するものである。従つて、破棄差戻後の控訴審は、旧刑訴法の下では附帯控訴のない限り旧刑訴四〇三条の適用を受けいわゆる原判決すなわち第一審の判決の刑より重い刑を言渡すことができない制限を受けるに過ぎないものであつて、既に消滅した原控訴判決の刑に拘束される道理がない。また、旧刑訴四五二条は、上告審の規定であつて、破棄差戻後の控訴審に適用しない規定であることはいうまでもないから、この規定を根拠として破棄差戻後の控訴審が破棄された原控訴判決の刑に拘束されるという解釈をとることのできないことも論を俟たない。

然るに、多数説は、先ず、「当該控訴審は、その破棄された原判決との関係において不利益変更禁止の制限を受けるか否かについては、旧刑訴法に直接的な明文の規定を欠いている。」といつて、間接的には規定を置いてあるかのような口吻を洩している。しかし、破棄差戻後の控訴審と既に破棄され消滅して終つた原判決との関係は何もないのであるから、直接的にも間接的にも明文などは存在しないのであつて、また、存在しないのが当然でもあるのである。

元来、被告人の上告は、その利益のために有利な変更を求める申立ではあるが、旧刑訴においても量刑に関する上告の申立は、被告人の利益、不利益にかかわらず原則として許さなかつたし、本件のような刑訴応急措置法の適用される上告事件では、同法一三条二項の規定により全くこれを許さないのである。そして、不利益変更の禁止は、単に刑に関するものであるから、旧刑訴法上許される適法な上告の申立と上告審における刑の不利益変更禁止の規定とは、直接の関係は何も存しないのである。それ故、仮りに上告審において刑訴四五二条のような刑の不利益変更禁止の規定を設けなかつたとしても、被告人が法律上無罪を求めるため又は法令違反を自己に有利に変更を求めるため上訴権の行使をするのに、何の躊躇も遠慮もいらないのであり、何等の危険をも覚悟する必要もないのである。思うに、多数説は、被告人のため有利な変更を求める上告申立と被告人のため刑を有利に変更する上告申立とを混同し、しかも、後者は適法な上告申立理由として許されないことを忘れたものと思われる。

しかのみならず、多数説は、右の点に関し、破棄差戻と破棄自判との間に納得しがたい不権衡を生ずるといつている。しかし、破棄差戻は、事実の確定に影響を及ぼすべき法令の違反ある場合（旧刑訴四四八条の二参照）であり、破棄自判は、事実の確定に影響を及ぼさない場合（同四四八条参照）であるから、事実確定をそのままにして直ちに判決をする場合と再び事実審理をした上犯罪事実並びに犯情の認定に異つた結果を生じた場合とでは、刑に差等を生ずることのあるのは当り前のことであつて、少しも不思議はなく、却つてその方が権衡を失わないのである。本件のように、上告裁判所が曩に事実確定に影響を及ぼす法令違反があるから事実審理をせよといつて原判決を破棄し事件を原裁判所に差戻しながら、しかも、その破棄理由には刑に関して何も示していないにもかかわらず、原裁判所が折角その命令に従つて詳細に事実審理をした結果犯罪事実並びに犯情に前の判決と異つた結果を生じたと認めてこれに適当する刑を科しても、次の上告裁判所では同一事件に対し出し抜けに刑だけは前の判決よりも不利益に変更してはならない、変更したら旧刑訴四五二条（前述のごとく控訴審には適用なく、従つて控訴判決はこれに違反し得ない規定である。）の精神に反し違法で御座るというがごときは全く上告裁判所の横暴、無理というものであつて、下級裁判所としては到底納得し得ないところといわなければならない。

されば、多数説は、法理と常識と下級裁判所とを無視したいわゆる安価な慈善的上告奨励論であつて、反対せざるを得ない。

検察官　十蔵寺宗雄、浜田龍信関与

昭和二七年一二月二三日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　田　中　耕　太　郎

一二月二四日判決　昭和二六年(れ)第三二〇号

裁判官井上登　裁判官栗山茂　裁判官真野毅　裁判官小谷勝重　裁判官島保　裁判官斎藤悠輔　裁判官藤田八郎　裁判官岩松三郎　裁判官谷村唯一郎

裁判官長谷川太一郎、同沢田竹治郎は各退官につき署名押印することができない。

裁判長裁判官　田中耕太郎

昭和二六年(れ)第三二〇号

被告人　宮田五郎

弁護人鍛治利一、同牧野良三、同新家猛の上告趣意

第一点

原判決は憲法三九条後段に違背する。

同条は「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問われない。又同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない。」と規定している、ここで問題となるのは後段の「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない」とある部分である。

(1)　此条文は、前段の前半において遡及処罰を禁止し、前段の後半に於て一事不再理について規定している。即ち「既に無罪とされた行為」とあつて「既に」とはその行為を対象とする事件が裁判により実体的に確定したことを意味するものと云わねばならない。

そうでないとすれば前段の後半で「既に」無罪とされた行為と規定し、後段では「既に」と云わないで、「同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない」と規定したことが何の為めであるか判らなくなる。

立法者は無意義な規定をするものではない。無意義な規定をしたものと解釈すべきではないのである。

故に同条前段後半と後段とはその趣旨を異にして居るのであつて、それなればこそ此の様に規定をしたものと云わねばならない。然らば前段後半はその行為について実体的に裁判が確定した場合であり、後者は、そうでなく、裁判の確定したかどうかを問わず国家の刑罰権の行使たる刑事裁判手続に於て被告が生命身体の危険に曝されたときは、爾後重

ねて同じような危険に曝されることはないのだと保障した規定なりと云わねばならない。

法学協会発行註解日本国憲法上巻三五四頁に、

「本条では規定の形式上前段の後半は裁判が確定した行為については、その既判力を破つてこれを不利益に変更することを許さぬ趣旨であり、後段は同一の犯罪について二重に処罰することを禁止する趣旨と解すべきである。かように解すれば本条全体としても、前段の前半は実体的な事由から、後半は手続的な事由から刑事責任を問いえない場合、後段は、二重処罰禁止を規定したものとして、統一的な理解がえられる」

とあるのは、率直にこの条文を読めば、前段後半は既判力を破つて不利益に変更することを得ない趣旨であり、後段は、既判力の問題を考慮の外にして兎も角刑事被告人として一度び裁判手続に於て生命身体の危険に曝されたときは其後重ねて同じ様な危険に置かれないということを規定したものとなり、との結論に達するのである。

(2) 次にこの規定は個人の人権を擁護する為めに設けられたものであることを忘れてはならない。故に従前のように形式的に解釈する態度は捨てられねばならない。換言すれば刑事被告人の利益の為めに保障された権利であるから、その解釈はこの精神によつて実質的に為さるべきであつて、此規定は一事不再理の原則を規定したものである。と前提し、一事不再理とは、実体的判決が確定した場合に生ずる問題であるから、一事不再理を規定したのである以上は判決が確定した場合について適用があるのだというような形式的解釈をすべきではない。

左様な形式論が正しいとすれば、再審の請求は真実に即した裁判を確保するという公共の目的からして被告人の利益であると否とを問わず出来ることにならねばならないが、被告人に不利益な再審の請求は同条前段後半に違反するから許されないが、被告人の利益の為めにする再審の請求ならばできるのである（刑訴応急措置法二〇条）。これは憲法第三九条前段後半は被告人の権利を擁護する為めに設けられた規定であるから、その形式を問わず、実質によつて観察

し被告人の不利益のために（原判決より重い処罰を目的として審判を求めるために）する再審はこれに違背すると共に、その利益の為めにする再審は右規定の制限するところではないとされるが故に外ならない、否、被告人が真実に反して不当に重い罪刑に処せられていることが明かとなつたならばこれを是正することこそ一人々々の人権を尊重する――それがひいては共同の福祉を増進する所以だとする――憲法の精神である。されば再審の審判は従前の審理の継続ではなく、其の審級に従い「更に」審判をするものであるけれども（旧刑訴五一一条）、それだからと云つて実体的に即する以上は前の判決より重い刑を言渡してよいとはされないのであつて、「有罪の言渡を受けたる者の利益の為に為したる再審に於ては原審判決の刑より重き刑を言渡すことを得ず」ということになるのである（旧刑訴五一四条）。然らば被告人が有罪の控訴判決を受けて上告した場合に於ては被告人の利益の為めに上訴したのであるから、上告審に於て控訴判決が破毀差戻となつた場合に於ても、差戻後の控訴審に於ては前の控訴判決より重い刑を言渡してはならないとせねばならぬ。

(3) 憲法第三九条後段は二重処罰禁止の規定であるとされるが、それは単に先に有罪又は無罪の判決を受けた後再び同じ行為について刑事被告人として審判を受けないと云うことを意味するのであつて、判決が確定していない場合は上訴の問題として表われる。而してこれには無罪の判決を受けた後、その(イ)有罪判決を目的とする場合、(ロ)原判決の認定したのとは別の犯罪の認定を目的とする場合、(ハ)有罪判決について、それより重い処刑を目的とする場合とがある。

右条項は米国憲法修正第五条に「何人も同一の犯罪につき重ねて（再度）生命又は身体の危険に置かれることはない」とあるのに由来するが、ここに「再度の危険」とは、同一事件がかつて本案審理に繋属したことを意味し、二重危険の原則は原判決の確定に関係なく、被告人をして危険に曝さしめた一定の訴訟段階に達したとき生じるのであつて、第一審判決があればその段階にあること異論ないから、同一事件について上訴提起の場合も、それが被告人を再度の危険に

置く結果になるときはこの原則に牴触することになる。

換言すれば被告人の不利益の為めにする上訴は、再度危険の原則に反するとして許されないのである。之に反して被告人の利益の為めにする上訴はこの原則が被告人の為めに存するものであるところから当然のこととして許される（鵬良弼、米国に於ける刑事上訴制度、司法研究報告書第二輯第八号六七頁）。

我国では陪審制度を施行していないし全面的に米法系に改正されたわけではないから、被告人に不利益な上訴を全面的に廃することは妥当でないであろう。しかし再度危険の原則は陪審によらない場合でも同しだということが想起されねばならない。陪審によらないときは職業的裁判官だけで裁判すること我国と同しである。

又憲法は「既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問われない」とし従来からの一事不再理について規定したばかりでなく、更に「又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない」と規定していることを忘れてはならない。

後者は一事不再理だけでなく、進んで、被告人がその犯行について国家刑罰権の行使により所定の手続に於て審判を受けたときは、その後重ねて刑事上の責任を問われないことを保障しているのであつて、これこそ国民が二重の危険から解放されたことを示すものである。

