Kodak Gray Scale
C Y M
© Kodak, 2007 TM: Kodak
A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19
inches 1 2 3 4 5 6 7 8
cm 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19
Kodak Color Control Patches
© Kodak, 2007 TM: Kodak
Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black
0 1 2 2m 3 4 5 6 7 Tajima 8 9 10 1 2 JAPAN 3 4 5 6 7 8 9 20

CZ-2711-12
1200404134879

最高裁判所裁判集

昭和三六年一月—四月

刑事第一三七号

最高裁判所

Cz
2711
12

國會圖書館
50.4.17

1018568

最高裁判所裁判集(刑事)

凡例

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

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

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

最高裁判所裁判集（刑事第一三七号）　目次

事件番号	事件名	被告人氏名	裁判月日	法廷	結果	二審又は原審	頁
昭和三一年(あ)四二七〇	往来妨害致死傷	竹島清一	昭和三六年一・一〇	三	棄却	名古屋高金沢支部	一
昭和三四年(あ)四七〇	背任、単純収賄	上竹清志外五名	一・一三	二	棄却	福岡高宮崎支部	三七
昭和三五年(あ)一九三八	業務上過失傷害、道路交通取締法違反	波多野明	一・二三	二	棄却	名古屋高	五九
昭和三二年(あ)一五七三	強姦致死	小針昭夫こと小針昭江外一名	一・二五	二	棄却	仙台高	七一
昭和三五年(あ)二一七六	公職選挙法違反	津布久武一郎	一・二七	二	棄却	東京高	八七
昭和三五年(あ)一四六二	公職選挙法違反	蕨忠蔵外一名	二・二	一	棄却	東京高	九七
昭和三五年(あ)二二一八	公職選挙法違反	小島三郎外三名	二・七	三	棄却	福岡高宮崎支部	一〇一
昭和三六年(し)七	予備的訴因追加申立に対する異議申立を却下し予備的訴因の追加を許可する旨の決定に対する特別抗告	申立人（弁護人）長谷川専造	二・七	三	棄却	金沢地方小松支部	一〇七
昭和三五年(あ)一〇〇二	収賄、贈賄	乗松賢好外一名	二・九	一	棄却	名古屋高	一一二

昭和二九年(あ)二八六一	あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法違反	大野喜一郎	二・一五	大棄却	大津簡易	一四七			
昭和三二年(あ)一〇三九	物価統制令違反	竹島武	二・二一	三棄却	東京高	一七七			
昭和三五年(あ)三七一	強盗殺人、死体遺棄	沖野義信	二・二一	三棄却	東京高	一九一			
昭和三五年(あ)一六九五	公職選挙法違反	元山逸馬外一名	二・二三	一棄却	福岡高	二一九			
昭和三三年(あ)四四〇	殺人未遂	山本光子こと外順	二・二四	二棄却	広島高	二四三			
昭和三三年(あ)一一五六	出入国管理令違反幇助	鄭海山政市こと仁洙	二・二四	二棄却	福岡高	三二九			
昭和三五年(あ)一二三三	公職選挙法違反	高橋芳栄	二・二四	二破棄差戻	広島高松江支部	三三五			
昭和三五年(あ)一九三一	傷害	峯島智	二・二四	二棄却	東京高	三五一			
昭和三五年(あ)一一〇二	誣告	池田峯	三・二	一棄却	広島高	三五七			
昭和三五年(あ)一五一一	公職選挙法違反	山本博外一名	三・三	二棄却	福岡高宮崎支部	三八一			
昭和三五年(あ)一五一七	公職選挙法違反	川口良助	三・一四	三棄却	福岡高	四〇九			
昭和三五年(あ)一二三六	公職選挙法違反	肥後亨	三・一四	三棄却	大阪高	四〇五			
昭和三五年(あ)二〇七五	恐喝、恐喝未遂	土田亥三美	三・九	一棄却	東京高	四〇一			
昭和三五年(あ)一一七三	公職選挙法違反	小泉順裕	三・一七	二破棄自判	札幌高	四三一			
昭和三五年(あ)一一二六	窃盗	趙淵宇	三・一七	二棄却	東京高	四二三			
昭和三五年(あ)二二二六	公職選挙法違反	並木軍平外三名	三・一〇	二棄却	大阪高	四四五			
昭和三三年(あ)七三一	貸金業等の取締に関する法律違反	岡本栄次	三・一二	二棄却	東京高	四五七			
昭和三五年(あ)九七〇	関税法違反、詐欺	東栄商事株式会社外四名	三・二三	一棄却	大阪高	四六三			
昭和三四年(あ)九〇三	商法違反、相互銀行法違反、詐欺	宮下スエ子外一名	三・二八	三棄却	大阪高	四八五			
昭和三五年(あ)二八〇八	道路交通取締法違反、犯人隠避	堀口高雄	三・二八	三棄却	東京高	四九三			

昭和三四年(あ)二四二七	公正証書原本不実記載、同行使、土地家屋調査士法違反、詐欺	石原又次郎 外一名	三・三〇	一棄却	福岡高	四九九
昭和三五年(あ)一三五八	公文書偽造、同行使、詐欺、横領	後藤延照	三・三〇	一棄却	名古屋高	五六七
昭和三五年(あ)一五六二	殺人、死体遺棄、死体損壊	三浦昭夫こと 大西克己	三・三〇	一棄却	東京高	五七七
昭和三五年(あ)二四二六	公職選挙法違反、傷害	松本久仁王 外八名	四・四	三棄却	高松高	五九三
昭和三六年(あ)　四一	偽造私文書行使、公正証書原本不実記載、同行使	浜田一郎	四・四	三棄却	大阪高	六〇五
昭和三二年(あ)三二七〇	職業安定法違反	五丸亀蔵	四・一一	三棄却	福岡高宮崎支部	六一一
昭和三五年(あ)二八八四	強姦致傷	飯田巽	四・二〇	一棄却	東京高	六一七
昭和三四年(あ)二四一四	出資の受入、預り金及び金利等の取締等に関する法律違反	山田ツギ	四・二六	大棄却	仙台高	六二五
昭和三四年(あ)二一三〇	背任	荘加寛治 外五名	四・二七	一棄却	名古屋高	六三三

昭和三一年(あ)第四二七〇号

判　決

本　籍　富山県西礪波郡東五位村字六家四三〇番地

住　居　金沢市桃畠町一〇一番地の一

会社員（元石川県土木部道路課長）

竹　島　清　一

明治三七年一一月一八日生

右往来妨害致死傷被告事件について昭和三一年八月一一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

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人海野普吉、同竹下甫の上告趣意第一点および弁護人大竹武七郎の上告趣意㈠について。

所論は事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当らない。（所論の各点については原判決が詳細に判示するところであり、右判示はすべて正当として肯認することができる。原判決には所論の如き違法は存しない。）

弁護人海野普吉、同竹下甫の上告趣意第二点および弁護人大竹武七郎の上告趣意㈢について。

所論は事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当らない。（鶴来町公安委員会および同町警察署名義の通行禁止の立札（証第一九号の一、二）に関する原判示は正当であり、また石川県名義の立札（証第一九号の三、四）

昭和三六年一月一〇日判決　昭和三一年(あ)第四二七〇号

は、本件違法な橋梁損壊行為をなすについて危険防止のため立てられたものであつて、仮にこの通行止めの処分が無効でないとしても、右橋梁損壊行為による往来妨害致死傷罪の成立に影響を及ぼさない。)

弁護人海野普吉、同竹下甫の上告趣意第三点および弁護人大竹武七郎の上告趣意(二)について。

原審の維持した第一審判決は、被告人が現に人車馬の往来に使用している天狗橋を損壊しその往来に妨害を生ぜしめる認識があつた旨の判示をしているのであつて、所論は原判示に副わない事実を前提として判例違反、法令違反を主張するに帰し、適法な上告理由に当らない。

弁護人海野普吉、同竹下甫の上告趣意第四点について。

所論は単なる法令違反の主張であつて適法な上告理由に当らない。(刑法一二四条の趣旨とするところは、往来の妨害を生ぜしめた結果人の身体を傷害した場合には同法二〇四条の刑と比較し、因つて死に致した場合には同法二〇五条の刑と比較し、それぞれ重きに従つて処断するというにあることが明らかであるから、原判決に所論の違法はない。)

同第五点について。

所論は単なる法令違反の主張であつて適法な上告理由に当らない。(刑法一二四条二項の罪が成立するためには、同条列記の客体を損壊または壅塞して往来の危険を生ぜしめる意思があれば足り、それ以外にさらに傷害ないし傷害致死の結果につき予見あることを要するものではない。原判決に所論の如き法令解釈の違法は認められない。昭和二二年(れ)第八号同年一二月一五日第一小法廷判決、刑集一巻八〇頁、昭和二三年(れ)第一〇八号同年五月八日第二小法廷判決、刑集二巻五号四七八頁、昭和二五年(れ)第一一九六号同年一一月九日第一小法廷判決、刑集四巻一一号二二三九頁各参照。)

同第六点について。

原審が適法に確定したところによれば、天狗橋は強度の十分でない木造補剛溝つき吊り橋であつたところ、石川県土木部

道路課長であつた被告人はこれが改築に要する一千万円の国庫補助金を獲得するため、同橋があたかもジェーン颱風によつて全長の四分の三以上にわたつて風害を受けたかの如き状況を作出しようと企て、当時人車馬の通行可能であつた同橋を全長の四分の三以上にわたつて損壊すべき旨を他の共犯者に指示し、共犯者の実行に因り所期の如く広範囲にわたる橋梁損壊を遂げたものであつて、偶々損壊行為実行中、予期を超え橋梁が墜落するに至り、これに因つて通行人および情を知らない作業人夫の死傷の結果を生ぜしめたとて、致死傷に対する責任がないとは言えない。原判決は、なんら論旨引用の判例に相反する判断をしていないから、判例違反の主張は採用することができず、また原判決には所論の違法も認められない。

同第七点について。

所論は事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、適法な上告理由に当らない。(原審の維持した第一審判決はジェーン颱風の襲来による同橋の被害状況につき詳細な証拠を掲げており、原判決に所論の如き違法は認められない。)

同第八点について。

所論は量刑不当の主張であつて、適法な上告理由に当らない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三六年一月一〇日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　石　坂　修　一

裁判官　島　保

裁判官　河　村　又　介

昭和三六年一月一〇日判決　昭和三一年(あ)第四二七〇号

弁護人海野普吉、同竹下甫の上告趣意

被告人　竹　島　清　一

第一点　原判決は証拠の価値判断をなすに当り条理に反し経験則を無視し信憑すべからざる証拠によつて事実を認定し、重大なる事実誤認をなした違法がある。

第一、原判決認定の犯罪事実

原判決認定の本件犯罪事実は、

一、被告人竹島清一は昭和二十一年十二月二十七日石川県土木部道路課長に就任し昭和二十五年十二月八日依願免職となつた者、被告人嶋倉武男は昭和二十五年十月二十日石川県金沢土木出張所長に補せられ同年十二月八日依願免職となつた者被告人今西三郎は昭和二十一年七月二十五日地方技官に任ぜられ石川県金沢土木出張所勤務となり昭和二十二年五月三日石川県技術吏員に任命されると共に技師に補せられ昭和二十五年十二月八日依願免職となつた者、被告人山森郁夫は昭和二十五年六月一日石川県土木部臨時雇となり金沢土木部出張所に勤務し同年十二月八日依願解職となつた者、被告人向山初三郎は昭和五年頃以来農業の傍ら農閑期を利用し土木請負業を為していた者、被告人小村惇は昭和二十一年十二月十二日本店を石川県能美郡山上村字宮竹ヲ百一番地に置き土木建築請負等を業とする株式会社宮竹組の取締役となり昭和二十四年十二月頃以降同会社が請負つた土木工事の現場責任者として工事の監督を為していたものであるところ、

二、石川県石川郡鶴来町及び同県能美郡山上村の境界線上を流れる手取川に架設された天狗橋は昭和十五年三月頃の竣功にかかり全長二百十米余有効幅員四米五の木造補剛構付吊橋で、両岸にある各二個の玉石コンクリート造りの鎮定