「重ねて刑事上の責任を問われない」というのは二重に処罰される危険のみに止まらない。既に正規の刑事訴訟手続に於て判決が宣告されたからには其後上訴による再度の審判によつて、先に言渡した刑よりも重い刑罰を科せらるる危険に置くのは重ねて刑事上の責任を問うことに外ならないから。

(4) 茲に於て、被告人の不利益を目的とする上訴を是認し、それが第三九条後段に抵触しないとし乍ら、被告人の利益の為にする上訴に於て前の判決より不利益な刑を言渡すのは同段違背だとする点に疑問を抱かれるかも知れない。

しかし憲法も其国の現実の状態を大前提とするものである。

我国の刑事訴訟制度の規定から検察官に上訴権を与えることが、眞実に即した裁判の追及に必要であるならば此国家目的を無視するものではない。これを是認しつつ定められたものと云うべきである。

他面憲法は此現実の上に前段後半の規定をしたのである。これは此事態の上に猶且つ被告人は再度の危険に曝されないとしたものであつて、此原則を此規定の上に適用して行こうとするものに外ならぬ。

そうすると被告人の利益の為にする上訴に於ては被上告人は上訴の対照となつた裁判より更に加重した刑事上の責任を問われないこと、即ちその宣告刑を不利益に変更されることはないということにならねばならぬ。

控訴審の判決に対して上訴し破毀差戻の判決があつたときは、差戻された控訴裁判所は、第一審の審理を継続するものではない。被告事件について更に新に審理を為して判決するのであつて、第一審とは別個に審理判決するのであるから第一審の審判に対しては、同事件について重ねて審理判決するものである。而して第一審に於て一度び判決の宣告があつたのであるから、被告人は一度び身体生命の危険に曝されて国家の有権的科刑判断の宣言を受けたのであつて、上訴により再び新たな審理を受けるのは二重の危険に曝されることである。その結果、より重い判決を受けるのは検察官の上告又は附帯上告があつた場合でなければならない。被告人が上告した場合は、その手続は被告人の利益の為めにされるのであるから、二重の危険に該当しないのであつて、従つてその宣告刑は上告の対照となつた控訴判決より重い刑の刑罰を加重したものであつてはならないと信ずる。そうでないときはその判決は憲法第三九条後段に違背し破毀を免かれないになるのである。

被告人の利益の為に上告したに拘わらず、原審が破毀差戻後の判決に於て、上告の対照となつた控訴判決より重い刑を宣告したのは憲法第三九条後段に違背し破毀を免かれない。

第二点

上告人は控訴裁判所で懲役二月三年間執行猶予の判決を受け、この判決に対して上告した。右判決破毀差戻の判決が宣告された処事件の差戻を受けた原審は懲役二月の実刑を宣告したのである。

前控訴審の判決に対しては上告人より上告の申立をしたのであるから、原判決の刑より重い刑を言渡すことは出来ないのであつて（旧刑訴四五二条）控訴審の判決についても同様規定されている（旧刑訴四〇六条）。

而して執行猶予附の有罪判決が執行猶予の附かないものよりも利益であることは言うまでもない（昭和三年れ第六〇〇号同年六月二八日判決大刑集七巻四五三頁、昭和一七年れ第五〇八号同年六月一六日判決法律新聞四七八四号一二頁）

(1) 本件は旧刑事訴訟法第四四八条の二によつて事実審理の為めに差戻されたものであつて、これは旧刑事訴訟法に於ける事実審理の規定をしたところ（旧刑訴四四三条）原審に差戻して事実の審理をするを適当とする場合があり、又煩うて事実審理の制度が充分な活用を見ない傾向があつたので破毀差戻或は移送が出来るようにした沿革のある規定であつて、その目的は被告人の利益と裁判所の職務上の便宜とを調和するにあつた。

元来上告裁判所が事実審理をして、自判しても不利益変更禁止の原則が適用されるのであるから、差戻となつたから不利益変更が可能だとするのは権衡を失する。矢張り前控訴判決より重い刑を言渡してはならないものと云わねばならぬ（高橋正己氏刑事判例評釈集三巻二〇六頁、團藤重光教授新刑事訴訟法綱要再訂版三三九頁、法律学体系コンメンタール篇一〇刑事訴訟法五六五頁）。

また旧刑訴法が議会で審議された際も、破毀差戻後の判決が破毀された第二審判決より重くなることはないものと解されていた（横山委員の質問に対する林政府委員の答弁、法律新聞社編改正刑事訴訟法精義一〇五六頁）。

(2) 不利益変更禁止の適用なしとする論者は、「第二審判決に対する上告事件に付き、上告審に於て原判決を破毀し事件を原裁判所に差戻す旨の判決ありたる場合に於ては、差戻を受けたる裁判所は新なる第二審裁判所として更に該事件に付裁判を為すべきものなるを以て、既に破毀せられたる第二審判決の為に何等拘束せらるる理由なく、従つて尚も公訴の範囲を逸脱せず、且該事件が被告人より為し又は被告人の為に為したる控訴事件なる場合に於ては、刑事訴訟法第四百三条の規定に従い第一審より重き刑を言渡さざる限り（中略）右第二審判決の刑より重き刑を言渡すを妨げざるものと解すべきは、法理上当然にして」（昭和一五年れ第五五五号同年七月一〇日判決大刑集一九巻四四一頁）と云うであろう。

しかし、控訴審に於ても第一審判決に拘わらず、被告事件について更に新に審判するのであつて（旧刑訴四〇一条第一項）第一審判決に何等拘束されるものではない。故に論者の説からすれば此の場合も公訴の範囲を逸脱せざる限り第二審判決より重い刑を言渡すを妨げないのは法理上当然だということになる。

然るに此場合第一審の刑より重い刑を言渡してはならないのである（旧刑訴四〇三条）。而してこれは控訴及び上告の場合のみではない。再審に於ても（旧刑訴四一四条）同様の規定を置いてある。

又非常上告についてはその結果原判決が被告人に不利益なときは破毀してその利益に変更することを命ずると共に、他面被告人に不利益な効果を生じないことを規定している（旧刑訴五二〇条第一号第五二一条）。即ち被告人の利益の為めにした上訴に於ては上訴した裁判より重い刑を言渡してはならないという原則が刑事訴訟法全般から認められる。

刑事訴訟法は検事が上訴し（旧刑訴三七六条）、被告人の上訴に対して附帯上訴すること（旧刑訴三九九条四二四条）を認めているから、原判決を失当なりとするときは上訴すればよいのである。一審の裁判も二審の裁判も正規の手続によつて国家が宣言するものであるから、その権威を認めねばならない。それに対し不服の申立がなければ終局的なものとなるのは当然である。

故に、その取消変更は許された不服の申立によつて始めて可能性を生するのであつて、その結果は不服申立の方向によつて制約されるものと云わねばならない。然らば被告人の利益の為めに為された上訴によつて被告人の不利益な結果を生ずることは不合理である。蓋し不利益変更の申立がなく、却つて利益に変更せらるる申立がありこれによつて訴訟手続が進行せられているに拘わらず、不服を申立てられた判決より重い刑を言渡すのであつては、当事者の申立てない結果を帰せしむることになるのであつて、国家科刑権の適正行使については検事があるからその態度を俟つべきであり、より重い刑を言渡すのは被告人の対手人として国家科刑権の行使を担任する国家機関（検事）を度外して裁判所自ら被告人の対手人となるに異ならないからである。

素より不利益変更禁止は事実認定の内容に関するものではなく、刑の分量に関するものであつて、事実認定は異つても刑は不服の対象たる判決より重くしてはならない点にある。検察官からは上訴がないのであるから上訴の結果異つた事実認定に到達し、これに対し同じ刑を言渡しても、その審判は国家機関からの不服申立により為されているのではなく、被告人からその利益の為めに為されている限り、その裁判によつて裁判の権威は妨げられることはないのであつて、被告人の利益の為に審判されているのに、これを更に重い刑を以て酬ゆることこそ、却つて裁判所が審判者たることに反し、被告人の対手人であると同じ機能を果す結果となつて、裁判所の在るべき姿と背反するのである。

(3) 本件破毀差戻後の控訴審は前控訴判決に対する被告人の上告申立により、上告人の利益の為めにあつたもので、この上告申立がなければ、前控訴判決が事案に対する国家の決定として在るわけであつて、その原因が前控訴判決を利益に変更して貰いたいという上告の申立によるものであるからには、差戻後に於ても不服の対象である前控訴審判決より重い刑を言渡してはならないと解すべきである。

(4) 差戻後の控訴審は控訴の申立によつて開始したものではない。控訴の申立によつて開始したのは前控訴審であつて、

これは前控訴判決の宣告によつて終了しているのである。

而して前控訴判決に対して上告の申立があつた結果前控訴審判決を破毀して原審差戻となつて後の控訴審が開かれたのであつて、前控訴審の延長ではない、更に新なる審判である。前の控訴申立によつて開かれたのではない、上告申立の結果破毀差戻により開かれた控訴審であるからには上告申立による訴訟手続の展開であつて、上告申立による不利益変更禁止の規定（旧刑訴四五二条）が適用あるものと云わねばならない。

上告審は直ちに判決するに適するときは自判するのであつて、更に事実審理をする必要があれば原審差戻をするのである（旧刑訴四四八条の二）。然らば自判の場合第四五二条の適用があるからには差戻の場合にも同条の適用ありとせねばならない。

(5) 具体的に見ても前控訴審の判決は第一事実について「食器を投げつけた」と判示し、

第二事実については「全治二、三週間を要する傷害を加え」と判示したが左様な傷害ではなく「全治一週間」と変更しており、その事情に於ても酒席の上の行き違いであつて、上告人に底意のなかつたことが明かとなつたのであるから第一事実は無罪然らずとするも前控訴判決より軽い刑を言渡すべき状況にあるのである。

然らば原審が前控訴審の判決より重い刑を言渡したのは旧刑事訴訟法第四五二条、同第四〇三条に違背し破毀を免かれない。

第三点

原判決其は理由において

「被告人は高山市会議員であるが

(ハ) 昭和二十一年十一月四日頃岐阜縣高山市朝日町料理店八千久事板殿米松方で催された酒宴の席で些細なことから当時の高山市助役二木春吉に茶碗の蓋を投げつけ、同人の前額部に全治十数日を要する傷害を加え」た旨判示し、その証拠として上告人の第一審第一回公判に於ける供述を援用した。原判決引用の部分を公判調書のまま引用すると次の通りである。

問　そして其許は二木春吉と口論したのか。

答　別に口論はしません。

それは午後七時頃に散会の時期でありました。私は常に酒は余り飲まずに居りましたが其の時は大変酒をよばれ酩酊して居りました。

其の時の帰り際に私に折箱を市の女事務員が来て包んで呉れました。そして二木は私から一人置いた横で何も入つて居ない空の折箱を食べて居りました。

そして二木が私の折箱を自分の折箱とかえてするりと座敷から出掛けました。

それで私は腹が立つて私の前にあつた茶碗の蓋を座つたなりで投げつけましたが其の器物が二木に当つたかどうか二木は其の儘階下へ降りて行きましたので判りませんでした。

問　其れで其許と二木との距離はどれ程だつたのか。

答　四、五間は離れて居りました。

そして私はすぐ何も持たずに自転車で家に帰りました。

問　其れで其許は二木が其許の折箱と二木自身の折箱とかえたので腹が立つたのか。

答　はい、それでついやりました。

そうすれば二木は戻つて来ると思い、戻つて来れば訳を話そうと思つてやつたのであります。(一三一丁以下)

元来二木は酒癖の悪い男であつて、当日は供米完遂の慰労会であつて上告人は農事実行組合長として市当局より招待され、上告人は供米成績が一番よかつたので皆から盃を差され、日頃酒をたしなまなかつたことて相当酔つていた(一二八九丁)ところ主人側として接待役たるべき助役の二木春吉が自分の折詰は食べてしまい乍ら上告人の折詰を持ち帰ろうとしたので起つたことである。

これは原審引用の二木春吉に対する司法警察官聴取書にも、

「飲んで居る中に私もうつかり宮田さんの御馳走を少し食べた様で、私も之は全然知らずに居りましたが、之れを宮田さんが憤慨して居た様で暫くして宴会も終り掛け、私も誰かに包んで貰つたかは知りませんが自分に与えられた御馳走を包んで貰つて持つて帰ろうと、午後八時頃になつて宴会場を出掛けると突然宮田さんが」云々(八五丁)とあり、二木の酒癖については上告人が、

問　二木氏は怎う云う性質の人なのか。

答　不断は大変温厚な人でありますが、酒を飲むと多少酒くせが悪くなり、一癖のある人であります。(一三三丁)

問　二木春吉は酒豪家であつて一度に二升位飲むと云うが何うか。

答　はい左様であります。彼は酒癖が悪く酔うと何をするか判りません。彼は前市長土川周三の頭を殴ぐつた事もあります。(一八二丁)

と述べているばかりでなく、

明野準一郎は「二木春吉は約一升二、三合位は飲めると思います。(二〇〇丁裏)

土川周三は、

問　二木春吉氏の癖は何か。

答　酒を飲むと失敗事がありますが、然し不断は温和しい人であります。（二一二丁裏）

大下正雄は、

問　二木は酒を飲むか。

答　平素はよい性質の人ですが飲むと酒癖の悪い人です。（二一五丁）

と等しく証言し、

二木自身も

問　証人は酒は好きか。

答　はい好きであります。

問　酒癖はどうか。

答　酒を多少飲み過ぎますと喋べることに付いては一人前以上に出喋ることはあります。（二〇一丁）

と述べている。本人すら肯定するのだから相当のものであることが判る。

故に上告人は二木の酒癖の悪いことは知つているので、同人が自分の折詰は食べてしまつた上にまだ手を付けていない上告人の折詰を持つて帰ろうとしたので、注意を喚起する為め傍にあつた空の折詰か何か（原審は茶碗の蓋と判示している）を投げたものに過ぎない。同人と上告人との距離は四、五間あり、周囲には他の人々も居るのだから酒宴の席とて誰も上気していることではあり、これを以て直ちに暴行なりとすることは出来ない。

これは二木も「私が被告人の御馳走を無断で持ち帰ろうとしたのが被告人の気に障つたと思います。」（二〇〇丁）と証

言している。

自分の折詰は食べてしまいながら他人の手を付けてない折詰とすり代えて持ち帰るなどとは乞食根性と云わねばならない。市助役ともある者が左様な振舞をしたのであるから上告人が不快に感じたのは尤もなことであり、平素飲まない酒を勧められて酔つていた際ではあり、興奮して投げたのは其の状況に鑑み特別な非難に値しない。

宴席で酒が出れば誰でも多少ルーズな心境になるのは必至であつて、出席者はこの様な空気は当然に予期するところと云わねばならない。従て此の状況の下に上告人のした行為は暴行とは言えない。蓋し一定の行為が刑法第二〇八条に所謂暴行に該当するかどうかは、其れが行われた状況と対比して決定すべきものだからである。即ち同じ行為でも常に暴行となるものではなく、或る状況の下では暴行と云えるとしても他の状況の下では暴行に該当しないのである。

二木が自分の膳の御馳走から土産の折詰まで食べてしまつて、上告人の折詰とすり代えて持帰ろうとしたのであるし、二木は酒癖が悪くて声を掛けた位では通じないので、その注意を喚起する為に傍にあつた茶碗の蓋を投げたのは、この場合普通人のやることであり、それも酒の席で一同大分酔がまわつた状況に於ては自然な自救的行動に過ぎず暴行とは云えない。それが暴行であるかどうかは社会通念に照し、具体的状況と対比して価値判断すべきであることをもう一度想い浮べねばならぬ。

それが二木に当つて怪我したから刑法第二〇四条により暴行を加えたる者人を傷害したるときに該当することになるが、当らなかつたとしたらどうであろう。又当つたとしても怪我がなかつたらどうであろう。誰も問題とはしまい。

即ち投げたことは所謂暴行に該当しないのである。有責的暴行（刑法二〇八条の暴行）の結果傷害を生ずれば刑法二〇四条の傷害罪が成立するけれども、第二〇八条の暴行として可罰的でない行為によつて傷害の結果を生じたとしても傷害罪は成立しない。もともと食うべかすの折詰を、手を付けてない上告人の折詰とすり代え持つて帰るのが悪いのであつ

て、法律的に云えば二木は上告人の財物を窃取したものであり、上告人の行動は盗人が盗物を持つて将に其場を退去しようとするのを見付けて採つた行為であつて、盗贓を取還さんとしてした自救行為に外ならず暴行に該当しない。

暴行を加えたる者人を傷害するに至らざるときは暴行罪である（刑法第二〇八条）、因つて人の身体を傷害したときは傷害罪（刑法第二〇四条）が成立するけれども、刑法第二〇八条の暴行に該当しない行為によつて傷害の結果を生じたとしても、傷害罪は成立しない。過失傷害罪が成立し得るに過ぎないのである。（刑法第二〇九条）

原審は傷害罪が結果的責任罪であることに気をとられ、その成立には刑法第二〇四条の可罰的暴行の存在を要し、有責的暴行でない限り傷害を結果しても過失傷害罪が成立するに止まることを忘れたものと云うべく、刑法第二〇四条を適用処断したのは擬律錯誤の違法があつて破毀を免かれない。

以　上

昭和二六年(れ)第一九七六号

判　　決

本　籍　横浜市保土ヶ谷区西久保町一七三番地
住　居　同市中区上野町一丁目二七番地
船舶加工修理業
杉　中　徳　吉
大正一一年一一月二五日生

右の者に対する収賄、贈賄幇助被告事件について昭和二六年五月二五日東京高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人鈴木才蔵の上告趣意（後記）について。

第一点。

原判決は、旧刑事訴訟法事件の控訴審及び上告審における特例に関する規則（昭和二五年最高裁判所規則第三〇号）によつたものであるが、同規則が刑訴施行法一三条の委任に基きその範囲内において制定されたものであつて違憲でないことは、当裁判所の判例（昭和二四年(れ)第二一二七号同二五年一〇月二五日大法廷判決、集四巻一〇号二一五一頁、昭和二六年(れ)第一六三九号同年一二月二八日第二小法廷判決、集五巻一三号二六八五頁参照）の趣旨に徴し明らかである。されば、所論違

一二月二四日判決　　昭和二六年(れ)第一九七六号

憲の主張はその前提において失当であるから論旨は理由がない。

第二点。

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。

なお、記録を調べても本件について刑訴四一一条を適用すべき事由は認められない。

よつて、刑訴施行法三条の二、刑訴四〇八条に従い全裁判官一致の意見により主文のとおり判決する。

昭和二七年一二月二四日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(れ)第一九七六号

弁護人鈴木才藏の上告趣意

被告人杉中徳吉

第一点　原審が本件被告事件につき控訴審としての審判手続に適用している「旧刑事訴訟法事件の控訴審及び上告審における審判の特例に関する規則」（昭和二十五年一二月二〇日公布、最高裁判所規則第三〇号）中の第二章控訴審に関する規則は憲法第七十七条の規定する規則制定権の範囲を逸脱し、且つ憲法第三十一条に違反する憲法違反の規則である。

即ち、

(一)　本件は所謂、旧刑事訴訟法事件である。その控訴審の審判手続は旧刑事訴訟法（大正十一年法律第七十六号以下旧法と略す）第三編第二章控訴の部の規定に従つて行われなければならぬ。而してそれはその基本構造として、純然たる覆審制を採用している。旧大審院判例はこの点について「控訴ハ覆審ナルヲ以テ控訴審ニ於テハ控訴ニ係ル被告事件ニ於ケル不服ノ点ノ如何ヲ問ハズ全部ノ事実ニ付更ニ審理ヲ遂ゲテ相当ナル判決ヲ為スベキモノニシテ第一審判決ノ当否ヲ審査スルモノニ非ズ。従ツテ被告人控訴ヲ為シタル事件ニ付必ズシモ被告人ヲシテ控訴ノ趣旨ヲ陳述セシメ其ノ不服ノ理由ヲ明確ニスル要アルコトナシ云々」（昭和一〇年二月七日判決、大審院刑事判例集十四巻七五頁）とその覆審の意味を説明している。従つて、この旧法の控訴審においては、たとえ控訴を申立てた被告人において原判決の事実認定について不服なく、唯刑の量定等についてのみ不服であつても、事実について法の規定する被告人訊問、証拠調の手続を省略することは許されない。被告人の省略についての同意があつても許されないのである。これ、旧刑事訴訟法の規定する控訴審の侵すことのできない基本構造である。而して刑事訴訟法施行法は、その第三条の二において所謂旧法事件

の上告審については、新刑事訴訟法の上告審の規定によるべき旨を定めているが、その控訴審の構造には何ら変更を加えていない。

(二) 然るに、上掲の昭和二五年最高裁判所規則第三〇号は、左の二点において右の控訴審の基本構造に対し、規則で以て重大な変更を加えている。

即ち、

第一に、同規則は控訴申立人に対し公判期日に、或は公判期日前に控訴申立の理由を問い第一審判決に対する不服の事項を具体的に明示すべきことを要求している。(同規則第三条、第四条参照)現に本件においても公判期日前に被告人に対し、回答書と称する形式の文書の提出を命じ、その回答書には第一審判決に対する不服の点を具体的に明示することを要求している。(記録第四八九丁回答書参着)更にその回答書に公判において申請せんとする証人を予め記載せしめ、それを証人申請書に代え、その回答書に基いて検察官にその証人調請求についての意見を求めている。(記録第四八八丁)