と全橋を三径間に区分する中間二個のコンクリート製の橋脚橋台上の橋塔とに依り鋼鉄撚線製吊線に依り橋の両端の木製横桁の両端を吊上げ横桁上に木製縦桁を七本並びに親線から分岐された八十一本宛の鋼鉄撚線製吊線に依り橋の木製横桁の両端を吊上げ横桁上に木製縦桁を七本並びに取付けその上に木製橋板を横に敷並べて橋床面とする構造をなしその後更に車輛の通行に備えて橋板の上に木製縦板を二列に敷いてあつたものであるが当初の設計に無理があつたので橋体甚だ脆弱で橋桁補剛構（トラス）の破損、結合部分の腐朽等に依り隔年毎位に補修工事の必要を生じていたもので昭和二十五年度に於ても同年四月頃国庫補助の下に百七十四万円で腐朽部分を補修することになり同年八月二十二日指名競争入札の結果株式会社宮竹組が百五十万円で落札したので同月二十五日石川県知事と同会社との間に請負金額百五十万円竣工期限昭和二十五年十月二十四日とする補修工事請負契約が締結せられ、同会社では被告人向山初三郎に右工事の現場総監督を委嘱し同年九月一日頃より被告人小村惇担当の下に補修材料の蒐集に着手した。同橋は県道鶴来小松線に属し交通量も多いので之を堅固なる橋に架替えたいことは地元民の要望するところであり県当局に於てもその要望に応じたい意向であつたが県財政が許さないためそれを実施することが出来なかつた。

三、偶々昭和二十五年九月三日ジェーン颱風襲来し本邦各方面に被害を及ぼし石川県下の道路橋梁等にも多大の損害を与えたが天狗橋は橋のトラス（補剛構）の一部が破損し貨物自動車その他の諸車が通行する際に橋体が著しく沈下する様になつたけれど幸にも落橋を免れ人車馬の通行も尚可能であつた。

当時石川県土木部道路課長の職に在つた被告人竹島清一はこの機会を利用し災害に因る国庫補助を申請して全額国庫負担に依り天狗橋を完全な橋に架替え以て地元民平素の要望に応えようと計画し同月中旬頃石川県金沢土木出張所勤務の技師沢田正春に対しジェーン颱風に依り天狗橋が災害を受け復旧費一千万円を必要とする内容の設計内訳書を作成することを命じその頃同技師が同出張所勤務の被告人山森郁夫に作成させた総工費一千万円の設計内訳書の提出

を受けこれを県下の他の設計内訳書と共に目論見書に計上し石川県土木部砂防課に回付し同課に於てこれを他課の目論見書と共に取纏めジェーン颱風昭和二十五年度災害復旧工事目論見書を作成の上土木部監理課を経由し昭和二十五年十月四日附にて石川県知事より建設大臣宛提出の国庫負担災害復旧費検査申請書に添付し同月五日頃建設省に提出して検査申請を為したところ右申請に基き同省当局に於て審議の結果天狗橋に就いては同年十一月十二日頃現地に係官を派遣して被害状況を検査させることになつた。

四、石川県土木部道路課係員及び同県金沢土木出張所係員に於ては被告人竹島清一の天狗橋架替え計画に基き、右国庫負担災害復旧費検査申請に依る被害状況現地検査の対策として昭和二十五年十月上旬頃株式会社宮竹組に対し先に同社が請負つた補修工事の中止を命じた上、同月中旬以来二回に亘り山上村側の天狗橋附近に集積してあつた右工事用補修材料を他の箇所に運搬退避するよう依頼し且つ所轄警察等に通報し天狗橋に諸車通行止めの掲示を為さしめる等の措置を講じたが更に同年十一月上旬頃同道路課係員より金沢土木出張所係員に対し天狗橋を一部損壊して風害の状況を作出することを指示し、次いで被告人竹島清一は同月八日頃金沢市内より鶴来町方面に向う市外電車中に於て前記株式会社宮竹組専務取締役金山岩松に対し天狗橋を一部損壊して貰い度い旨及びその損壊程度は同橋全長の四分の三以上について為され度き旨を依頼し同月七日頃道路課内に於て被告人嶋倉武男に対し右同趣旨の指示を為し、被告人嶋倉武男は同月七日頃及び同月九日頃の二回に亘り金沢市内所在の金沢土木出張所に於て被告人今西三郎に対し天狗橋を一部損壊して風害の状況を作出すること及びその損壊程度は四分の三以上であることを指示説明し、被告人今西三郎は同月七日頃金沢土木出張所に於て被告人山森郁夫に対し天狗橋を一部損壊して風害の状況を作出することを指示し、被告人今西三郎、同山森郁夫は同月八日頃株式会社宮竹組専務取締役金山岩松を同出張所に呼び寄せ検査官が同月十二日天狗橋を検査に来るからそれ迄にジェーン颱風で被害を受けた様に橋を損壊して貰い度い旨指示したが

前示被告人竹島清一の右金山岩松に対する指示は同日同出張所より帰途の電車中で為されたものであつて金山岩松は被告人竹島清一の前記依頼及び被告人今西三郎、同山森郁夫の右指示をその都度承諾したものである。

被告人山森郁夫は被告人今西三郎の依頼に依り同八日午後天狗橋に赴き金山岩松立会の上同橋上に於て被告人同向山初三郎、同小村惇に対し前回趣旨に依り天狗橋を一部損壊すること及びその手段方法につき指示説明し金山岩松からも同様依頼が為された。

其の際被告人山森は金山岩松より被告人竹島清一の前示四分の三以上損壊の意図を伝え聴き橋の振止めワイヤーを外すことや吊線を取外して橋を傾斜させることをも併せ指示し、被告人向山初三郎、同小村惇は金山岩松の依頼及び被告人山森郁夫の指示説明に依り天狗橋がジェーン颱風で被害を受けた様に全長の四分の三以上に亘り損壊することの趣旨を諒承損壊工事に着手することを承諾し茲に被告人及び金山岩松は順次意思を連絡して共同謀議を遂げ、現に人車馬の往来に使用している天狗橋を損壊しその往来に妨害を生ぜしめることを計画し。

五、右計画に基き被告人小村惇は同月九日頃人夫を使用して天狗橋附近にあつた前掲補修工事用材料の大部分を天狗橋下流西北方七百米余の箇所に運搬退避し、被告人向山初三郎、同小村惇は同月八日及び九日の両日同橋を損壊する為必要な道具並人夫鳶職等の手配をなし同月十日及び十一日の両日に亘り人夫十数名大工四名を使用し、特に十日には被告人今西三郎、同山森郁夫が現場に於て直接指示し又十一日には鳶職七名をも使役して天狗橋の損壊作業に従事し橋床面上部の縦板をめくつた上橋の上流側の鶴来町側より第一径間に於て約六本第二径間に於て約十一本第三径間に於て約六本の吊線を取外し同側第二径間に於てトラスの止ボールトのナット約八個を除去し且つ第一径間の鶴来町側より第四番目の横桁附近に於て縦桁三本及びトラスの下弦材一個所を鋸で切断し因て同月十一日午前十時頃天狗橋の上流側落下によりその床面が垂直乃至傾斜する状態に垂れ下らしめて損壊し人車馬の通行を不能ならしめて往来の妨

害を生ぜしめその際橋上に在つた通行人並に作業人夫等を橋下の河原に墜落せしめ通行人辻井与太郎に前額部前胸部打撲並に肋骨々折、同中島竹良に胃破裂及脾臓皮下損傷腹腔内出血、作業人夫舟本末吉に治療約一週間を要する右前額部挫傷、同比嘉尚に治療約十日間を要する右側胸部肘部及び腰部打撲傷、同森岡達美に左大腿部及左側胸部挫傷、同橋場定信に治療約三週間を要する右腰部打撲傷及左前膊血腫の各傷害を負はせ右辻井与太郎をして前記傷害に因り同日午前十時四十分頃石川県石川郡鶴来町ッ九十三番地の一加賀東病院に於て右中島竹良をして前記傷害に因り同日午后二時四十分頃同県能美郡根上町字浜五十番地加賀病院に於て孰れも死亡するに至らしめたものである。

というのである。これを要するに被告人竹島清一は

(一) 本件犯行の当時である昭和二十五年十一月頃は石川県土木部道路課長の職に在つたものである。ところが、同年九月三日本邦一帯を襲つたジェーン颱風により石川県下においても道路橋梁等に甚大なる被害があり、本件天狗橋も橋のトラスの一部が破損し貨物自動車其の他の諸車が通行する際に橋体が著しく沈下するようになつていたが、なほ人車馬の通行は可能であつた、それだのに拘らず、被告人竹島清一はジェーン颱風による昭和二十五年度国庫負担災害復旧費検査申請を建設大臣宛になし、この申請により天狗橋を全額国庫負担による完全なる橋に架替えることを決意し。

(二) 右検査申請により建設省係官が同年十一月十二日頃右天狗橋等の現地検査をなすこととなつたので、被告人竹島清一は株式会社宮竹組専務取締役たりし故金山岩松及び金沢土木出張所長である相被告人嶋倉武男、との間に各個別に天狗橋を損壊し右検査を受けるべきことの謀議をなし、右嶋倉は金沢土木出張所員である相被告人今西三郎に、今西は同山森郁夫にそれぞれ、右趣旨を伝え右山森は前記宮竹組の現場の指揮者たる相被告人小村惇、同向山初三郎にこの旨を指示すると共に他方右小村及び向山に対しては前記金山よりも同様な指示をして、本件天狗橋損壊の共同謀議

をなしたものである。

(三) しかして、その共謀に基いて右小村及び向山が人夫達を指揮して判示の如く本件天狗橋を損壊し判示の如く辻井与太郎外九名の死傷者を出したものである。

というのである。しかしながら、証拠に基いて仔細に検討するときは被告人竹島が原判決判示の如く本件天狗橋損壊の指示をしたとは到底考えられないことは明かである。

第二、右原判決判示の被告人竹島清一が本件共同謀議をなしたとの認定に対する弁護人等の意見

(一) 本件天狗橋の架橋当初より極めて脆弱な木造吊橋であつたことは第一審において弁護人神保泰一より提出に係る証第三十三号保田鑑定人の鑑定書、高橋鑑定人の鑑定書及び同人の第一審公判廷における供述等によつて明かである。しかもこれが補修は毎年何回となく繰返されて来たことも原審証人佐久間龍男、同河原三郎の供述によつて明かである。なお、右佐久間、河原両証人の供述及び原審証人宮岸政一、同中西幸蔵その他の供述並びに第一審高橋鑑定人の鑑定及び供述、証第三十三号の写真等によつて明かな如く本件天狗橋の最も腐朽の激しい場所は外観では容易に発見できない内部の横桁と縦桁との交叉点又は橋桁と縦桁との間等の腐朽が甚しいことは極めて明かである。

(二) 右の如く天狗橋の最も腐朽の程度の激しい場所が外観上発見し難い場所であり、毎年何回となく補修々理をなさざるを得ないような橋であることは多年石川県の道路行政に携つて来た、被告人竹島としては自ら現場に臨む迄もなく認識していた、このことは控訴趣意書第一点第一の一記載の如く自らジェーン颱風の当日その最中に石川県下各地を自動車にて乗り廻し、その直後江津橋、和佐谷橋等同種の木橋吊橋の破損状況の写真を見た被告人竹島としては天狗橋の現場を見る迄もなくその被害の状況の大体を認識していたことも亦極めて明かなところである。

(三) それだからこそ被告人竹島はジェーン颱風による国庫負担災害復旧検査申請をなすことを石川県土木部の他の課長

及び道路課員等に諮つたものであつて被害がないのに被害があつたものとして右検査申請をなさしめたものでは決してないこのことは原審が被告人に対する詐欺未遂を無罪にしたことを以てしても明かな事実である。

(四) そして、本件問題のジェーン颱風による天狗橋国庫負担災害復旧検査申請が所謂緊急災害復旧工事の申請としてなされたものでなく所謂一般災害復旧工事としてなされたものであることは原審証人佐久間龍男、その他の供述により明かなところである、それのみならず金沢土木出張所が緊急災害復旧工事の申請に組入れてその取纒課たる石川県土木部砂防課に申達して来たものを一般災害復旧工事の検査申請に変更したのは被告人竹島の意見によつてなされたものであることは証第三十号（昭和二十五年度国災県工事資材表）及び右佐久間龍男の原審における第一回証人としての供述によつて明らかである。抑も緊急災害復旧工事と一般災害復旧工事との差異は、原審証人篠公平及び同佐久間龍男の供述によつて明かな如く、緊急災害復旧工事又は緊急査定と称する工事は極めて急を要する災害復旧工事で例えば堤防が缺壊したとか、道路が破壊して交通不能になつたとか、現に交通不能の場合、又は橋梁の一部が流失して交通不能になつたとかの場合等である、この場合には緊急災害復旧工事として検査の申請をなすべきであり斯る被害を復旧するには緊急災害復旧工事として申請しなければ県吏員としては著しい職務の怠慢となるのである。しかして斯る場合には建設省は大蔵省より予備費の支出を得てその年度の予算支出をするのであつて、昭和二十五年度においては右緊急災害復旧工事の査定は所謂机上査定であつて、各県より被害写真を建設省に持込みその査定を受けたのである。しかるに一般災害復旧工事は右緊急災害復旧工事と異なり比較的緊急性の乏しい被害程度であつて、其の年度内に査定を受け翌年度以後の予算で賄なはれる工事である、従つて緊急災害復旧の予算支出はその年度の予算として支出するのであるが一般災害復旧工事は翌年度以後の予算から支出する結果となるので工事の着手も亦相当遅れることは当然である。