第二の変更は同規則第五条の規定する点である。即ち同条は「控訴申立人に不服のないことが明らかな事項については、事案の眞相を明らかにし被告人の権利を保護する為めに必要と認める場合の外、重ねて、被告人を訊問し証拠調をすることを要しない。この場合には控訴申立人に不服のない限度において、原判決の認定した事実による。」と規定している。これば明らかに、旧刑事訴訟法が誇らしく採用した純然たる覆審主義の基本構造に対する重大な修正であると云わねばならぬ。たとえ同条が右被告人訊問と証拠調の省略を「事案の眞相を明らかにし、被告人の権利を保護するために必要と認められる場合」はこの限りでないと、その除外例を設けても、右規則第五条が旧法第四百七条により控訴審に準用される同法第三百四十五条第二項の規定する公判手続に対する重大な修正であり、変更であることはいかに巧妙な説明を以てしても否定することは許されないのであろう。

現に一件記録に徴しても、被告人側より提出した回答書によって第一審判決の事実認定について不服のないと思われる点、具体的に云えば第一審判決摘示第三の甲の(二)及び(三)同乙の(一)の事実については裁判長による被告人訊問は行われていない。

被告人訊問手続は新刑事訴訟法の採用している所謂当事者主義に対比せしめる意味においての所謂裁判所による職権審理主義の傾向の強い旧法の公判構造においては必要欠くことのできない手続である。旧法の控訴審においてこの被告人訊問手続を省略したら、控訴審の覆審的意義は大半喪失されるであろう。

(三) 以上の説明によって明らかな様に、昭和二五年最高裁判所規則第三〇号は、旧刑事訴訟法が法律で以て規定したその控訴審の審判手続に対し裁判所規則を以て、重大な変更を加え、その基本構造たる覆審主義を大きく制限しその覆審的機能を甚しく縮少していることは爭いない事実であり、原審の実際の審理もこの規則の規定に従って施行されていることも亦明瞭である。それでは、事、刑事訴訟手続に関する限りにおいてわが憲法第七十七条に基く最高裁判所規則によって「法律」が定めている手続に関する重要な規定を変更し、或はそれと正面から相反する趣旨の規則を制定することは、わが憲法上許されるものであろうか。われ〳〵は憲法解釈論としては消極的に、否定的に解するのである。

憲法第七十七条の文理より見ると、最高裁判所は、憲法によって直接訴訟に関する手続について、全般的に規則を定める権限を附与され、訴訟手続に関する規則制定権の範囲については何らの制限をも加えていない。

然し、他方、憲法第三十一条は「何人も法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ又はその他の刑罰を科せられない」と厳に規定している。そして本条の云う法律が憲法第五十九条の形式的な意味の法律であることは殆んど異論がない。かくて憲法第七十七条が最高裁判所に附与している訴訟に関する手続についての規則制定の

権限は、刑事裁判手続に関する限り憲法第三十一条によつて重大な制限を受けていると解釈しなければならぬことになる。

即ち憲法第三十一条との関連において憲法第七十七条の規則制定権の範囲を考察するならば「刑事手続に関しては、手続の基本構造及び被告人の重要な利益に関する事項については、法律によることを要すると同時に、被告人の重要な利益に関しない手続の技術的な細目的な部分については、やはり規則の制定をみとめているものと解するのが妥当であろう」（法学協会編、註解日本憲法中巻第三一三頁参照）と云う解釈論が憲法の全体の趣旨より見て、最も正しく且つ妥当なものであると信ずる。尤も憲法第七十七条の解釈論特に規則制定権の範囲、規則と法律との優劣論について種々解釈論が岐れ、未だ帰一するところがない。最高裁判所の公権的な判断も未だ示されていない。

中には、わが裁判所の規則制定権は、憲法によつて直接に附与された裁判所の固有権であり、形式的には法律の委任立法である英米の規則制定権と異る。従つて憲法第七十七条の明示する事項については、独占的に規則を以て規定すべきものであり、この領域では規則が法律に優先し法律と雖も原則としてその規定領域を侵すことはできないとの極端な解釈論もある。然し右の極端な規則優位論者は冷静に、この裁判所の規則制定権の本家であるイギリスの実際において、裁判所並に国会がこの規則制定権に対し、いかなる運営上の態度をとつているかを反省して見る必要がある。イギリスにおいては裁判所の規則制定権は法律によつて要任されたもので、制定された規則は両院に提出され、国会の監督を受けるのを建前としている。然し国会は司法権独立の尊重と裁判に関する規定が一種の専門的技術的な法規であり、素人の考えでみだりに、之れに干渉するのは妥当でないとの見地より、謙抑的態度をとりその監督を名目的なものに止め、裁判手続については事実上裁判所の広汎な自治立法を規則の形で容認しようとし、他方その様な広汎な権限を事実上与えられた裁判所も亦、その権限の行使については謙抑的態度に出でその規則制定の分野を主として民事訴訟の手続に局限し、刑事訴訟手続については原則としてその規定を法律に任かし、殆んど規則制定権を実際上は行使していないのである。これ刑事訴訟手続の持つ個人の基本的人権との重要な関係を考慮するが故に、又それを忘れぬが故に、事実上行使しうる自己の規則制定権にかくも謙抑的な態度をとるのである。

イギリスの規則制定権の制定を受継いだアメリカ合衆国においては、刑事手続について最高裁判所に広汎な規則制定権を附与しているが、憲法や法律に違反する規則は制定できないとの解釈論が、少くとも今日では圧倒的に有力である。

わが国の裁判所規則は制定後、国会に提出されてその監督を受くるものではない。又その規則制定委員会もイギリスの様な永い歴史的傳統を持たず、その組織並に運営に於て未だ完全なものとは云い難い。茲に憲法第三十一条の重大な意義がひそんでいる。かく憲法全体の趣旨に鑑みるとき、憲法第七十七条によつて裁判所に附与された訴訟手続に関する規則制定権は、事刑事裁判手続に関する限り憲法第三十一条によつて上述の様な重大な制限を受け「法律」の規定と矛盾する様な規則を制定することは憲法上許されないものと解するのである。

従つて上述の様に旧刑事訴訟法の採用している控訴審の基本構造に、重大な修正変更を加えている本件の昭和二五年最高裁判所規則第三〇号「旧刑事訴訟法事件の控訴審及び上告審における審判の特例に関する規則」中の第二章控訴審に関する部分の規則は憲法第七十七条並びに同法第三十一条に違反する憲法違反の規則であり、かゝる憲法違反の規則を適用してなされた原審控訴審の判決は当然破棄さるべきものであると信ずる。

第二点

一件記録により原審の公判調書を調査するに、記録第五一二丁裏以下に左の調書記載がある。

「裁判長証拠調をなす旨を告げ、証拠として

一、……

一、……

一、……　　省略

一、……

一、原審判決書

を読聞かせ又はその要旨を告げ証拠品は之を展示し、その都度被告人に対し意見弁解の有無を問い云々」

控訴審において、その第一審判決書は意見を記載した書類であつて証拠書類としての適格性を有するものでない。従つて之について証拠として証拠調をすることは甚しき法の誤解であり、その証拠調手続は許し難い法の違反を犯しているとも云わねばならぬ。この点において原判決は当然職権により破棄さるべきものと思料する。

以上

昭和二五年(あ)第一九六六号

決定

本籍　広島県賀茂郡竹原町三七一三番地

住居　同県同郡同町一四四九番地の一七　製粉業　笠岡良造　大正六年二月三日生

右の者に対する物価統制令違反被告事件について昭和二五年六月二三日広島高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人今西貞夫の上告趣意は、末尾添附別紙記載のとおりであるが、論旨は総て刑訴四〇五条の上告理由に当らない。しかも論旨第一点につき検討するに、原判決の趣旨とするところは、要するに、被告人は、自己が取締役社長をしている会社の工員の食用に直接供する等の目的意図を以て、精麦等を公定価格を超過して買受けたとの第一審判決の認定事実を肯定し、かかる被告人の買受行為は、その目的意図等に徴し、結局右会社の業務に関してなされたものといい得るとするにあることは明瞭である。そして原判決が物価統制令一一条但書に触れたのは、右の如く、直接会社の工員の食用に供する等の目的で精麦等を買受けることは、結局会社の業務に関することとなるとの意味において、同条但書にいわゆる「業務に関し」

一二月二四日決定　昭和二五年(あ)第一九六六号

の語を用いたものであつて、被告人自身の業務を指す意味でないことは明らかである。本論旨は従つて採用できない。

その他記録を調べても刑訴四一一条を適用して原判決を破棄する事由を発見することはできない。

よつて同四一四条、三八六条一項三号により主文のとおり決定する。

この決定は、裁判官全員一致の意見である。

昭和二七年一二月二四日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井　上　登

裁判官　島　保

裁判官　河　村　又　介

裁判官　小　林　俊　三

裁判官　本　村　善太郎

弁護人今西貞夫の上告趣意

第一点　原審判決は重要な点について法令の解釈を誤つた違法がある。

原判決が理由中に認めた事実は、「帝国製粉株式会社の取締役社長の地位にある被告人が、昭和二十四年三月下旬頃、長尾製麦所代表者中尾弘から再三頼まれて押麦二千五百瓩（五十瓩入五十俵）を個人として買受けたものであるが、量が多いから会社の工員にも与えてもよいと思つた。そして結局は一部は自家消費に当て、一部は工員に無償で与え、残りは経済調査庁の調査があるとき云うので他人に譲つて仕舞つた。」と云うのである。

物価統制令第十一条は、営利の目的のない場合は罪にならないが、「但し、当該契約を為すことが自己の業務に属する者については此の限りに在らず」とあつて、製粉業を目的とする会社の代表者や従業員が、工員に与える為めに食料を買入れることは、会社の業務に関するか否かについては、「会社の業務に関し」との解釈上の限界となるところで、寧ろ消極に解すべきものと思考せられるが、仮りに一歩退いて、夫れは会社の業務に関するものであるとしても、原判決の説明に依ると、「本件は被告人が会社の社長として買受けたものでないことは明らかであるが、個人として之を買受けた目的は、会社の従業員の労に酬い、以て従業員を励まし、延いては会社の成績を挙げることにあるので、是れは物価統制令第十一条但書「業務に関し」と謂うに該るものである。」との見解であつて、是れは明らかに法の誤解である。

即ち原判決は、物価統制令第十一条但書の「自己の業務に属する者」とあるのに、同令第四十条の「法人又は人の業務に関し」とある二つの規定を混同同一視して考えられたものであつて、会社の社長が社長として買入れた場合でも、会社

被告人　笠　岡　良　造

の業務に関しては居るが、それは直に自己の業務に属するとは謂えないのみならず、社長としてではなく個人として買入れたことを認める以上、会社の工員に与えることも他人に対する贈与行為に過ぎないのであつて、固より自己の業務に属するものでは全然あり得ない。

本件は自己の業務に属しない以上、犯罪を構成しない案件であるから、右の法令の誤解は重大な意義を持つものであり、此の点で原判決は破毀を免れねものと思考する。

第二点　原判決は重大な事実の誤認がある。

原判決は、被告人が自家消費の目的で個人で買受けたのであるが、量が多いので会社の工員に与えてもよいと思つたと云う被告人の買受当時の意思を肯定し乍ら、此の二つの意図が渾然として併存して居たと見るのが、眞実に合していると言わねばならないから、五十俵全体について工員に食糧として分けてやる目的であつたと認定した第一審判決は正当である。と説示しているが、個人の自家消費の場合には、何等罪とならないものであり、仮りに会社工員に与える目的があるとしても、其の罪となるべき物品の数量特に超過価格の多寡が刑の量定の基本となるものであるから、其の限度が不明確な場合は、右被告の意図の通り、其の内の一部を工員に与えてもよいと思う意思の下にとして、事実其の儘を認定すべきであるに拘らず、五十俵全部を犯罪とし公定超過額を合計一万四千円と認定した第一審判決を是認したのは、重大なる事実の誤認であると謂わねばならない。

第三点　原判決は刑の量定が著しく不当である。

原判決が被告人を懲役四月及び罰金三万円に処した第一審判決を支持したが、本件押麦を被告人に買受方を依頼した中尾弘及び片山七郎は、政府から搗精を委託され業務上保留中の物件を、擅に公定価格を超えて売却横領したものであるが、孰れも第一審に於て執行猶予の恩典を与えられて居つて、本件とは刑の権衡を失して居ることは明白である。原判決は右中尾等の判決が軽きに失するのであると論ぜられてあるが、世間の狭い田舎の町で、何人が見ても重い情状の人が執行猶予で確定し、軽い者が刑務所に服役すると云う事は、地方人をして不可思議の感を抱かしめ、裁判に対する信頼をなくする。世の中の犯罪が悉く検挙されるものではないので、疑わしきは罰せずの原則もあり、斯様な場合には被告人に有利な事情と見て其の地方の人心を納得せしめるのが、社会正義から来る要求である。原審の様に刑の一般妥当性と云う見方もあるが、関心を持つのは関係地方人丈けである。抽象的理想論よりも現実の安定が必要であると思考する。殊に原審は、被告人が上訴中の（罰金一万円の言渡に対し）事件のあるのを確定した事件と同視して、被告人の遵法観念を強く責めて居るが、是亦理論を超えた苛酷な根拠であつて、田舎に於ては被告となる事自体が苦痛とし、体刑丈けは執行猶予されたからと云つて他戒目的が達せられない理由はなく、寧ろ寛刑に依つて改過の実を挙げられれば、国家の為にもなるものであつて、都会の悪質厚顔の者と素朴の田舎人士を劃一的に見て刑の権衡を採ろうと云うが如きは、決して妥当の裁判と云い難いものと思料する。

以　上

昭和二六年(あ)第三三四号

判　決

本籍並びに住居　横浜市神奈川区神明町六番地

無　職

小　西　夏　子

大正一二年九月一〇日生

右の者に対する麻薬取締法違反被告事件について昭和二五年一一月八日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人柴田次郎の上告趣意第一点は、判例違反を主張するけれどもその実質は、刑訴四一一条に該当する事由のあることを主張するに帰するし、同第二点は単なる法令違反、同第三点は量刑不当の各主張であつて、すべて、上告適法の理由にならない。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。（なお、第一審判決が証拠としているCID の犯罪捜査報告書とは犯罪調査報告として訳文のある調査報告書の一部を意味すること明らかであつて、これについては適法に証拠調べをしたことが認められる。）

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二七年一二月二四日

一二月二四日判決　昭和二六年(あ)第三三四号

一二月二四日判決　昭和二六年(あ)第三三四号

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上　登
裁判官　島　保
裁判官　河村又介
裁判官　小林俊三
裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第三三四号

弁護人柴田次郎の上告趣意

第一点

原判決は、大審院並びに高等裁判所の判例と相反する判断をした違法があるから、破棄を免れないものと思料する。

即ち、原審判決は其の理由中に於て「……刑事訴訟法第三百九十七条に則り原判決を破棄し、なお本件は、記録並びに原裁判所において取調べた証拠により、直らに判決することができると認められるから、同法第四百条但書を適用し、次のとおり更に判決する云々」といつているから、第二審判決の判断資料となつたものは記録並びに第一審裁判所において取調べた証拠である。さて、第一審裁判所に於て取調べた証拠として第一審公判調書に現われているものは、C1D作成に係る逮捕手続書、同調査報告書、同冒頭報告書、同陳述書、同試験報告書等であるが、右の内、逮捕手続書とは恐らくは記録第二四丁及び第二五丁の英文書類 Arrest fact shees を指すものと思われるが、日本語の訳文は本件記録中、何処にも発見することは出来ない。又、調査報告書とは恐らくは記録第二十六丁、第三二丁乃至第四一丁の英文書類を一括して指称して居るものと思われるが、その内第三七丁の一部、第二六丁、第三二丁、第三八丁乃至第四一丁に付いては、全然日本語の訳文が見当らない（右第三八丁乃至第四一丁が、調査報告書の一部であることは第三七丁の(16)項の記載から明らかであるが、人の供述を内容とする点からみれば、公判調書に謂う所の陳述書を指すものとも思われる。何れにしても訳文がない）。即ち、記録第二七丁乃至第三一丁の訳文では、全部飜訳されていない。前記、逮捕手続書全部の訳が抜けていたり、陳述書の訳が抜けていたりする。又、第三一丁の(16)項と第三七丁の(16)項とは対応しないから、何処かその間にミスがある。又、公判調書に、所謂「冒頭報告書」とは何であるか原本を記録中に発見し難い。

被告人　小西夏子

而して、裁判所が右各証拠書類の中、全然訳文のないものや一部訳文の欠けている部分を法廷に於て飜訳して朗読したり、誰かに之をさせた形跡は認められない。従つて、右書類は適法な証拠調をしたものともいえない。

之を要するに、第二審判決は裁判所法第七十四条の「裁判所は日本語を用いる」という規定の精神を無視した第一審の記録及び証拠の扱方を訂正することなく、その儘之に基いて判決したと断定せざるを得ない。

而して、昭和二十五年四月十八日、仙台高等裁判所第三刑事部言渡に係る判決中に「原判示事実認定の証拠として、被告人の判示同旨の供述と医師の証明書を挙げている。然して、右医師の証明書は、その内容の重要な部分が英文を以て記載されているのであるから、裁判所において右英文を解するが為めに飜訳人をして飜訳させない場合に於ても、これが証拠調を為す場合に於ては、その提出者に於て飜訳して朗読するか、或は裁判所自ら、飜訳の上朗読すべきものであることは、裁判所法第七十四条の規定から徴して明らかである。しかるに……右医師の証明書を裁判所書記官補に朗読せしめたとの記録あるのみで、翻訳して朗読した形跡が認められない。従つて、右証明書は適法な証拠調をしたものといえない。しかしてこの訴訟手続上の法令違反も、判決に影響を及ぼすこと明らかであると言わねばならぬ」と示し、破棄している。

又、大正十三年九月二日大審院決定及び昭和十年十月二九日大審院判決は、何れも「裁判所に於ては、日本語を用うべきもの」と規定している裁判所構成法第百十五条の要請に反する書類の効力を否定している。

果して然らば、原審判決資料たる前掲CID作成に係る諸書類は、適法なる訴訟手続に基き証拠調を経たものでなく、前掲大審院並びに高等裁判所判例に違反したものであると言わねばならぬ。然らば、原判決は破棄を免れない。

第二点

原判決は、法令の違反があり、判決に影響を及ぼすこと明らかである。

即ち、記録に徴すれば、検察官は本件第一審裁判所の判決が執行猶予を附したことに対し、量刑不当を理由として控訴をしたことが認められるが、この場合控訴趣意書に訴訟記録及び原裁判所に於て取調べた証拠で、之に依り刑の量定が不当である事を信ぜしめるに足るものを援用しなければならないことは、刑事訴訟法第三百八十一条に依るも明らかである。即ち、控訴趣意書には量刑不当を信ずるに足る証拠や資料を援用する事を要するのである。然るに、本件控訴趣意書は、この要件を充していないことは一見して明らかである。従つて、刑事訴訟法第三百八十一条に準則した適法な控訴趣意書であると言う事は出来ない。原審は、之を不適法な控訴として控訴棄却すべきであるにも拘らず、漫然之を受理したことは刑事訴訟法第三百八十一条の解釈を誤り判決したもので、原判決は此の点よりするも破棄を免れないものと信ずる。

第三点

原判決は、刑の量定が甚しく不当であり、之を破棄しなければ著しく正義に反する。

記録第二四丁及び第二五丁のCID作成の逮捕手続書に依れば、その作成日附たる昭和二十五年二月二十一日当時、既に在宅になつていること。即ち、犯行日時である同月十三日より僅々一週間位で、CIDは在宅にしたことがわかる。当時、横浜に於て斯様な寛大な措置をとられたことは異例であつた。これは、被告人の境遇がCID係官から余程同情された為であつて、被告人はその後在宅の儘、一回も勾留もされず今日に至り、第一審裁判所も被告人の境遇及び犯情に同情すべきものありとして執行猶予の恩典に浴せしめた。では、被告人の本件犯行には如何なる事情がひそんでいたか。それは、本弁護人がさきに検察官の控訴趣意書に対し、昭和二十五年九月二十七日附答弁書（記録編綴）の記載をここに援用する。

然るに、原審裁判所は右の事情に留意することなく、又現在の裁判所の設備や人手の関係から、公判調書に関係人の供

述を録音的に速記することは難しく、量刑の参考となるに足る程度に凡ての事情を書き残すことは事実上不可能であること。換言すれば、第一審裁判所の量刑判断によつて来るものは、決して公判調書に残されてある部分だけではないことは不可避的であり、公知といつてもよい現実そのものであるに拘らず、第二審公判廷では何等直接の口頭審理をもちいず、被告人の陳述すらきかずに、専ら前記の如き公判調書等を含む書類により重大な量刑を変更したことは、司法の正義に反する。望ましいことではありませんが、現実の慣行からして執行猶予の言渡をした判決の記録の調書は、ともすれば簡単に整理され勝であり、然も検察官の控訴は、その記録を調査後控訴期間満了間際になされることが多いのであり、之は理窟ではなく現実なのであります。それにも拘らず、理論上公判調書には凡てが尽されているべきであるというところから、事実は右理論の通りでないのに拘らず、現実に眼を蔽つて書面審理により重大な量刑を変更することは、何としても司法の正義に反すると思われます。