(五) 本件事故発生当時天狗橋は昭和二十五年度の補修工事用木材の蒐集をしていたのであつて天狗橋の右補修工事は本件災害復旧工事の検査申請の通過すると否とに拘らず続行することに定まつていたことは原審証人宮岸政一、同中西幸蔵等の証言によつてこれまた極めて明かなところである。

(六) なお被告人竹島は特別の場合を除いて直接工事現場の指揮監督をすべき地位におつたものでなく、現場の指揮監督は金沢土木出張所長であることは原審証人佐久間龍男（第二回）の証言及び土木出張所規定等により明かなところである。多年県の土木行政に経験ある被告人竹島がこの命令系統を紊す如き行動をとることは到底考え得られない。被告人竹島の性格は原審証人土井登の証言する如く部の内外を問わず極めて謹厳で他人の権限を超えて行動するような人物でなく、手堅い技術家として定評があり、建設省の信用も相当厚かつたのである。

以上の事実を綜合して考えると、被告人竹島は本件災害復旧検査申請をなすにあたつては天狗橋はジェーン颱風によつてかなり激しい被害を受けたものと確信し一般災害復旧工事の申請をすれば必ず通過するものと固く信じておつたのである。ただ前述のような事情から、橋の外見上はその被害の程度を明かにすることが困難であるから、当時偶々補修工事の準備中であつたから、補修工事で取り替えるべき箇所を検査を受ける際取外し、橋の隠れた災害箇所を詳細に検査してもらうことが補修工事に役立つと同時に検査を受けるにも必要であるから、右のようにすべきことを考えていたのである、しかも右補修工事において取り替えるべき用材は横桁、縦桁の約四十パーセント、橋板及び軌条板の全部であることは証第九号の一及び原審証人佐久間龍男（第一回）原審における被告人竹島の各供述によつて明かである。かくすることによつて相当広範囲に亘つて検査を受けることができ検査官としても検査上便宜であると考えていたのである。このことは第一審証人沢田正春もまた同様に陳述しているところであつて、一点疑いの余地のないところである。

従つて、被告人竹島としては右以外に本件検査に当つて天狗橋に対し特別に手を加え橋を傾けたり、直ちに交通不能の

状況に陥し入れたりするが如き工作をすることは考えだにしなかつたのである。

弁護人が、かく主張する似所は前記の如く金沢土木出張所員等が本件天狗橋の災害復旧工事を緊急災害として起案申達して来たものを被告人竹島自ら一般災害復旧工事の申請に変更したことよりしても明かである。繰り返して云うが若し一般災害復旧工事として検査の申請をしておきながら、検査を受けるに当つて橋を傾けたり、一部を損壊したり、遂に落下するような状況を惹き起すことを指示したならばそれこそ緊急災害の結果を発生することになつて自家撞着の極である、全く痴人の沙汰となるであらう、如何に被告人竹島が血迷つたとしてもかかる愚をなすとは到底考えられない。それのみならず、同人には工事について指揮監督の権限のなかつたことから考えても金山岩松に対し原判決判示の如き指示をなし得ないではないか。

原判決はかかる矛盾した事実を何等考察することなく第一審において相被告人等の弁護人諸氏が称えた政治的色彩濃厚である上命下従論に指導されたと推測される相被告人等の矛盾に充ちた供述を採用し被告人竹島が本件共同謀議に関与したものと認定した原判決は証拠の価値判断をなすに当り条理に反し経験則を無視し信憑すべからざる証拠に拠つて事実を誤認したものであつて、破棄さるべきものと信ずる。

第二点　原判決には事実誤認又は法令の解釈適用を誤つた違法がある。

(一) 本論点に関しては控訴趣意書第一点第一の一及び第四点において詳述した如く本件事故発生当時においては天狗橋は相当危険であつたため当時の鶴来町警察署交通主任山田芳雄巡査部長の命により西川正雄巡査が昭和二十五年九月二十二日頃道路交通取締法第五条、第六条による緊急処分（証第十九号の一、二）として交通禁止の行政処分をなし、その後本件事故発生迄右横桁の修理がなされないので右行政処分もまたその儘となつていたものである。以上の事実は原審証人山田芳雄、同中西幸蔵、相被告人山森郁夫の当審における各陳述

によつても明かである。従つて本件天狗橋は本件事故発生当時は法律上の往来にあらざることが明かである。しかるに一般通行人又は車馬が右行政処分を無視し事実上通行していた事実を重視し原判決は故意に事実を歪曲して認定し以て右証第十九号証の一、二の立札は本件相被告人等が故意に往来を妨害するために立てたものであつて何等法律上の効果を生ずるものではないから、本件天狗橋は当時往来であると認定したのは弁護人等の甚だ遺憾に堪えないところである。

(二) 仮りに右証第十九号証の一、二の立札が本件工事をなすためにのみなされたものとするも右工事による通行人の危険を防止するため道路管理者として金沢土木出張所がその権限の範囲内においてなしたものであつて決して本件天狗橋を損壊せんがためではなく工事を施行するためであつて、かかる措置は平常補修工事を施行する場合においても当然に行わるべきことであるから、右交通禁止処分が原判決認定の如く被告人等においてなされたとするもなお交通禁止は法律上の効果を生じ往来にあらざるものというべきである。この点に関しては原審証人河原三郎及び同山田芳雄の証言によつてこれを認めることができる。

(三) なお原審証人河原三郎の証言によれば工事現場における工事施行上緊急の必要がある場合はその工事に従事している土木業者においてもまた、交通禁止の標識をなしその後において土木出張所に通報することが実際の取扱であることが明かであるから相被告人小村惇のなした証第十九号の三、四の交通禁止の標札もまた本件工事中実際に通行に危険があることが判明し、しかも急を要するからこそ交通禁止の標札を掲げたものであつて法律上交通禁止の効力を有するものである。

なお、本件事件発生の前日本件工事に従事していた人夫等は現場を引き揚げる際態々附近の製材所より大丸太を借りて通行不能の措置をとり、取りはずした軌条板橋板等を筋違として橋上に人、車の立入を不能ならしめたのである、事

故発生当日右の措置を一部片付けたのは工事人夫の出入を容易ならしめるためであつて一般人の通行を認めるような措置は断じてとつていなかつたのである。さらに辻井の橋上に立入つたのを引戻した事実も明白であつて同人の致死の結果は自ら招いたものであつて何人も責任を負うべき筋合でないと信ずる。

以上いずれの点よりするも本件事故発生当時天狗橋は法律に所謂往来ではなくして、事実上一般人が自己の危険負担において通行したのに過ぎないのであるから、本件を往来妨害罪によつて問擬することは違法も甚しいものというべきである。しかるに原判決は事玆に出ず第一審判決を支持し被告人に対し有罪の言渡しをしたのは明かに重大なる事実の誤認をした結果法律の解釈を誤り罪にならない事実に対し有罪の言渡しをなしたものであつて破棄しなければ著しく正義に反するものと信ずる。

第三点　原判決は判例に違反し法律の解釈を誤つたか又は理由不備の違法がある。

凡そ往来妨害罪にあつては、陸路、水路又は橋梁等を損壊又は壅塞するのみではまだ以て犯罪の構成要件を充足するものではなく、その結果往来の妨害となるべき危険が実際に生ずることが必要であることは、大審院判例（昭和三年(れ)第六一七号、同年五月三十一日判決判例集七巻四一六頁参照）の示すところである。従つて、往来妨害罪の故意の内容も亦被告人において往来の妨害となるべき危険が実際に生ずることの認識を有することを要すべきことは多言を要しないところである。しかるに原判決は（第十六丁表一行目以下）

被告人竹島清一は前示総工費一千万円の国庫負担災害復旧費の検査に当り、天狗橋の現状をその検査申請に合致せしめて、右検査に合格せしめんがため、恰もジエーン台風により、一千万円の復旧費を要する程度の被害を蒙つたものの如く天狗橋を損壊すべく決意し

と判示しているのみであつて、往来を妨害しようとする認識があつたか否については何等判示するところがないのみなら

ず、右一千万円の災害復旧費の検査が合格する程度（又は一千万円の復旧費を要する程度）というのは具体的に如何なる程度の損壊であるかも何等説示するところがないのであるから、被告人竹島が仮りに本件天狗橋を損壊する意思があつたとしても、果して往来を妨害しようという認識があつたかどうかは原判決の説示を以てしては全然不明である。それのみならず第一審判決（六十三頁第十三行目以下）それ自体も認める如く、所謂原形復旧は、改良的復旧工法をも認めているのであるから、必ずしも一千万円を要する程度の被害がなくとも一千万円の復旧費即ち改良費をも含めて貰い得るものであることから考えれば仮りに損壊するとしてもその具体的程度を示さない限り往来妨害の意思があつたかどうかは知ることを得ないのである。原判決は往来妨害罪の構成要件につき大審院の判例に違反し、その解釈を誤つたか、又は理由不備の違法もあるものというべきである、かかる重要なる事項についての判例違反又は理由不備は判決に重大なる影響を及ぼすことが明かであるから、当然破棄を免れないものと信ずる。

第四点　原判決は法令の適用を誤まつた違法がある。

原判決は十七丁表八行目以下において

記録によれば、所論のように、被告人竹島には勿論他の被告人にも、本件天狗橋を落下せしめようとする意思はなく、また左様な事を予測してもいなかつたことは認め得られるも、いやしくも、……現に人車馬の往来に使用している同橋を損壊したる本件においては、たとえ同橋を落下せしめる意思がなく、また損壊により落下することを予測しなかつたからといつて、その落下は不法に橋を損壊したことに基因するものであるから、情状に関しては兎も角、本件の往来妨害致死傷の成立に消長をきたすものではない。

と判示し、刑法第百二十四条第一、二項、第二百五条を適用して処断している。しかしながら、刑法第百二十四条第一項は「陸路、水路又ハ橋梁ヲ損壊又ハ壅塞シテ往来ノ妨害ヲ生セシメタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ二百円以下ノ罰金ニ処ス」とあり、同条第二項によれば「前項ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ハ傷害ノ罪に比較シ重キニ従ッテ処断ス」とあつて、右刑法第百二十四条第二項は往来妨害致死傷の場合は傷害罪の刑即ち刑法第二百四条の刑と比較してその重き刑によつて処断する旨を規定しておるのであつて、傷害致死罪の刑即ち刑法第二百五条の刑と比較して重きに従つて処断すべき旨を規定したものでないことはその規定自体よりして極めて明かなところである。従つて、往来妨害致死にあつても刑法第百二十四条、第二項第二百四条によつて処断すべきものと思料する。

弁護人のこの点に関する所論を次に詳述する。

刑法本条を通じて、結果犯を加重の刑を以て処罰すべきものとする場合は、必ず如何なる結果の発生を要件として如何なる刑に処するかを法文上に明記されているのであつて、これが規定の方法として他の処罰規定を準用する場合であつても、結果犯処罰の要件たるべき事項及び刑を例外なく各条文に明記しているのである。このことは罪刑法定主義の原則の根本的要請に適うものであつて、刑罰法規にかかる明記のない場合に不明確な規定を基礎として行為者の意識せざる行為の結果にまで、刑事責任を科せんとすることは罪刑法定主義の本義にもとるものと言わざるを得ない。そこで前記刑法第百二十四条第二項を見るに前記の如く「傷害ノ罪ニ比較シテ重キニ従ッテ処断ス」というに止まり傷害致死罪の刑とは規定されていないのである。この条文に掲記されている往来妨害致死傷の刑は傷害罪たる刑法第二百四条の刑と比較すべきことを規定したものであつて、第二百五条の傷害致死の刑と比較すべきことを規定したものでないことは、文理上当然であつて、この場合の「傷害ノ罪」に傷害致死まで包含せしめようとすることは、厳格解釈を本則とする刑罰法規の解釈としては許されざるところである。

もともと刑法第百二十四条の罪は単なる往来の危険を生ぜしめる罪であつて、その法定刑は「二年以下の懲役又は二百円以下の罰金等臨時措置法により一万円以下である。」と定められ、たとえこの罪を犯して過つて人を死に致した

場合でも過失致死の刑と死照して重きに従つて処断されるに過ぎない。即ち最長二年の懲役刑を超えることなく、事情によつては軽い罰金刑の場合もあり得るのである。しかるに同じく刑法第百二十四条の罪を犯して、たまたまその結果として人を死に致らしめた場合には二年以上十五年以下の懲役に限ることとなり、前段の場合と比較して、著しく刑の権衡を失することとなるのである。それのみならず前記刑法第二百四条を適用しても十年以下の懲役又は五百円以下の罰金（前記罰金等臨時措置法により罰金は二万五千円以下となる。）に処することができるのであるから刑の量定においては何等事欠くところはないのである。従つて、右の如く往来妨害致死罪における法令の適用は刑法第百二十四条、第二百四条を適用して処断すべきものと思料する。しかるにこの明白なる理由を無視し、傷害致死罪に比し重きによつて処断した原判決は明かに判決に影響を及ぼすべき法令の適用を誤つた違法があるものであつて破棄を免れないものと信ずる。

第五点　原判決は法令の解釈適用を誤つた違法がある。

原判決は第四点冒頭摘録の如く被告人等において本件「天狗橋を落下せしめる意思がなく、また損壊により落下することを予測しなかつたからといつて、その落下は不法に橋を損壊したことに基因するものであるから……本件往来害致死傷罪の成立に消長をきたすものではない」と判示して、結果的加重犯たる往来妨害致死傷の罪については、結果に対する行為者の予見の有無を問わず加重された刑罰を以て処断すべきものとしていることが明かである。しかしながら、刑法理論の進化の跡を見ると結果的責任の時代に推移したことは等しく認められるところである。そこで、結果的加重犯を論ずるに当つても独り立法問題としてのみならず解釈問題としても、偶然責任より分離して理解すべきものである。換言すれば、基本たる犯罪より重き結果が生じた場合と雖も、行為者に重き結果に対する予見、可能又は過失の存ぜざる以上、重き刑責を負わしむべからざるものと解すべきである。現にこのことは刑法改正仮案第十二条の如きも

「結果ニ因リ刑ヲ加重スル罪ニ付テハ、其ノ結果ヲ予見シ得ベカリシ場合ニ限リ、重キニ従テ処断ス」

と規定し意思責任

を明確に規定しているのである。現行刑法においても斯く解するを相当と思料する。かかる観点に立つて本件を観るに前記の如く被告人等の何人も本件天狗橋落下について予測をもしていなかつたことは原判決認定の通りである。そうだとすれば、被告人は本件について基本たる往来妨害の罪に問われるならば格別、往来妨害致死傷罪に問われるべきいわれはないのである。まして、被告人において、損壊の方法、程度等につき、何等指示したこともなく、かつ、現場に臨んだことのない被告人竹島において、結果的過重犯として処断さるべき理由は存さないのである、然るに原判決は本件を往来妨害致死傷罪に問擬したのは刑法における結果的加重犯に対する解釈を誤つたものというべく、これが判決に影響を及ぼすことは勿論著しく正義に反するものであつて破棄を免れない。

第六点　原判決は判例に違反し法令の解釈を誤り延ては理由不備の違法がある。

原判決は、第四点冒頭摘録の如く、被告人等は本件天狗橋落下についての認識は固より、予測すらもなかりしことを認定し、又本件天狗橋の落下は被告人等の損壊行為に基因して落下したものでありその結果辻井与太郎等が死傷したものであることをも認定しているのである。しかしながら、この天狗橋損壊と人の死傷との間に刑法に謂ゆる原因、結果の関係が存するか否かについて検討するに、仮りに原判決の事実の認定が正しいとするならば、被告人等の行為は天狗橋の損壊（原判決の判示を以てしては如何なる程度の損壊を認識していたのか不明であることは第三点において述べたところであ。）るということのみであつて、それ以上のことは予測すらもしないところであつた。従つて、右天狗橋の落下は何等かの他の原因によるものと思料される（例えば現場人夫等の認識と被告人等の認識の相違、又は人夫等の吊橋に対する全くの無智に基因する橋の取扱方の拙劣等、）こと、前記原判決の判文を通読することにより明かである。果して然らば被告人等の認識した行為と人の死傷した結果との間には法律上何等の関係の存しないことも亦明かである。しかして、結果的加重犯にあつても、被告人等の行為と致死傷の結果との間に相当因果関係の存することを必要とすることは既に大審院

判例（昭和六年八月六日判決、判例集一〇巻三六五頁参照）の示すところである。従つて、右被告人等の認識した行為と本件死傷の結果との間に刑法に謂ゆる因果関係ありとするには前記原判決の説示を以てしてはこれを認めることを得ないから、右被告人等の認識した行為と死傷の結果との間に因果関係ありとするには他に何等かの特段の事由の存することを示さなければならないものと思料する。しかるに原判決は何等この点の事由を示すことなく漫然被告人等の行為と死傷との間に因果関係ありとして被告人を往来妨害致死傷の罪に問擬したのは明かに右大審院判例に違反し法律の解釈を誤り延ては判決に理由不備の違法あるものというべく、右違法が判決に重大なる影響を及ぼすこと勿論であるから、破棄を免れないものと信ずる。

第七点　原判決は証拠に基かないで事実の認定をした違法がある。

原判決三十二丁表十行目以下によれば

本件天狗橋は、前記控訴趣意書第一点第一につき説示したとおり、諸車及び人の通行に支障はなく、既に着手した百五十万円の補修工事の外に、更に一千万円の予算により工事をしなければならない程の損傷はなかつたものであり……と判示している。しかしながら、右控訴趣意第一点第一の判断の項に掲げる各証拠によつては本件天狗橋が右百五十万円の補修工事により充分なる補修ができること及び本件発生当時天狗橋が人、車馬の通行に何等の支障がなかつたことを認めることができないのみならず、却つて、右挙示の証拠によれば、本件天狗橋は本件発生当時は人車馬の通行には相当の危険があつたことが窺えるのみならず、第一審証人越田嘉一の証言、同高橋逸夫の鑑定書、同人の第一審法廷における供述、西川長麿の司法警察員に対する供述調書（昭和二十五年十一月二十日附）松田喜三雄の司法警察員に対する供述調書（前同日附）第一、二審証人竹内徳蔵の供述等によれば本件天狗橋は本件発生当時已に人、車馬の往来するに著しく危険であつたことが明かである、このことは第一審判決五十八頁第三行目以下においても明かに認めてあるところである。だ

からこそ、第一審判決が被告人に対する詐欺未遂を無罪としたのである。しかるに原判決は何等証拠がないのに拘らず前記のように「一千万円の予算により工事をしなければならない程の被害はなかつた」ものであるに拘らずこれあるが如く、して災害復旧工事の検査申請をしたから、橋を損壊する必要があつたのだと妄断している、これは明かに証拠に基ずかずして事実を認定したものであつて、これが判決に影響を及ぼすこと勿論であるから、破棄しなければ著しく正義に反するものと信ずる。

第八点　原判決は刑の量定著しく重きに失する違法がある。

原判決は、被告人竹島に対し往来妨害致死傷の罪を認め、懲役一年六月の実刑を科している。しかしながら、右刑の量定は著しく重きに失するものと思料する。

(1)　被告人竹島は仮りに本件について何等かの刑事責任がありとするも、原判決自体認定する如く、被告人は何等の私心もなく、唯一途に自己の職務に忠実な余り本件の如き事態が発生したものである。しかも天狗橋に手を加えることにつき他の被告人等と何事かを話合つたとするも決して本件の如き大事に至るなどとは夢想だもしなかつたことも原判決の認めるところである。

(2)　原判決は被告人をして本件犯行の最高責任者であるが如く考え、他の被告人等全員に対し刑の執行猶予の言渡をしたに拘らず被告人に対しのみ実刑を以て臨んだことは甚しく刑の権衡を失するものである。即ち弁護人等は原審以来述べた如く県道路課長の職は県土木部長を補佐すべき地位にあるのである、これに反し土木出張所長は県土木部の現場責任者というべき地位にあつて、かつ、独立して職務を遂行し得る権限を有する地位にあるものであつて、土木出張所長は土木行政において相当な専行の権限を有するものである。しかして土木出張所はその名の示す如くこれは土木部長の直接指揮を受けるべきものであつて道路課長との関係は必ずしも直属の関係ではないのである。そして本件についても被

告人竹島が何等かの示唆を与えたとするも、現場職員たる、土木出張所長はその示唆に従はずに、これを中止しようとすれば中止できるのであつて、単に吏員として地位が上位にあるからというのみでその刑事責任の本質を誤解しているものというべきである、これが行政的な責任であるならば或は地位の上位にあるものの責任を以て重しとすること必ずしも不合理とはいえない、これを要する刑事責任にあつては、その犯行の上に演じた実質的な行為そのものを見極めその上に立つて刑の量定をなすべきに拘らず、原判決は刑事責任と行政責任とを混同し、しかも、土木出張所長は道路課長の指揮命令を受けると考え被告人竹島のみに実刑を科したのは著しく刑の権衡を失つたものである。

(3) 原判決の認める如く、被告人等において天狗橋の災害復旧工事につき国庫負担の検査を受ける必要上或る程度損壊することを企てたとしても、現場の指揮監督よろしきを得たならば、落下するに至らなかつたことは明かである、従つて天狗橋落下に因る死傷は専ら現場の指揮監督の任に当つた金沢土木出張所員及び工事請負人の現場監督員にその責任のあることは当然である、被告人竹島の如く本件工事中一回も現場に臨んだこともないのであるから若し責任ありとするならば金沢土木出張所の指揮監督者である土木部長を補佐する職務上の責任を果さなかつた間接的責任があるに過ぎないのである。従つて現場における指揮監督者より重き実刑を科するのは著しく正義に反するものと言うべきである。

(4) 被告人は本件検挙以来正に六年有余の間常に本件により精神的苦痛を負担し今日なおその苦痛を負担しているのであつてその間只管謹慎しているのであつて、最早その処罰を必要としないものというべきである。

従つて、被告人竹島に対しても、他の被告人同様刑の執行を猶予すべきである然るに一人被告人竹島のみに実刑を科した原判決は刑の量定著しく重きに失し破棄しなければ正義に反するものと思料する。

以　上

（昭和三十二年一月二十四日附）

昭和三一年(あ)第四二七〇号

被　告　人　竹　島　清　一

弁護人大竹武七郎の上告趣意

(一) 原判決は、弁護人の主張を要約し、所論の要旨は本件天狗橋は昭和十五年三月、日華事変の最高調に達した際竣工したもので、設計の当初より技術的に著しい欠陥があり交通上支障のある跪弱な橋梁であつたので常に補修工事の要があり、昭和二十五年九月三日のジェーン台風前既に金百五十万円を投じて大修繕をすることになつていたところジェーン台風で又々大被害を受けたので主管課長として被告人竹島は従来より強靱な橋に「復旧」し、もつて架橋以来毎年のように補修をなさなくとも済むようにしたいと考え、これか復旧には一平方米につき一万円程度を要するものと想定し、橋の総面積は一千平方米であるからその総復旧費を約一千万円程度として災害復旧費の申請をなすべく、石川県土木部道路課主任技師越田嘉一及び金沢土木出張所技師沢田正春にこれが準備をなすべく命じた。当時金沢土木出張所においては、本件天狗橋の復旧は「緊急災害復旧工事」として建設省に申請する意向であつたが、被告人竹島は当時「緊急災害復旧工事」として申請することは被害の程度からして適当でないとの見地から、これを「一般災害復旧工事」として申請することゝした。しかして建設省から係官が現場に臨み実地検査を行いその査定をするに際しては、当時天狗橋は株式会社宮竹組（専務取締役金山岩松）に請負わしめ百五十万円の工費をもつて既に補修工事をすることになつていた関係上、補修工事を取外して検査を受けることによつて、橋全体の損傷の程度をより一層適格に検査を受けることができ、それによつて右検査は充分通過するものと確信していたので被告人竹島はそのようにするよう道路課員等に指示したのである。従つて被告人竹島としては、検査のため故意に天狗橋の損傷を作出するが如きことは夢想だにもしなかつたものである。のみならず前記のとおり本件天狗橋は「一般災害復旧工事」として申請したものであるから、工事の着手は昭和二十六年度以降となり、着