本件は、執行猶予を附した第一審判決の量刑が相当であり、之を変更した第二審判決は、甚しく不当であり正義に反すると思料致します。

以　上

昭和二六年(あ)第二一八六号

判　決

本　籍　朝鮮慶尚南道馬山府月影洞

住　居　東京都品川区西品川四丁目九九二番地

新光電機産業株式会社社長

金　翼　寿

大正五年六月一六日生

右の者に対する商標法違反被告事件について昭和二六年四月二一日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人桑名邦雄の上告理由について。

所論は刑訴四〇五条に定められた上告理由にあたらない。

弁護人加藤隆久及び同遠藤利一郎の上告理由第一点について。

所論は原審において控訴趣意として主張されず従て原審の判断を経ていない事項に関する主張であるから適法な上告理由とならない。のみならず記録を調べてみると、第一審第六回公判において、裁判官の「昨年二月頃証拠物として取押えられた

一二月二四日判決　昭和二六年(あ)第二一八六号

一二月二四日判決　昭和二六年(あ)第二一八六号　二

電球を販売するために物置にしまい込んでいたのか」との質問に対して、被告人は「左様であります」と供述している。してみれば被告人が販売の目的を以て所持したという証明はない。ということを根拠とする違憲の主張は、その前提を欠くものであつて失当である。

同第二点について。

縷々展開された論旨結局は量刑不当の主張に帰し適法な上告理由とならない。

なお記録を調べてみても刑訴四一一条を適用すべき事由は認められない。

よつて刑訴四〇八条に従い、裁判官全員一致の意見を以て、主文のとおり判決する。

昭和二七年一二月二四日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　井上登

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　小林俊三

裁判官　本村善太郎

昭和二六年(あ)第二一八六号

弁護人桑名邦雄の上告趣意

第一点　本件起訴は起訴状記載の通り電球二三七〇個であり、然るに係らず本件判決の電球は合計二三九〇個である。仍て原判決は起訴請求したる二〇個の分に対しても含んで判決したものである。即ち訴因の変更又は追加の手続を要するものなるに係らずこれを為さないのは訴訟上の違反手続あるものにして法令違反の廉を以て上告の理由とする。

第二点　他の弁護人提出の上告趣意書を援用する。

被告人　金翼壽

以上

昭和二六年(あ)第二一八六号

弁護人加藤隆久、同遠藤利一郎の上告趣意

第一点　販売の目的を以て所持したという証明がない。

(一)　本件偽装マツダ電球の製造は、昭和二十三年夏頃電球の配給制度が廃止になつてから一般業者間で公然と製造されていたものであつて、当時被告人会社の電球の一手販売をしていた土田慶次にすゝめられて右の製造したもので、最初から商標法違反に触れるというような大それた考えはなかつた。

(二)　処が翌二十四年二月頃新聞記事で右偽装電球の製造は商標法違反であるということを知つたので、被告人は残品二、三九〇個を収束してこれを工場内に保管したのであるが、当時の噂では近く東芝の方で業者救済の為既製の偽マツダを一定の価格を定めて東芝の指定する取扱業者に引取らせるようにするそうだということであつたので、被告人としては其の時期を待つていたのであります。

又、東芝の方で救済してくれなければ、電球を廃毀して、口金や、タングステンは被告人会社の正当製品に再使用に供し、球は潰してガラス原料にする予定であつた。

従つて、販売の目的と云つても、これを本物であるとして販売する目的ではなかつた。

(三)　商法第三十四条第一項第一号に「販売ノ目的ヲ以テ所持スル」とは偽装商標を使用した商品を、偽装でない本物の商品として販売する目的で所持する場合を意味する。

然るに第一審はこの点に関する審理を盡さず、しかも重大なる事実の誤認をしている。

被告人　金岡こと　金翼壽

即ち第三回公判に於て裁判長の被告人に対する尋問に於て、（記録一八丁）

問　二三九〇個保管しておいて、後の処分はどうする積りか。

答　後の処分は考えていませんでしたが、売る積はありませんでした。

検察官の尋問に於て、（記録二二丁）

問　後になつて売れたら売る気持であつたのではないか。

答　そんな考えはなく、しまつておいたのです。

これだけの審理を以て、被告人が該僞裝電球を直ちに廃棄しないで保管しておつたというだけのことで、これを本物として販売する目的があつたと認定したのは審理不盡であり、事実の重大なる誤認である。

（註）被告人は朝鮮人であつて日本語のもつ言葉の含み等が理解できず、しかもかゝる法廷は初めてのことであり、又当時同一又は類似の事件が皆罰金で済んでいたので、深い弁明もしなかつたのであります。

(四)　尤も第一審の認定は、新聞記事が出る迄は本物と僞裝して販売しておつたから、新聞記事を見たからには直ちに廃棄するのが当然で、それをしないで保管していたということから、悪意の推定を下したものと思われる。これは一応尤もとも云えるけれども、唯そのまゝ保管していたという消極的な事実だけで、被告人の積極的な悪意を推定することは所謂「人を見たら泥棒と思え」という性悪の思想背景に立つ考え方である。

一度犯罪を犯したものは十人が十人必ず再犯するとは限らない。今日執行猶予の制度は、犯罪者の再犯を自発的に防止せしめようとする特別防衛主義即ち教育主義の刑罰政策に立脚する。

かゝる政策は一人でも再犯を犯す者の尠からんことを希求し、否全初犯者をして再犯の過から救おうと云う慈悲の政策であり、所謂性善の思想に立脚しているのである。これは今日の文明刑法の大精神であると同時に裁判検察、就中裁判官が人に対して罪を断ずるに当つては、この政策の嚮う処を志向すべきは当然のことでなければならない。果して然りとすれば本件に於ても、唯直ぐに廃棄しなかつたという一事を以て被告人の積極的悪意を推定することは法の精神に悖るべく、従つて新憲法第三十一条、第三十七条の趣旨にも背馳するものと云わなければならない。

故に此点に於て第一審判決は審理不盡であり、事実を不当に認定した違法がある。

かゝることは判決に影響を及ぼす重大なる事実の誤認であつて、著しく正義に反するものと言わなければならない。

従つて右第一審の判決を維持した原審判決は破棄を免れない。

第二点

原判決は刑の量定が不当として控訴したのに対し控訴棄却をしたものであるが、右は左記理由で著しく正義に反し量刑過当であるから破棄されたい。そうして其の理由として右被告人の事犯に対しては酌量すべき情状は左の通りである。

(一)　被告人等の経営する新光電機産業株式会社が、東京芝浦電気株式会社の登録商標であるマツダの商標と類似商標を使用して電球を製作するに至つた動機は、右被告人等の経営する会社の製作する新光電球の大井配給所をやつていた土由慶次が昭和二十三年夏頃電球の配給制度徹廃になり、新光電球の売行が悪く其の支払が停滞していたので、今後マツダのマーク入で作つて呉れれば売行もよく支払も停滞せぬからとの注文によるものであつて、最初から被告人等の経営する会社が自発的に製作したものではない。

右は、

(1)　土田慶次に対する司法警察員の第二回供述調書（三十八丁）に「私は新光電機大井配給所の名目で電球を販売して居ました。そうしたら今年の五、六月頃から配給が廃止となつて自由販売となつた為普通の電球は売行が非常に悪くなりました。そこで私は他所でカンマツ（僞マツダ電球）を製造販売して居る話を聞きましたので会社でカンマツを

造つて見てはどうか、売りは僕の方で責任もつてやる」との供述。

(2) 第四回公判調書に証人土田慶次の証言として（六十二丁―六十四丁）「新光電機の営業方面担当の重役臼井三郎からマツダ商標のついている電球を見せて貰い、之は似ているし又売れるだろう、又見せて貰つた見本はマークがマツタとなつていたので、それではいけないマツダと直した方がよいと私が云つて注文した。場所は新光電機の工場で私と臼井の二人で話した。

商標のマークの型は会社で造つたのもあり、私の方で後で造つたのもある。」との供述。

(3) 同公判調書（五十八丁―六十丁）で証人臼井三郎の証言として「新光電機産業株式会社の取締役として営業資材関係を担当しており、電球配給所の土田慶次からマツダ商標の電球製作の話があり、これなら出るとて注文があり、電球のマークを造る印は配給所の方で造つて廻してくれた。」との供述。

(4) 被告人の被疑者としての司法警察員に対する第二回供述調書（八十丁）に「昭和二十三年七、八月土田の注文によつて製造販売した。」との供述。

(5) 第三回公判調書（十五丁）に被告人の「電球の配給解除後新光電球の売行が悪いというので、今まで電球の配給を扱つていた土田がマツダの商標入の電球を作つてくれれば停滞しないで代金が支払に出来るというので製作した。」との供述。

等によつて明らかである。

(二) 当時会社の内部関係としては、その主動力は被告人にはなく他の取締役にあつたので、被告人は只社長という看板に過ぎなかつたのである。又偽マツダ電球は新光電球製作の仕事の合い間に製作したものである。

右は、

(1) 第六回公判調書に証人武田義二の証言として「被告人は取締役社長、臼井三郎、沼能貞一、橋本某、私は取締役であつた。臼井三郎は営業方面を担当し、社長の留守の場合は社長の役目を務め（九九丁）独断的な判断によつて事務を処理していた。（一〇〇丁）

而して給料等は臼井、沼能、橋本等が多く取つており（九九丁）電球製造に一番知識のあつたのは取締役中では沼能であり、臼井はガラスの方は知識があり、両人は以前は何れも東京芝浦電気株式会社に勤務していたものである。臼井三郎は一番大きな力を持つており、（一〇六丁）臼井等の取締役に会社の金を自由にされていた。」との供述。

(2) 被告人の第三回公判調書に於ける「私は製作上の知識及技術がないので毎日は出勤せず、他の取締役は毎日出勤しておつた。」（一八丁）「偽マツダの製造していた時は新光電球も作つていた。偽マツダは合い間に作つておつた。」（一九丁、二〇丁）との供述。

等で明らかである。

(三) 注文を受けて製作したのは臼井三郎である。

右は証人臼井三郎及土田慶次の前記第四回公判調書に於ける各証言殊に証人土田慶次の、「本件について被告人と話合つたのは臼井が居なくなつてからで、臼井の居なくなつたのは翌年四月頃だと思う。」との趣旨の供述（六三丁）及第三回公判調書（一五丁）に於ける被告人の供述で明らかである。