手しても、二ヶ年以上を要するものであるからその間従来の天狗橋を使用する必要があり、被告人竹島としては前記百五十万円の工費による補修工事をその儘行うことによつて、当分の間従来の天狗橋を使用すべきことを考慮していたので、右検査のため天狗橋を破壊し又は損傷を与えよう等のことは到底考える余地もないものである。被告人竹島と被告人嶋倉との間において右天狗橋を破壊し損傷することを謀議したことはない（中略）本件天狗橋が落下するに至つたゆえんのものは金沢土木出張所においても本件の如き結果を生ずるものとは予期しなかつたので、補修箇所の取外しに関し、それに相応する監督がなされなかつたこと、昭和二十五年十月中旬人事異動のため被告人竹島か沢田技師に話した補修個所取外しに関する注意かその後任者に正確に引継かれなかつたこと、被告人嶋倉か着任後出張所内の人事異動をなし、責任のない山森か現場指揮に当つたゝめ、被告人竹島の意図したところと非常に異なつた指示か現場に伝つたこと、請負人並に現場監督等は緊急災害と一般災害との区別を知らなかつたゝめ大きく解体する方が良いと推量し、出張所員が指示した以外の行動を取つたこと、吊橋の力学的理論も、解体する技術も弁えない者が作業したこと等にあるというにある」とし、これに対する判断として、

「しかしながら原判決挙示の証拠によれば、天狗橋は昭和十五年三月頃竣工架設された全長二百十二米七十糎、有効幅員四米十糎の木造補剛構付吊橋であつて、当初の設計に不備があり、親線及び吊線については相当の強度を有するも補剛構（トラス）及び耐風トラスは強度不足なるのみならず近時貨物自動車その他車馬の通行頻繁にして床板の磨滅、縦桁、横桁、補剛構の破損、結合部分の腐朽等により隔年毎に補修工事の必要を生じていたもので、昭和二十五年度においても、同年四月頃国庫補助の下に百七十四万円で腐朽部分を補修することになり、同年八月二十二日指名競争入札の結果、株式会社宮竹組において百五十万円で落札し同会社は同月二十五日石川県知事との間に請負代金百五十万円、竣期限昭和二十五年十月二十四日とする補修工事請負契約が締結せられ、同会社は被告人向山

初三郎に右工事の現場総監督を委嘱し、同年九月一日頃より被告人小村淳担当の下に補修材料の蒐集に着手した状況であつたことが認められる。ところで昭和二十五年九月三日ジェーン台風により、石川県下の道路橋梁等は多大の損傷を蒙つたことは一般公知の事実に属するところ、本件天狗橋の損傷の程度については」（中略）㈠昭和二十九年九月三日のジェーン台風によつて、橋のトラス（補剛橋）の一部が弛緩損傷し、貨物自動車その他の諸車か通行する際橋体が以前よりも多く沈下するようになつたけれども、諸車及び人の通行に支障はなく、既に着手した百五十万円の補修工事の外に更に総工費一千万円の予算を計上して工事をしなければならない程の被害はなかつたこと㈡鶴来側の橋詰から約十米先の地点において横桁か折れその部分の橋板、縦板か低下したのは、その後において生じたものであつたことが認められる。（中略）当時石川県土木部道路課長の職にあつた被告人竹島清一は、ジェーン台風襲来の機会を利用し災害による国庫補助を申請して、全額国庫負担により、天狗橋を完全な橋に架替えて、地元民の要望に応えようと計画し昭和二十五年九月中旬石川県金沢土木出張所勤務の技師沢田正春に対し、ジェーン台風により天狗橋が災害を受け復旧費一千万円を必要とする内容の設計内訳書を作成することを命じ同技師か同出張所勤務の被告人山森郁夫に作成させた総工費一千万円の設計内訳書の提出を受け、一般災害復旧工事として申請することとし、これを県下の他の被害設計内訳書と共に目論見書に計上し、土木部砂防課に回付し、同課においてこれを他課の目論見書と共に取纏め、ジェーン台風による昭和二十五年度災害復旧工事目論見書を作成の上、土木部監理課を経由し、昭和二十五年十月四日附にて石川県知事より建設大臣宛提出の国庫負担災害復旧費検査申請書に添付し、同月五日頃建設省に提出して検査申請をなしたるところ、右申請に基き同省当局において、天狗橋については、同年十一月十二日頃現地に係官を派遣して被害状況を検査させることになつた（中略）「被告人竹島清一は前示総工費一千万円の国庫負担災害復旧費の検査に当り、天狗橋の現場をその検査申請に合致せしめて、右検査に合格せしめんがため、恰もジェーン台風により、一千万円の復旧費を要する程度の被害を蒙つたものの如く、天狗橋

を損壊すべく決意し、昭和二十五年十一月七日頃道路課内において、被告人嶋倉武男に対し、天狗橋の査定は同橋の全長の四分の三以上の区域に亘る被害程度でなければ検査が通らないからそのつもりで早速かゝつてくれと申し向けて天狗橋の一部を損壊して風害の状況を作出することを指示し、更に同月八日頃金沢市内より鶴来町方面に向う電車内において前記株式会社宮竹組専務取締役金山岩松に対し天狗橋はあのまゝでは査定が通らないからジェーン台風により自然に壊れたように一部損壊して貰いたい旨及びその損壊の程度は同橋の全長の四分の三以上の区域についてなされたき旨を依頼し（中略）被告人竹島清一の指示に基き原判示のとおり被告人等及び金山岩松は順次意思を連絡して共謀を遂げ現に人車馬の往来に使用している天狗橋を損壊しその往来に損害を生ぜしめることを計画し、原判示のとおり同橋を損壊し因つて昭和二十五年十一月十一日午前十時頃天狗橋の上流側落下によりその床面を垂直乃至傾斜する状態に垂れ下らしめて人車馬の通行を不能ならしめて往来の妨害を生ぜしめその際原判示の通り通行人及び作業人夫（但し橋村政雄、小寺勝秀、石村由夫、近藤洋一の部分を除く）を墜落せしめ死傷に至らしめたものであることか明らかに認められる。記録によれば所論のように被告人竹島には勿論、他の被告人にも本件天狗橋を落下せしめようとする意思はなく、また左様なことを予測していなかつたことは認め得られるもいやしくも前説示のとおり被告人竹島は国庫負担災害復旧費検査申請による検査に合格せしめるため、ジェーン台風により一千万円の復旧費を要する程度の被害を受けたものの如く損壊すべく被告人島倉および金山岩松に指示依頼し、被告人等及び金山岩松は順次意思連絡をして共同謀議をなし、現に人車馬の往来に使用している同橋を損壊したる本件においては、たとえ同橋を落下せしめる意思がなく、また損壊により落下することを予測しなかつたからといつて、その落下は不法に橋を損壊したことに基因するものであるから情状としては兎も角、本件の往来妨害致死傷の成立に消長をきたすものではない。」としている（第五丁―第一七丁）しかしながら原判決には、その判断自体に左記のような矛盾がある。

(イ)　災害復旧には緊急災害復旧と一般災害復旧とかあること、本件天狗橋については、昭和二十五年十月四日付をもつて一般災害復旧として建設省に検査申請がなされていること、而してその申請に際して、その申請の起案をした金沢土木出張所技師沢田正春、県道路課技師越田嘉一等は緊急災害復旧工事として起案して来たものを被告人竹島清一が災害の程度から見て緊急災害とするのは適当でないとして、わざ〳〵一般災害に訂正させて建設省に提出したことは争いのない事実であり、原判決もまた認めるところである、而して災害復旧工事の検査申請においては、橋が全然交通不能になつた場合に限り、緊急災害として検査の申請をすることができるものである、そこで被告人竹島清一は本件天狗橋については、この程度のものではなく、一般災害と認めるのを相当であるとして、右のような措置をとつたのである、かように一般災害として申請する以上、橋の四分の三以上にわたる被害がある必要はない、従つて原判決の認定の如くジェーン台風によつて橋の四分の三以上か被害を受けたものの如く作出する（原判決第一六丁）必要はないのである。

原判決が、被告人があたかもジェーン台風を機会とし、同台風により天狗橋か大被害を受けたものの如く、ことさらに損壊したと認定したことと、被告人が特に一般災害として検査申請をしたことを同時に認定したこととは矛盾する。

この点に関し原判決（第三四丁裏）は「災害復旧工事は取扱上緊急災害復旧工事と一般災害復旧工事とに区分され、前者は異状な天然現象に因り生じた災害に因り堤防の損害した場合、道路の損壊により交通不能となり或は交通不能となる虞のある場合、橋梁については橋梁の損壊により交通不能となり又は不能となる虞れある場合等、公益上復旧に緊急を要する工事であつて、緊急査定を要するものをいい、後者はそれ以外の場合で本査定によるものをいうものなることが認められるも、昭和二十五年度における災害復旧事業費国庫負担の特例に関する法律は緊急災害復旧工事たると一般災害復旧工事たるとを区別することなく、その第二条において、国は昭和二十五年度に限り法令により地方公共団体

又はその機関の維持監理に属する、河川、海岸堤防、砂防設備、道路（大正八年法律第五十八号道路法第一条の道路をいう）港湾の施設のうち公共的土木施設の部分に関する災害の災害復旧事業で当該地方公共団体又はその機関か施行するものについては他の法令の規定にかゝわらずその事業費の全額を負担することができる旨規定し、同法第三条において、昭和二十六年度以降に着手しても差支へがないもの、継続工事をみるべきもの、災害復旧事業以外の事業の施行中に生した災害に係るもの等の災害復旧事業については除外し、同法第二条の規定を適用しない旨を定めている。また記録上被告人竹島において知悉していたものと認める建設省内規国庫補助災害土木工事検査方針の規定中「腐朽架替期日に近き木造桁橋にして橋長四十米未満のものは約三分の二以上長さ四十米以上のものは約四分の三以上著しき被害を受けた場合に限り、全部架替を認むることを得」という旨の規定の存する点からして、被告人竹島は本件天狗橋につき昭和二十五年度の災害復旧工事として国庫負担災害復旧費検査申請によりその査定をとおすためには本件天狗橋は四十米を起す吊橋であるから、ジェーン台風により全橋長四分の三以上損害した状況を作出する必要かありこれかために前示のとおり被告人島倉武男に対し本件天狗橋を全長の四分の三以上損壊することを指示し、また金山岩松に対しても同趣旨の依頼をなしたものと認めるに十分であつて所論のように被告人竹島の右損壊を指示依頼したことにつき不可解の点は存しない」としている。しかしながらこの説示によつても、被告人か災害の程度を緊急災害の程度に達しないものと認め一般災害として検査の申請をしたという事実認定と、ジェーン台風により全長四分の三以上か被害を蒙つたかのように作出したという認定とか、判断において矛盾していることを否定することはできない。

(ロ) 原判決も認めるように被告人竹島は本件天狗橋を落下せしめようとする意思はなく、また左様なことを予測してもいなかつたのである（原判決第一七丁）原判決のこの認定と、同しく原判決の被告人竹島かジェーン台風を機会とし、天狗橋の一部を損壊し、同橋か同台風のために、全長の四分の三以上にわたり大被害を受けたものゝ如く作出することを

部下に指示したという認定（原判決第一六丁）とは判断が矛盾している、被告人竹島は旧制の高等工業学校を卒業し、其後各県の土木部に技師として勤務し、本件当時は石川県土木部道路課長の職にあつたものであつて、土木の技術並びに行政に深い知識経験を有していたものである。その竹島が原判決認定の如く天狗橋を落下せしむる意思もなく、またその予測も持つていなかつたとすれば、竹島か部下に指示した内容は、技術的に見て落下という結果の発生するおそれのない範囲内の事柄であつたと認めざるを得ない、これは理の当然である。即ち原判決のいうような「損壊」ではなく、また現場の者か実際に行つたことは異る内容の指示であつたと認定するのが当然である、言葉をかえて言えば、現場の者か竹島の指示に反し、または指示以外のことを行つたゝめに、橋の落下という事実が起つたのであると認めざるを得ない、これは事柄を前後矛盾なく判断すれば、当然到着すべき結論である。