(四) 被告人の当時の健康状態及会社へ出勤の状況は、第四回公判調書に於ける証人臼井三郎の証言（五九丁）及第六回公判調書に於ける証人武田義二の証言（一〇三丁）によつて、被告人が昭和二十三年頃胃腸を害し身体具合が悪く会社へ来たり、来なかつたりした事が判り、又証人武田義二の証言によつて（一〇一丁、一〇二丁）被告人が昭和二十三年八月より十月頃まで北海道へ旅行不在中であつたことが判るのである。

(五) 犯行後の情状は第三回公判調書に於ける被告人の供述（一七丁、一八丁、二一丁）として「新聞に偽マツダの事が出た後は製造販売を中止し、臼井も工員もやめさせて在庫品二千三百九十個を保管させたが、之は売る考ではなかつた。被害者東京芝浦電気株式会社に謝罪にいつた。」趣旨の供述及謝罪の方法として、右会社の代理人に対し損害の一部賠償をした（一三一丁右会社代理人上申書）ことにより其の改悛の情状を知り得るのである。

(六) 量刑過当

敍上の各諸点は、何れも其の情状を酌量せらるべき点のみである。

本件事犯に於て被告人が新光電機産業株式会社の代表者であるという点に、主点を置いて其の責任を被告人に課した嫌があるものである。商標法には例えば臨時物資需給調整法第六条のような規定はないけれども、責任の主体者たる法人又は主たる実際行為者たる他の取締役個人に対して科刑し得るものである。又止むを得ず被告人を処刑するとしても前敍の情状等を酌量すれば原判決の如く懲役刑を以てせずとも罰金刑を以て充分科刑の目的を達し得るものであるにも係らず、何等これ等諸種の事情及情状を採用も酌量もせず前科のない被告人に対し懲役刑を科し、剰え刑の執行猶予の点等を考量しないのは甚だその量刑過当であると言うべきである。

(七) 本件の量刑過当は著しく正義に反する

本件は被告人が他人の登録商標をその他人の商品と同一商品である電球に使用したもの二千三百九十個を販売の目的で所持していたというので起訴されたのであるが、当時これ等一連の違反事件は経済界の不況によつて発生し摘発せられるに至つたのである。

(1) 偽装マツダの簇生した原因、経過及結果

被告人は臼井三郎外六名と共に昭和二十二年八月資本金十九万円（一株五十円、三千八百株）で電球の製造を主たる目的として新光電機産業株式会社を設立し、被告人が社長となり、臼井三郎が専務取締役、橋本、沼能が常務取締役となつて発足したものであるが、昭和二十三年夏頃、電球の配給制度が撤廃となつた結果、東京芝浦電気株式会社の製造にかかるマツダ電球に需要が集中し一般中小電球会社の製品の売行きが減少してきた。しかし東芝のマツダ電球は製造量に限度があつて、急激な需要増加に応するだけの生産が間に合わなくなつた結果、これが需給の関係と、取引温存の為一般業者が偽装マツダを作るようになつて当時一般中小工場で公然とこれを製造したものである。

(註) 需要がマツダに集中して来たが、当時マツダの六十ワットは一箇五十円乃至六十円で市販されていた。そうして偽装マツダの製造は最初神田が本場であつたので、業者は一般に偽装マツダを「カンマツ」と称して公然と販売されるようになつた。

処がこの「カンマツ」は本物のマツダの半額の二十五円乃至三十円で販売されたので、需要者は、価格の関係から安いマツダ即「カンマツ」ということを承知で買うようになつた。当時業者は顧客に対し「本マツ」ですか「カンマツ」ですかとはつきり聞いて、顧客の希望で其の売価を区別して売つていたものである。又実際上、カンマツ二箇と本マツ一箇で耐久力の上から云うと殆ど同等で、需要者から云うと損徳はなかつた。只臨時に使用するような場合は寧ろ「カンマツ」の方が安いから便利でもあつたので需要者から喜ばれたと云う現象も起つた。

又東芝の方から見ても東芝のマツダが需要に応じ切れないでいた時であるから別に大して問題にもせなかつたばかりでなく、東芝が漸次製造能力を拡張する間の空白期間を「カンマツ」がマツダの名を宣傳強化した感があつた。併し需要者の目は高いもので、本マツが漸次生産が増強して一般の需要に応ぜられるようになつたら「カンマツ」は自然に売れなくなつて没落してしまつた。これは逃げた塞翁の馬が小馬を連れて帰つて来た形ちである。

経済上の問題は法の力を待たないでも需要供給の関係で解決できるものである。

併し、従来商標法違反事件で、当該被告人が体刑の前科でもあるとか或は同一の商標法違反事件で二回以上罰金刑でも受けたと云う場合の外純然たる初犯で、体刑の実刑を受けたと云う事案は殆ど皆無と云つてよい。

本件の公訴事実は商標法第三四条第一号後段の不法所持即ち「販売の目的で」二千三百九十箇を所持したことを訴因としているが、実際に於ては偽装商標を使用してその商品を製造販売し、又数量も四、五万箇に及んでおると云う点を状情として体刑の実刑を科したものと思われるが、これは不利益な状情のみを取り入れて、前数項に述べた被告人の利益な状情を斟酌しないばかりか、その被告人が四、五万箇によつて利得した利益十五万円も已井、橋本等によつて殆ど消費せられ（第六回公判武田の証言）遂に工場閉塞のやむなきに至つた事情等をも考慮に入れていない。しかのみならず此種商標法違反事件では被害者である東芝電気の宥恕があるに拘らずそれをすら考慮に入れていない。

(2)

（註）旧商標法では商標の侵害は親告罪となつていた。現行法がそれを非親告罪とした理由は、被害者である商標権者が宥恕しても、一般購買者が偽せ物を本物と同一の価格で売買される虞れがあると云う点に着眼して公の秩序の見地から非親告罪にしたものである。従つて裁判の実際に於てはこの点を十分区別して状情に付て特に考慮が必要でありましょう。

そうして本件に於ては「カンマツ」は需要者に於ても一般にこれを知り、又販売業者も「カンマツ」として本物の半額で販売したことは前述の通りであるから、現行商標法が非親告罪として立法趣旨を阻害していないから商標権者である東芝がこれを宥恕した以上は、それ以上本件を非親告的に解釈する必要はない。

同一事案と比較して著しく刑が過当である。

現に別紙参考(一)の東京簡易裁判所（裁判官河原仁）昭和二十五年(い)第八四五九号、被告人任吉東（外二名）に係る本件と同種類の東芝マツダ電球の商標違反事件に於て、被告人任吉東は偽装マツダを四万一千百二十九個を製し更にこれを販売したという二つの訴因であるに拘らず、罰金四万円であつた。）

又同事件で土田慶次、同古屋巖は二万六千九百五十箇の販売の一訴因で各々四万円に処せられている。（この内土田は正式裁判を申立てず、古屋は正式裁判で三万円となつた。）

更に別紙参考(二)の東京簡易裁判所（裁判官井崎富之助）昭和二十六年二月二十七日言渡された小野仁助外八名に係る同種偽装マツダ電球事件で、安達守が八千八百十八箇の不法所持で罰金三万円に処せられ、その他最低罰金千円となつている。

以上のようにこれら事案の不法製造販売、所持罪に於ても訴因以外の内容に於て更に多量の製造、販売等があつたかも知れないが、兎に角訴因として現われているだけでは上述のような量刑である。

本件被告事件に於ても二、三九〇個の不法所持を訴因として起訴されているに過ぎない。（製造、販売については起訴の必要がなかつたものである）

果してそうだとすれば、本件起訴に係る不法所持だけを以てしては前掲同一又は類似の事案に比較して著しく刑の量定が過重である。

(3)

判例法

抑も今日文明刑法に於て法定刑を著しく拡張してその裁量を挙げて裁判所に一任する所以のものは、事案の性質状情等に於て所謂立法の趣旨確立せんとしたものである。（これは米国連邦大審院の憲法解釈に於て特にそれが顕著である）この意味に於て裁判所は立法府から一定事案の具体的立法権を委任されているものとも云えるでありましょう。

故に裁判所の裁判は其範囲に於て立法者としての観点に立つて事案に対して公平妥当な裁量を為すべき権利を賦与されているのであります。

しかしそれは決して裁判官の恣意を許すものではなく、おのずから其処に一定の限界と基準が生れて来なければならない。それは裁判官の努力と良識によつて完成さるべき範疇に属するものである。

従つてその限界と基準に妥当しない裁判は裁判立法の使命に反するものであるばかりでなく法の解釈をも誤つたものと云わなければならない。この種商標法違反事件で初犯にして前科なき者に対しては殆ど罰金刑を以て臨み、万一体刑を以てする場合に於ても必ず執行猶予を附するというのが今日としては確固たる判例となつているのである。

現に前記例示の二つの事案に於ても罰金刑以上に出ておらず、併かも罰金完納不能の場合に於ける換価金額も一日金二百円としておることに於ても符節を合せる如く一致している。

(註) 例示判例はこの他にも多数あることは既に裁判所に顕著な事実であります。

(4) 法は正義の象徴である

法は正義の象徴であると同時にそれが擁護の天使である。故に法（判例法を含む）の価値判断を誤るということは、法の威信を失墜し、法の使命を傷け、延いては正義の理念に悖ることにもなる。

そうして正義（Justice）とは何ぞやと云うに、正義の概念については古来幾多の碩学の論説したところであつて、古くはプラトン・アリストテレス近くはカント・シュタウラー等の西哲を始め、東洋に於ても儒教・佛教の教理の中にも着眼の区別と説き方の相違こそあれ、正義＝徳目・善行＝の理念について説かれるところは汗牛充棟である。

法律学上に於て正義とは何ぞやと云うに、正義とは抽象的には法の理念に妥当することを意味し、具体的には法の価値判断を定める規準である。故に正義が失われては法はなく、法を離れては正義がないということになる。従つて正義を離れて法の価値判断は成立しない。

この正義の意味を更に具体的に理解する為には、法内在的な正義の概念と、法超越的な正義の概念とに区別して考察する必要がある。

法内在的な正義とは実定法上の規定が肆意の介入を排除して適格に行われることである。実定法は原則として多くの個別的な場合に通ずる一般規定から成立するから法に内在する理念は実定法の適用が特種の事情の為に左右されないことを求める。正義はここで法確実性の要求として現われるのである。

次に法超越的な正義は実定法の外に究極の目的を有し、寧ろ実定法の正邪を判定すべき使命をもつている。この見地からすると実定法に忠実なだけでは正義の要求に適合せないばかりか、場合によつては実定法そのもののもとに執着することは正義に反することにもなるのである。法超越的な正義は法の目的を示し、法の価値を定める点で法内在的正義と一致するけれども、実質的には純粋な法的概念でなく、著しく道義的・政策的色彩を帯びている。