なお以下に述べることも右の結論の正しいことを証明するための補強となるであらう。即ち

(1) 原判決の認定するように、竹島被告か天狗橋かジェーン台風により大被害を受けたものの如く作出するため橋の一部分を「損壊」するとすれば、その后相当の長期間にわたり天狗橋か通行不能におちいることは明かであつて、予め仮橋か又は渡船の措置を講じておかなければならぬことは常識上も当然考えられることであつて、土木の専門家の竹島がそれに考え及ばなかつたとは思えない。しかるに当時竹島は全然そういう措置を事前にとつていなかつた。

(2) また、原判決の認定するように、ジェーン台風により、天狗橋か大被害を受けたものの如く作出するとすれば、技術の専門家たる竹島としてはそれにともなつて起ることとのあるべき落下等の危険、なおそれに関連して起ることのあるべき作業人夫その他現場にいる者の生命身体に対する危険予防につき必要な措置を講ずることは当然である。その危険を予想しながら、竹島かその予防措置を講じなかつたということは到底考へられないし、また原判決も左様な認定はしていない。言葉をかえていへば、竹島は、本件につき実際行なわれたような作業をなすべきことを指示したこともなく、ま

たそういうことか行われるということは予想もしていなかつた、たゞ検査官の検査にあたり、そのまゝの状態では橋全体の情況かよくわからないから、一層的確に横桁、縦桁その他橋全体の腐朽、損傷の程度等の検査ができて実情を認識してもらえるように、補修個所を取りはずしておくことを指示したにすぎないという竹島の終始一貫して変らないところの主張が合理的であり、真実であることが明らかである。

(3) なおジェーン台風は昭和二十五年九月三月である、而して一般災害復旧に関する費用を建設省に申請したのは同年十月四日で、同省の係官か検査に来ることを予定されていたのは同年十一月十二日頃である、また事の性質上、検査に来るのは同省の技術者であることは当然何人にも推測されることである。二ヶ月先のジェーン台風による被害と検査直前に作為されたものとは、時間的関係並びに台風という自然力による損傷と人工的に作為された損傷とは技術者たる検査官には明瞭にわかるはずである。また技術者たる竹島被告かそれ位のことを知らぬ筈もないし又考えない筈もない。検査の前日になつてから、橋の一部を損壊しておいて、二ヶ月以上前のジェーン台風によつて大被害を受けたものの如く作出するというが如きことは、あまりにも見えすいた児戯に類することであつて、竹島被告のような土木技術並に行政に精通している専門家のやりそうなこととは思えない、この点においても原判決の認定は合理性を欠き一つの判決内に矛盾した認定が行われているといわねばならぬ。

(二) 記録に徴するに、竹島被告は、株式会社宮竹組に工費百五十万円で請負わせた補修工事により、取除くべき部分を取外して検査を受けるよう、原審相被告人嶋倉武男に指示し、また株式会社宮竹組の専務取締役金山若松に話したことはあるけれとも橋をこわせとか、傾けるというような指示をしたり、又は話したことはない旨検挙以来終始一貫主張している、このことは原判決もまた認めているところである（十三枚目裏）ところが原判決はこの主張を排斥し、竹島被告は、昭和二十五年九月三日のジェーン台風により橋か大被害を受け、その復旧工事に一千万円を要する旨の災害復旧工事目論見書

を部下に命じて作成せしめ、同年十月四日付で石川県知事から建設大臣宛提出しておいたところが、同年十一月十二日頃建設省から被害状況観察のため、係官か現地に派遣されることになつたので、竹島被告は、このまゝでは検査に通らないことをおもんばかり、前記嶋倉、金山その他の者と順次共謀の上、ことさらに橋の四分の三以上が右台風のため大被害を受けたかのように作為せしめた、而してその結果橋か傾斜し、作業中の人夫及び通行人が死傷したと認定し、刑法第一二四条を適用した。而して同条第一項の規定か故意犯の規定であることは、その規定の文言自体からみて疑いの余地はない。しかも同条項の規定する「妨害」は抽象的危険をいうのではなく、具体的危険をいうものであることは判例学説の一致するところである。昭和三年(れ)第六一七号、同年五月三十一日宣告の大審院判例は、「刑法第百二十四条第一項の罪は陸路水路又は橋梁を破壊又は壅塞して往来の妨害を生ぜしめたる事を要件とし其の犯罪の成立には特にその手段として陸路水路又は橋梁を損壊又は壅塞することを要すると同時にその行為の結果往来の妨害を生ぜしめることを要するものにして従つて犯人はその行為の結果たる往来の妨害に付認識あることを要するものなるに反し警察犯処罰令第二条第十二号の罪は公衆の自由に通行し得る場所において濫りに車馬舟筏其他の物件を置き又は交通の妨害となるべき行為をなすことを要件とし其の犯罪の成立には特に前者の如く其の行為の結果として往来の妨害を生ぜしむる事を要するものに非ず従つて此の場合に於ては前者と異り犯人は単に叙上の行為を為すことにつき認識あることを要するものにあらず蓋し刑法第百二十四条第一項の罪は所謂具体的危険犯と称せられるものにして特にその行為の結果往来の妨害なる危険状態を発生せしむることを要するに拘らず警察犯処罰令第二条第十二号の罪は所謂抽象的危険犯と称せられるものにして其の行為の一般的性質に於て交通妨害の危険性を有する事を以て足り特に具体的に往来の妨害の危険状態を発生せしむることを要せずして両者は全然その性質を異にするものなればなり」と言つている（大審院刑事判例集第七巻第四二〇頁）この判例は言うまでもなく刑法第一二四条第一項の罪と旧警察犯処罰令第二条第十二号との関係に関するものであるけれども、同令第二条

第十二号に相応する規定は現在も軽犯罪法第一条第七号第二十五条に規定があるが、その点はしばらく別問題として、右の判例か刑法第一二四条第一項の規定は往来妨害の具体的危険の発生を要件とし、犯人に損壊又は壅塞行為の認識のみならず、その結果として往来妨害の具体的危険の発生すべきことの認識あることをも必要とするということを確認して判示していることは明かである。同趣旨の学説、大場各論一七八頁、泉二各論一七八頁、山岡原理第五三四頁、平井各論第九四頁、要論第三三八頁、小泉各論第五七頁。

しかるに原判決は「記録によれば所論のように、被告人竹島には勿論他の被告人にも、本件天狗橋を落下せしめようとする意思はなく、また左様なことを予測してもいなかつたことは認め得られるも、いやしくも前説示の通り被告人竹島は、国庫負担災害復旧費検査申請による検査に合格せしめるため、ジェーン台風により一千万円の復旧費を要する程度の被害を受けたものの如く損壊すべく被告人島倉武男及び金山岩松に前説示のとおり指示依頼し、被告人等及び金山岩松は順次意思連絡をして共同謀議をなし、現に人車馬の往来に使用している同橋を損壊したる本件においては、たとえ同橋を落下せしめる意思がなく、また損壊により落下することを予想しなかつたからといつて、その落下は不法に橋を損壊したことに基因するものであるから、情状に関しては免も角、本件の往来妨害致死傷罪の成立に消長をきたすものではない」と判示している（十七枚目）しかしながら前掲判例の示す通り刑法第一二四条第一項の罪の成立するには損壊又は壅塞行為自体についての認識のみならず、それによつて往来妨害の具体的危険の発生することについての認識をも必要とするものであるから、原判決のように、橋を落下せしめるという意思も、その予測もなかつたと認定し而して往来妨害の具体的危険の発生することあるべき旨の認識のあつたことを認定せずして（実際その認識はなかつた）刑法第一二四条第一項の罪の成立を認めることは理論上不当であり又前記判例に違反する。本件については同条第二項が適用されているけれども、第二項の罪は第一項の罪が成立している場合に、その結果として人の死傷ということがおこつたときに初めて成立するのであつて、既に第一項の罪が成立しない場合に第二項の罪が成立する理由はない。

本件につきもし何か問題が残るとすれば業務上過失致傷の罪又は過失致死傷の罪であるか、本件においては、その点は起訴されていないから問題とならない。

(三) 原審において海野弁護人はその控訴趣意書の第一点第二の一において（原判決第一七丁以下）昭和二十五年十月二十一日西川巡査のなした通行禁止の処分は本件事故発生の日まで引続き効力を有していたものであつて、本件事故発生当時には天狗橋は法律にいわゆる往来ではなく法律上通行し得ない橋梁であつたものである。然るに原判決が当時法律上の往来であつたものと認定したことは事実を誤認したものであり、延いては法律の解釈を誤り罪とならない事実に対し有罪の認定をした違法があると主張した。

これに対し原判決は、昭和二十五年十一月十七日附検察官作成の検証調書によると検証当時天狗橋の東西両側渡り口の各中央部に、(1)「通行止 ROAD CLOSED 鶴来町公安委員会」と記載した立札一個、橋の各「渡り口の南側に通行止 STOP ALL VEHICLES UNDER TENGU BOG CNST 鶴来町公安委員会、同町警察署」と記載した立札各一個、(3)同各北側「自昭和二十五年九月四日諸車通行止石川県」と記載した立札各一個が立ててあり、(4)更に西側渡り口の下流側（北側）のトラスに「通行止め石川県」と記載した木札一個が吊下げてあつたことが認められるも、(1)は本件事故発生後に立てたもので本件に関係がない、(3)は天狗橋の国庫負担復旧費の検査を通過せしめる目的の下に昭和二十五年九月三日のジェーン台風に因つて本件天狗橋が損傷したものの如く橋の一部を損壊して風害の状況を作出するため同年十月下旬頃金沢土木出張所係員より株式会社宮竹組に対し「諸車通行止」の立札を昭和二十五年九月四日から立ててあつたものの如く古板をもつて作りこれを天狗橋の両渡り口に立てておくよう指示し右宮竹組専務取締役金山岩松はこれを被告人小村惇に告げ、同人は右趣旨を諒承して自ら前記立札を作成し、その頃天狗橋の東西渡り口に立てたものなることが明かであ

り、また(4)の通行止石川県」と記載した木札（証第十九号の四）もその頃被告人小村惇において前記証第十九号の三と同一趣旨で自ら作成しこれをトラスに吊下けたものなることが認められ、たとえ正規の手続により諸車通行禁止の標示かなされたとしてもいづれも正当な橋梁の管理権に基きなされたものにあらずして、総工費一千万円の国庫負担災害復旧費の検査を受けるに当り、その検査に合格せしめんがため、その対策として本件天狗橋を損壊し風害の状況を作出するため職権を濫用して不正な工作をする目的の下に右工作中人車馬の通行を杜絶せしめる意図より為された標示であつて、もとより違法の措置といわなければならない。従つて右諸車通行止及ひ通行禁止の各標示は、法的効力を有しない無効のものであつて通行止の効力を有しないものである。

(2)の通行禁止 STOP ALL VEHICLES UNDER TENGU BOG CNST 鶴来町公安委員会同町警察署」は昭和二十五年八月頃株式会社小山組において本件天狗橋の補修工事をなした際、その工事中牛馬車その他諸車の通行を制限するため金沢土木出張所長の指示に基き立てたもので、右工事は数日にして終了したか右工事終了後撤去を怠りその儘放置しあつたもので、此のまゝでは諸車の通行に支障があるので鶴来町警察署巡査部長山田芳男はこれを撤去しようとしたか、その立札に重量制限の貼紙かなされていたのでそのままこれを放置するうち、同年十月二十一日頃自動車の通行により橋の横桁か二本程折れたとの報に接したため、応急措置として西川巡査に通行止の措置を命じ、同巡査は叙上の立札より重量制限の貼紙を取除き、数日後の同月二十三日頃破損部分か補修されて通行禁止の必要は解消した事により右通行禁止の立札は無用となり、従つて本来直ちに除去せらるべきところ、そのままに放置されていたに過ぎず、本件損壊作業のなされた同年十一月十、十一日当時においては、前説示のとおり、事実上人車馬か通行していたもので、法的には勿論事実上も右通行禁止の標示は人車馬の通行を禁止する効力を有しなかつたもので、当時本件天狗橋は法律上人車馬か自由に往来し得る橋梁であつたことが認められる。

所論のように右西川巡査の執つた貼紙撤去の措置により、本件天狗橋か本件発生の日までその通行を禁止されていたものであり、従つて、人車馬の往来に供されていなかつた橋梁であるとは到底認めることができない。されば原判決が本件天狗橋を現に往来に供している橋梁と認定し処分したのは正当であつて原判決には所論のような違法はない旨判示した。