これら二つの正義は概念上は区別され得るけれども実在的形象としてはもとより相互密接に関連し、法超越的正義は実定法の精神に浸透し、実定法に内在する正義はまた常に法超越的正義を目指している。

故に法はこの両者の合致する所に静止し、ここに法の完全なる妥当性が生れるのである。（尾高朝雄所論引用）法律学上に於ける正義の概念に対する法内在的と法超越的理念は佛教哲学に於ける小乗論と大乗論の対立と融和の形相に一致するものである。即ち法内在論は小乗論であり、法超越論は大乗論であるのであります。

本件に於て被告人金翼壽が実刑を受けるか執行猶予になるかは、彼が終生前科者としての烙印を押されるか、猶予期間を満了すれば晴天白日の身となれるかと云う、彼の生涯を通して起死回生の関頭に立たされているのでありま す。

従つて本件に於て被告人が罰金刑にならなかつたことは我慢するとしても、体刑の実刑をうけると云うことは彼にとつて終生回復することのできない致命傷なのであります。

彼が一己の毀誉褒貶は別として、これから教育すべき多くの子女を持つ彼としては実刑には到底堪え得られないのであります。何故かと申せば彼の実刑は罪なき子女にも致命的打撃を与えるからであります。

本件は僅かに四ケ月の懲役でありますが、敍上の意味に於て彼にとつてはそれが亦致命傷となるのであります。仍て玆に上告趣意を具申して御明裁を仰がんとする所以であります。

以上上申する所によりまして、願わくばこの被告人の衷情を御憫察下されて、罰金若しくは執行猶予の御恩典を希求してやみません。

以　上

判　決

本籍並住居　岩手県東磐井郡薄衣村字八幡　農業兼製炭業　三浦広吉　明治四四年五月七日生

右に対する公文書偽造、偽造公文書行使教唆、食糧管理法違反被告事件について昭和二二年五月二二日仙台高等裁判所の言渡した判決に対し被告人及び原審弁護人山田欽治から上告の申立があつたので、当裁判所は刑訴施行法二条に従い次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人松川昌蔵、同山田欽治の上告趣意第一点について。

論旨は「本件は頗る疑問の案件」で被告人の筆跡である証九号の一第一五号、第一六号と証第一号供出手帳の第三段第四段の筆跡が同一であることの確証がなければ判示犯罪の成立を認め得ない旨主張し、その事由を第一上告趣意書記載第一点(甲)乃至(申)及び第二上告趣意書記載のとおり縷述するのである。しかし、原審の認定した判示犯行事実は、その挙示する証拠を綜合するとこれを肯認するに難くないのであつて原審が事実認定の資料としたのは被告人に対する強制処分における判事の訊問調書及び予審第一回の訊問調書中の各供述記載だけであつて警察署及び検事局における

被告人の自白は事実認定の資料とされてはいない。そしてまた右証拠として引用された被告人の供述が強制によるものであることを窺い得る証跡は記録上存在しないのであるから、論旨第一点（甲）及び（戊）の所論は採るを得ない。また仮りに第一点（乙）所論のように被告人が一農夫兼炭焼業者であり、印刻に実験なく、何等の予習もせずスケッチもなかつたとしても、必ずしも判示の偽造をすることが不可能とはいい得ないからこの一事だけでは原判決挙示の証拠を綜合して判示事実を認定することを妨げるものではない。次に鑑定人遠藤誠の鑑定は同鑑定書（記録三五五丁以下参照）の記載によれば証第一号証の供出手帳記載の文字と証第九号の一同第一五号、同第一六号記載の文字とにつきその筆勢形態その使用インクの色彩等を対比考察した結果証第一号の第一段及び第二段の記載文字と同第三段及び第四段記載の文字とは同一筆跡でなく右第三段及び第四段記載の文字と証第九号の一同第一五号、第一六号記載の文字とは同一筆跡であると断定しているのである。そして右鑑定では同一筆跡であると認めた各号証中に唯単に同一筆跡の文字が発見されたと説明しただけで、その記載文字の一々につき如何なる点において同一筆跡と認められたかを明らかにしていないことは所論のとおりであるが、右鑑定はその理由説明に徴し必ずしも実験則に背反したと認むべきかどなく従つてこれを到底採用し得ない内容のものとはいい得ないのである。しかも原審は右鑑定の結果のみで判示犯行を認定したものではなく、その挙示する他の証拠と相俟つて綜合認定しているのでありその事実認定が当裁判所も亦肯認し得るものであることは前説示のとおりであるから、原審が該鑑定を以て足れりとし、所論弁護人の再鑑定の申請を却下したからとてこれを目して違法ということはできない。第一上告趣意書第一点末段及び第二上告趣意書記載の所論は畢竟事実審の裁量に属する証拠調の限度の裁定若しくは証拠の取捨判断を非難するに帰着し上告適法の理由とならない。その他証人小山万の供述の真実でないこと及び不在証明等に関する所論（第一点（丙）（丁）（庚）（申）及び第二上告趣意書末段記載の所論）は、結局原審が認定していない事実または原審の採用しなかつたと認められる証拠にもとずき原判旨に副わない事実を想定しこれを前提として原審の事実認定を非難するに帰し上告

適法の理由とならない。されば論旨はすべて採用に値しない。

同第二点について。

原審は前説示のとおり昭和二一年一月三〇日被告人がその居村で判示犯行をなしたことを証拠により適法に認定しているのである。従つて被告人が同日気仙沼町に居り居村に居なかつたとの主張及び証拠は原審の採用しなかつたものであることは自ら明白である。そして証拠の取捨判断は事実審たる原審の裁量に委ねられているところであるから、原判決には所論のような違法はない。論旨は理由なきものである。

同第三点について。

所論証人山崎ウメノに対する予審訊問調書中の同人の供述記載を事実認定の資料としていることは所論のとおりである。しかし、右証人の供述は、被告人が小山万から判示第一の犯行により買受けた米の一部を山崎ウメノに売却したとの点について、原審が同じく事実認定の資料としている被告人に対する予審第一回訊問調書中の同人の供述記載と表裏相応ずるので、原審は右証人の供述を本件犯行を認むべき間接証拠として援用したものと認められる。原判決には何等の違法もない。所論は被告人が小山万から買取つた米は三等米で「ササクレ」があつたと供述しないウメノがその買受けた米に「ササクレ」があつたと供述しない限り同人の供述は本件犯行を認定する資料となし得ない旨主張するのであるが畢竟事実審の裁量に属する証拠の取捨判断を非難するに帰着し上告適法の理由とならない。

弁護人庄子勇の上告趣意第一、二点及び被告本人の上告趣意第三点について。

原審第二回公判調書の記載（記録九七〇丁裏面）によると同公判において裁判長は押収品全部を示してその都度被告人に対し意見弁解の有無を尋ねかつ利益な証拠があれば提出することができる旨を告げ、それに対し被告人及び弁護人山田欽治同松川昌蔵の両名はいずれも無い旨答えたことが認められる。されば所論証第三号のインクは当時実在し右公判に提出され

て適法に証拠調が行われ被告人及び弁護人においても何等異議のなかつたものと見るの外なく、原審が右インクを事実認定の資料としたからとて原判決に所論のような違法があるとはいい得ない。また証第二号の朱肉について論旨は捜査官憲により作為を加えられた旨云々するのであるが原審は証第一九号の朱肉は事実認定の資料としたが所論第二号証の朱肉は証拠として引用してはいない。それ故この点に関する所論は原判決には何等の関係なく上告理由となすに足りない。

同弁護人上告趣意第三点について。

所論の朱肉（証第二号）は原審が証拠として事実認定の資料に供していないことは前段説示したとおりである。また証第三号のインクは原判決において証拠として引用されているが右は三浦吉兵衛が任意提出したるにより司法警察官警部代理巡査部長小野満においてこれを領置したものであることが記録上明らかである。（記録第一四丁及び一五丁参照）。されば原判決には所論のような違法があるとはいえない。論旨は理由なきものである。

同第四点及び被告人本人の上告趣意第一点について。

原審が被告人に対する強制処分における判事の訊問調書及び予審第一回訊問調書中の同人の各供述を（記録第九七丁九八丁及び同第二四四丁乃至第二五四丁参照）証拠として引用していることは所論のとおりである。しかし右被告人の供述が強制による自白であることを認むべき証跡が記録上存在しないことは所論のとおりであるから、本論旨も採るを得ない。

弁護人庄子勇の上告趣意第五点及び被告本人の上告趣意第二点について。

所論証人小山万に対する原審受命判事の訊問調書中の同人の供述記載を原審が証拠として引用していることは所論のとおりであるが、右供述が判事の誘導訊問の結果であることを肯定すべき証左はない。また右証人の供述は偽証であると主張するけれども所論は原審の採用しなかつたと認められる証拠にもとずき、該証言の真実に反する所以を縷述するものであり畢

竟事実審の裁量に属する証拠の取捨判断を非難するに帰着し、採用に値しない。

同弁護人上告趣意第六点について。

所論鑑定資料とせられた証第九号及び第一六号は三浦吉兵衛方において同登己子が任意提出したので検事那賀島三郎において領置したものであることが記録第一四一丁三浦登己子の提出書及び同第一四二丁検事那賀島三郎の領置書参照）。されば右証第九号等が「基本人権を蹂躙して蒐集されたもの」であることを前提とする所論は採るを得ない。

また、所論遠藤誠の鑑定がその内容において実験則に背反するものでないことは弁護人松川昌蔵同山田欽治の上告趣意第一点に対する説明において判示したとおりである。それ故論旨は理由なきものである。

同第七点について。

記録によれば原審において検事は第一審判決摘示の犯罪事実（判示第一の食糧管理法違反の罪及び同第二の公文書偽造及び偽造公文書行使教唆の罪）についてのみ審判を求めているのであり所論の公私文書変造の事実については審判を求めてはいない（記録第七二五丁表第九六九丁裏参照）。従つて原審が右請求にかかる公訴事実のみにつき審判したの正当であるばかりでなく、所論は被告人に対し更に多くの罪を犯したものとして処罰さるべきことを求めるものであり被告人のため不利益な主張に帰着する。論旨は採るを得ない。

同第八点について。

所論小山万に対する原審受命判事の訊問には被告人及び弁護人山田欽治同松川昌蔵立会の下に行われたものであり（記録八七一丁表参照）、しかも右訊問調書については原審第二回公判で裁判長において、その要旨を告げ被告人に対しこれが意見弁解の有無を尋ね利益な証拠を提出し得る旨を告げたところ、被告人及び弁護人はいずれも無い旨答えているのであり