しかしながら、本件の作業か原判決のいうように損壊するための行為であつたという認定については、被告人側としては大に異論があるが、その点はしばらく別問題とする。通行を禁止する旨の立札その他の標示をすることは一つの行政処分であると思うが、それが県、公安委員会、警察署というように、本来そういう処分をなす権限を有するところの公務所が、その公務所名義を表示して正規の手続、形式により、行つている場合には、われわれ国民（通行人）はこれに従わねばならぬ。いちいちその法的根拠をせんさくし、それが法的に有効かどうかを判断し、有効であるならばこれに従い、無効であるならばそれを無視しても差支ないというように法的判断の権限を通行人に与うべきではない。一般通行人に左様な判断をすることを許すとすれば、その解釈、判断か必ずしも当該公務所の判断と一致しないこともあり得る。またその判断をする能力のないものも多いであろう、結局標示の通り従わせる外ない、逆に言えば権限ある公務所が正規の手続によりなしたものはわれ〳〵通行人としてはそれを尊重し、従わねばならぬのである。もしそれか職権濫用であるならば、濫用した公務員自身がそれについて行政上の責任を負うべきであるが、しかしそれは標示の効力とは別問題である。

およそ行政処分とはそういうものであると思う。原判決はこの点において法律解釈を誤つている。

通行止の標示のなされた後も事実上通行人があつたと原判決は認定しているが、仮にそれか事実だとしても、少くとも本件作業に着手する直前には、事実上も通行できないように障害物をおき、通行を阻止する処置を講したことは原判決の認むるところである、而して通行人中の被害者は辻井与太郎一人である、ところか同人は作業中の林隆一か二回にわたり阻止したにかかわらず、あえて通行したものであつて、作業にたずさわつている側の者から云えば、それでもなお結果に

ついての責任を負えといわれることは苛酷であると云わねばならぬ。まして県道路課長であつて現場に臨んでいないし、また臨むべき職責も持たない竹島被告に辻井の死亡についての責任を問うことはあまりにも論理の飛躍にすぎ、合理性を欠くというべきである。

本件は、結果が重大であり、而して被告人竹島が県土木部道路課長という地位にあつたため、行政上の責任と刑事責任とを混同し、不当に強いて同人に刑事責任までも負わしめたというそしりを免れない。

以上の理由により原判決を破棄し更に相当の御審理を賜りたい。

（昭和三十二年一月二十三日付）

以　上

昭和三四年(あ)第四七〇号

判　決

本籍ならびに住居　鹿児島市易居町一四番地
鹿児島県信用漁業協同組合連合会貸付課長
上　竹　清　志
明治三九年三月一日生

本　籍　鹿児島県薩摩郡里村三四六五番地
住　居　鹿児島市新照院町一四一番地
元鹿児島県農地部耕地課長補佐
大　井　兼　次
明治四四年一二月二〇日生

本籍ならびに住居　鹿児島県姶良郡加治木町反土二四八三番地
元加治木町長
曾　木　隆　輝
明治三七年三月六日生

本　籍　鹿児島市上竜尾町一二七番地
住　居　同市高麗町一五八番地
元鹿児島県土木部計画課長補佐

昭和三六年一月一三日判決　昭和三四年(あ)第四七〇号

本籍　長崎県南高来郡有家町一一一七番地
住居　鹿児島市上荒田町二〇八四番地
元鹿児島県土木部計画課長
草野透　二
明治四五年三月三日生

本籍　鹿児島県囎唹郡大崎町永吉六七八七番地
住居　同県鹿児島郡谷山町上福元一六八一番地
元鹿児島県耕地課長
隈部正人
大正二年九月一八日生

本籍　同県
住居　同県
小城直哉
明治三五年一〇月一八日生

右上竹清志に対する背任、大井兼次、曾木隆輝、草野透、隈部正人、小城直哉に対する単純収賄各被告事件について昭和三二年一一月二七日、同三三年一〇月二八日福岡高等裁判所宮崎支部の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

本件各上告を棄却する。

理由

被告人上竹清志の弁護人田中伊之助の上告趣意は事実誤認、単なる法令違反の主張で刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人大井兼次、同草野透、同隈部正人の弁護人後藤英橘の上告趣意第一点は違憲をいうが、異性間の情交も賄賂の目的物となり得ることは夙に判例の示すところであり（大審院大正四年七月九日判決、刑録二一輯九九〇頁以下）、現在これを変更するの必要を認めない。また原判決によると、被告人大井兼次、同草野透は松元道生等より判示婦女との情交を賄賂として受けたというのであるから、被告人等が右婦女との情交を賄賂の目的物として受けることがその婦女の人格を無視することになるとしても、かかる被告人等の行為につき被告人等に収賄罪の刑責を問うことは何等所論婦女の基本的人権に関するところはないから、所論違憲の主張は前提を欠く。

同第一点二は判例違反をいうが、原判決が所論引用の判例に反する判断をしているものとは認められず、所論は結局事実誤認の主張に帰し刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同第二点は違憲をいうも、その実質は事実誤認、単なる法令違反の主張にいでず刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人曾木隆輝の弁護人西野陸奥太郎の上告趣意は判例違反をいうが、記録によると第一審判決は、被告人に対する昭和二九年一一月一日付起訴状記載の公訴事実第二の一、二のうち昭和二八年六月二日、同月一九日、七月八日、九月上旬における旅館「まつもと」での天洋建設株式会社役員松元道生、地福馨等よりの各収賄の点について、結局自己の職務に関し供与されるものであるとの認識や饗応を受ける意思即ち犯意について証明がないことを理由に無罪を言渡したものであるところ、これに対し検察官より控訴の申立があり、原審は自ら事実の取調として、検察官申請に係る証人地福馨、松元道生等五名を取調べたものであつて、それら証人はいずれも右犯意の点を主要な争点とする各公訴事実につき、犯罪の成否を決する上に関係を有すべき証人であることが認められる。従つて、原審での事実の取調の結果が、争点に直接触れるところにおい

昭和三六年一月一三日判決　昭和三四年(あ)第四七〇号

て第一審で取調べた証拠以上に出ないとしても、右事実取調の結果と訴訟記録及び第一審で取調べた証拠と相俟つて被告事件につき判決をするに熟している場合、控訴裁判所が破棄自判し、有罪の判決をすることは所論引用の判例に何等違反するところはない。（昭和三二年三月一五日第二小法廷判決刑集一一巻三号一〇八五頁以下、同三四年五月二二日同法廷判決刑集一三巻五号七七三頁以下各参照）。よつて所論は採るを得ない。

被告人小城直哉の弁護人佐藤通吉の上告趣意は事実誤認、単なる法令違反の主張であつて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

また記録を調べても本件につき刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三六年一月一三日

最高裁判所第二小法廷

裁判官　藤田八郎

裁判官　池田克

裁判官　河村大助

裁判官　奥野健一

裁判官　藤田八郎

裁判長裁判官小谷勝重は退官のため署名押印することができない。

弁護人田中伊之助の上告趣意

一、本件は重大なる事実の誤認があり原判決を破毀しなければ著しく正義に反するものである。

二、本件金参百万円は貸付たものではない。名目は貸付たように処理されているが、実際は貸付ける意思はなく貸付たものではない。天洋建設株式会社設立について所謂「見せ金」として処理されたものである真実金参百万円の約束手形を振出す意思はなく、右会社設立手続上「見せ金」に使用しその手続の終り次第直ちに徹回することになつて居り事実徹回したのである。所謂「見せ金」はその名の示すように単に見せるだけであつて（その事の是非善悪は別として、またそれは被告人等の関与するところではない。）損害の危険は絶対にないのであるから背任罪は成立しない。

三、仮りに本件金員は一応貸付たものと見るにしてもその相手方は法律で許されている単位組合である谷山漁業協同組合長・地福馨であつて天洋建設株式会社ではない。被告人両名は或は右会社設立手続の「見せ金」に使用するのではないかと言うことを気付いていたとしても被告人両名としては、その使途について詮議する必要はなく理事である地福馨からその処理を要請され単位組合に貸付けるのであれば差支ないものと解釈して処理したものであつて原判示のように単位組合以外の者へ貸付たものでなく帳簿等も左様に処理されていないから背任罪は成立しない。

以上

被告人　青山敦

同　上竹清志

被告人　大井兼次
同　草野透
同　隈部正

弁護人後藤英橘の上告趣意

第一点　まつもと事件

一、原判決が被告人大井兼次、同草野透に対し情交を以つて収賄罪とし有罪に認定したのは明に憲法第十一条及同法第十三条に違反する違法の判決だと信します。

其　理　由

我国に於て現行憲法施行前即ち帝国憲法施行当時は儒教を基調とする思想下に国民の家庭生活は家長制度を採り家長の許さざる婚姻は成年者と雖或る一定の年齢に達しなければ自由に之を為すことを得さる事を基本として居り従て家長並に親権者の不知の間に行はれた情交は総て淫事とし之を蔑視し以つて家長並に親権者の権威を伴持して居りました、其為家長並に親権者の不知の間に行はれた情交は其事情如何に不拘総て淫事とし蔑視され其情交を精神上の利益とし物質的に処遇せられても怪む者無き迄に社会通念とせられて居りました其間に在りましても刑法に於ては情交が財物なるやにつき詮議せられ明治四十四年大審院判例で

「賄賂ハ財産ノミニ限ラス又有形タルト無形タルトヲ問ハス苟モ人ノ需用若クハ欲望ヲ充タスニ足ルヘキ一切ノ利益ヲ包含スルモノトス」

と判示せられて以来情交を収賄罪の財物として居り原判決も右判例を適用し右被告人両名の情交を一切の利益中に包含

せらるゝものとし有罪に認定したものであり此認定たるや前記の思想に基き為され尤ものと云はなければなりません。

然るに我国敗戦の結果現行憲法が施行され其第十一条に基本的人権有と享其第十三条に個人の尊重が規定せられ殊に同条に於て国民の幸福追求に対する国民の権利について最大の尊重を必要とする事を規定せられました以上在民主権の今日情交は恋愛の下に神聖に行はるゝものであり情交をもつて精神上の利益なりとし収賄罪の財物と見るか如きは明に国民の幸福追求に対する国民の権利を侵害するものであつて精神上の利益なりと考ゆる其事自体が右憲法両条規違反の考へであり国民に同両条規の下に情交を神聖視せしむる事を道徳過程とし頼つて以て正常なる婚姻に導く事に於て善良なる風俗秩序を伴持する所以でありかくなればこそ昭和三十三年四月一日から完全施行の売春禁止法にあつても直接売春婦の売春行為自体を罰せさる理由は全く情交を神聖視した結果だと信します、而て事実上従来収賄罪の財物としての情交は一に売春婦相手の情交をもつて有罪と認定せられ居り淫行の常習なき婦女相手の情交をもつて収賄罪の財物なりと認定せらた事例は殆んと其例を見さると同時に売春禁止法施行後は刑法第百八十二条淫行勧誘罪と相待つて破廉恥なる情交を取締るには十分其目的を達せられ居り、又側面より公務員の情交に基く収賄罪を取締るに又十分の効力あり、従て強いて本件判例の如く情交をわざ〳〵精神上の利益なりとし之を物質的に解釈して処断する要を見さる許りでなく純正なる法の解釈上よりして右憲法両条規の下に於ては同判例は同両条規違反の判例として当然違法で無効として廃止せらるで可きあり右両被告人の夫々の情交を収賄罪として有罪に認定した原判決は破毀せられ同両被告人は無罪たる可きものだと信します。

而して

(イ) 被告人大井兼次の情交に基く収賄の事実は第一審判決第一の三の(ニ)の一覧表に依つても明かな通り情交の相手方は若松信子外二名で同人等は何れも相被告人松元道生等の設立せる天津建設株式会社の女事務員で淫行の常習無く特に

若松信子との関係は其情交の正数金銭贈与の点よりして明に恋愛関係に基く情交なる事か推知せられ。

(ロ) 被告人草野透の情交に基く収賄の事実も之亦第一審判決第一の三の(四)に於ける判示事実通り情交の相手は右会社の女事務員で淫行の常習無き松井葉留子一人に限られ居り之亦継愛関係に基くものであり。

以上の如き右両被告人の情交事実なるに敢て収賄罪で罰せらるゝに至りましたのは第一の松元事件の第一審判決第一の一の判示事実にある通り相被告人松元道生が当然淫行の常習なき未成年の女子、即ち高校学生或は百貨店女店員或は看護婦学校生徒等をして姦淫せしめ利得し居りたる淫行勧誘の事実を検挙せらるゝや天下の耳目を驚かしめ松元事件として世上に喧伝せらるゝに至り之か為俗に謂ふ傍杖を喰つて右両被告人の右情交事実をも収賄罪として検挙せらるゝに至つたものであり、現に第一の一の相被告人松元道生の淫行勧誘の犯罪事実中には右会社女事務員地福道子堅山福子をして淫行せしめた事実をもかはり居り従て右両被告人の右(イ)(ロ)の情交は寧ろ相被告人松元道生の淫行勧誘として処断せらる可きか妥当なりと信します。

尚第一審判決量刑理由中に

右両被告人等の収賄事実に同情し

「反面巧みに仕掛けられた「わな」に陥ちたかのごとき観がある」

と判示し居り此の判示の「わな」に陥ちたかのごとき観ある事は其裏面に於ては犯意なかりし事を推定し得るのでありさすれば、尚更に同被告人等の右情交の事実は益々相被告人松元道生の淫行勧誘の犯罪事実として処断せらるゝを至当と信します。

二、原判決が被告人隈部正人を収賄罪に問疑し有罪と認定せる同判決は最高裁第三小法廷昭和三十一年(あ)第三一三五号判決に違反する違法の判決であり同被告人は無罪たるべきものだと信します。

其　理　由

右最高裁判決によれば賄賂と職務行為との関係は賄賂は職務行為に対するものたれば足りと判示して居り一見職務行為の範囲甚た広範に亘り苟くも収賄者と贈賄者間に職務上の関連ある関係に於て最小限饗応を受くるか如き場合も悉く賄賂罪を構成する如く判示せらるれたるやに感得せらるゝも仔細に之を検討すれば職務行為に対するものたれは足りとは明示的には勿論の事黙示的にも職務行為に対し饗応せらるべきものたる事を感得或は推知し得可き事実あることを要する事は言を待たさる所で然らさるものは社会的儀礼の饗応として当然賄賂罪を構成せさるものと言はなければなりません、而て原判決が被告人隈部正人の収賄罪として認定した事実は相被告人松元道生等の被告人隈部正人に対する贈賄事実即ち同判決第一の三の㈢の贈賄事実中㈠㈡の贈賄に対する収賄を認めたものであり其収賄の財物はサントーリウイスキー一本及肴若干（千二百円相当）と五百円に相当する饗応其合計金額僅に千七百円に過きさるものであり、其収賄事実の認定として被告人隈部正人は鹿児島県土木計画課長として相被告人松元道生等から

「前略上水道工事の指名入札の推薦および都市災害復旧工事、復興都市計画工事、街路工事の入札指名等前記会社に関連する、同被告人の職務執行につき将来便宜な取扱をして貰いたいと云ふ趣旨をもつて収賄した」

と認定して居ります、然乍ら第一審判決第一の三の認定にある通り天津建設株式会社は昭和二十八年六月三日に鹿児島県知事から入札参加資格工事施行能力審査合格通知書を受領し同県の総ゆる土木工事に工事入札者たる権利を有して居りまするから原審判決の如く相被告人松元道生等から被告人隈部正人に土木計画課長として工事の入札指名等につき将来便宜な取扱をして貰ふへき要なく従て㈠㈡の授受並に饗応は社会的儀礼として為されたものである事を推定し得るのみならず第一審判決の量刑の理由判示に

「前略その方法も頗る巧名で一見職務に関しないかのように口実を設けて招待の上酒食を供ししかる後酔余女事務員と情交をさせたものでありまた右女事務員も会社幹部から金銭的な誘惑とせん動を受けたことと当時前記会社を蔽ふに至つた淫靡な空気に染まつたこととによつて無自覚に会社の方針に協力し幹部の指示に従ひ収賄者等を安堵させつゝ前記情交関係を反覆したものと認められる従て収賄者等としてはもとより不用意の点のあつたことはいふまでもないが反面巧みに仕掛けられた「わな」に陥ちたかの如き観がある」

と判示し居りさすれば被告人隈部正人は前記女事務員と情交の事実全く無き点からしても㈠の物品授受㈡の饗応を受けたのは収賄の意思なくして社会的儀礼として之を受けた事を容易に推定し得る事が出来ます許りでなく右㈠㈡の僅か千七百円相当の事実をもつて同人に収賄罪を認定し鹿児島県土木計画課長から一躍前科者に墜落せしむるか如きは最高裁第一小法廷昭和三二年三月二八日昭和二五年(れ)第一三七〇号農林大臣案の賄賂収受につき無罪を言渡された事案に比照し憐憫の情油然たるものかあります、幸に前記の通り無罪を認め得可き事実かあるのでありまするから是非無罪の御判決を賜る可く懇願して止まさる次第であります。

第二点　上妻建設関係

一、被告人大井兼次に対し同人と相被告人上妻正行との間の金銭授受を収賄罪と認定したことは憲法第三十一条に違反する違法の判決だと信します。

其　理　由

被告人大井兼次が収賄罪とし有罪と認定せられた犯罪事実は第二の四の㈡の事実であつて其事実は

(1)　昭和二十八年三月十四日頃鹿児島駅で中野晴雄を介して金一万円の収賄の事実

(2)　昭和二十九年七月下旬頃熊本市新市街丸十旅館で金五千円の収賄の事実

であり而て右収賄の証拠とし

(6) 領置してある支払明細メモ（証第三二号）

(7) 同現金出納簿メモ（証第三三号）

の各メモを採用して居ります、同メモは第一審公判で当弁護人の提出した昭和三十年五月三十日付弁論書に基き無罪の証拠たる事を主張した検察庁領置番号証第一一五八号及証第一〇七五号に該当し、同証拠をもつてしては、同弁論書で主張した如く有罪の証拠たり得さるものでありまするか故に本上告趣意書に右弁論書の右主張を援用し原判決が右証拠をもつて被告人大井兼次を収賄罪につき有罪と認定した事は前記憲法第三十一条に違反する判決であり無罪たるべきものだと信します。

以上

昭和三四年(あ)第四七〇号

弁護人西野陸奥太郎の上告趣意

本件において第一審裁判所は被告人曾木隆輝の三つの公訴事実すなわち

(一) 被告人は昭和二十八年九月一日及同年六月九日旅館「まつもと」で自己の職務に関し請託を受け酒食の御馳走になりかつ後者の場合請託者の女事務員船川二見と同衾してもつて収賄したものである

という公訴点に対しては犯罪の証明充分でないとし、

(二) 昭和二十八年六月二日旅館「まつもと」で自己の職務に関し請託を受け酒食の御馳走になり且つ前記船川二見と同衾しもつて収賄したものである

という点に対しては犯罪の証明ないとし、

(三) 昭和二十九年六月十九日、同年七月八日及同年九月上旬旅館「まつもと」で自己の職務に関し請託を受け酒食の御馳走になり且つ七月八日は船川二見と、九月上旬は地福光子と情交しもつてそれぞれ収賄したものである

という点に対しては犯罪の証明がないとしてこの点の控訴はこれを棄却したが前記(二)及(三)の点はこれを認める証拠十分であるとして第一審判決中右(二)及(三)の無罪の言渡しをしたのに対し検察官は控訴の申立をなし原裁判所は前記の(一)の点については第一審裁判所と同様犯罪の証明がないとしてこの点の控訴はこれを棄却したが前記(二)及(三)の点に対し右(二)(三)の点について有罪の言渡しをした。

しかしながら記録により原審における審理の経過を検討するに原審は左記の点に於て最高裁判所の判例と相反する判断をしておる。

第一点　第一審判決は前記㈡の点すなわち二十八年六月二日の収賄につき「全証拠によるも被告人曾木が旅館「まつもと」において御馳走になり、かつ右船川と同衾したのは起訴状記載のように被告人松元、地福馨、大渡、地福尚哉、幸田等から自己の職務に関し供与されるものであるという認識があつてしたと断ずることはできないと考へられるので右公訴事実については犯罪の証明がないことに帰する」と認定したのに対し

原判決は「問題は被告人曾木においてその職務に関して饗応せられ婦女を提供せられたものであるとの認識があつたかどうかの点についてゞあるが前掲地福馨の検察官に対する供述調書によると同人は被告人曾木に対してこん度天洋建設という土建会社を設立し自分がその会長となつたから招待するのであるとの趣旨を申述べており被告人曾木の検察官に対する供述調書によつても認められるように同被告人と地福馨とは公職上の単なる顔見知り程度で私的交際も無かつた事情を併せ考えると右の招待は同被告人の職務に関し土建会社幹部よりの顔つなぎのための接待であるとの認識をもつて同被告人がこれに応じたものであることは経験法則からも認め得られるところである」として第一審判決の認定を破棄した。

斯くの如く原審はこの問題の点について地福馨の検察官に対する供述調書及被告人曾木の検察官に対する供述調書の記載のみによつて判断を為しみづからは右の点につき何等事実の取調を行はずして有罪の判決をしたものであることが明らかである。斯くのごとく第一審裁判所の取り調べた証拠のみによつて犯罪事実の存在を確定し有罪の判決をすることが刑訴四〇〇条但書の許さないものであることはすでに最高裁判所の判例の示しているところであるから（昭和二六年㈱第二四三六号同三一年七月十八日大法廷判決、集一〇巻七号一一四七頁）この点につき原判決は最高裁判所の判例の趣旨と相反する判断をしたものとして破棄せらるべきものと信ずる。

第二点　次に第一審判決は前記㈢の点即ち被告人が昭和二九年六月十九日、同年七月八日及同年九月上旬頃の三回に収賄したという公訴事実に対して第一審判決は右公訴事実は二回目以後のことであるが（第一回は前記の通り昭和二八年六月二

日）二回目の饗応が右公訴事実のどの日であるのか、或は右公訴事実以外の日であるものか証拠上確定することができない。たゞ単にその日時が確定し得ないのみでなくそれが第二回であることも確定し得ず」と認定したのに対し原審は右昭和二八年六月十九日の分については証第五号の三運転日誌、証第六二号船川二見の検察官に対する昭和二九年十月十五日附、同年十一月五日附供述調書、伊集院満里子の検察官に対する昭和二九年十月十八日附供述調書の各記載を綜合し、昭和二八年七月八日の分に対しては証第一七号超過勤務控綴中町田満里子の欄と船川二見の各同年七月八日欄及前記船川二見、伊集院満里子の各検察官に対する供述調書と証一六号工事出面表の各記載とを綜合し昭和二八年九月上旬の分については地福光子の検察官に対する昭和二九年十月十九日附供述調書、被告人曾木の昭和二九年十月二十二日附の各検察官に対する供述調書の各記載によつて何れも被告人が饗応を受けた事実を確定した。

斯くの如く原審は第一審が犯罪の証明不十分とした事実に対し第一審の取調べた証拠のみによつて犯罪事実の存在を確定した次第であつて斯くの如きは前記第一点記載の最高裁判所の判例の趣旨と相反する判断をしたものであつて原審の前記判決はこの点において破棄せらるべきものと信ずる。

第三点　第一審判決は関聯のある各証拠と検討した上これらの各証拠は前記第二点記載の饗応につき被告人においてこれが職務に関して受けるものであるという認識があつたものと断ずるに足りない、右認定に反する証拠は前述の事情に照したやすく信用できない、従つて以上の公訴事実は結局犯罪の証明不十分であるということに帰する旨判示したのに対し原審は

「被告人曾木においてそれが自己の職務に関する饗応であることを認識してゐたかどうかの点について検討すると同被告人の昭和二九年十月二十日附検察官に対する供述調書によると（中略）該饗応が松元建設からの招待により為されるものであることは被告人曾木もこれを認識して応諾したものであることが窺われる。そして該宴席には被告人大渡義夫等が出

席して飲食を共にしたことも同調書により認められるしこれと大渡義夫の検察官に対する昭和二九年十月六日附、同月七日附、同月二八日附各供述調書中に第二回以降の該宴席においても加治木の水道工事、道路舗装工事等の話題が出て大渡等よりよろしくお願いする趣旨の話があつた事実も認め得られるので以上の諸事実と第一回目（昭和二八年六月二日）の饗応接待の経緯並に当審証人松元道生、同大渡義夫の供述とを併せ考えると当時被告人曾木において自己の職務に関して饗応接待を受けるものであるとの認識があつたと認めるのを相当とする」と判示しこゝに初めて原審証人の供述がその公訴事実認定の資料として現はれた。

然し乍ら記録に基き右両証人の原審に於ける供述を検討するに先づ証人松元道生（記録五三八五丁以下）は検察官の問に対し曾木隆輝を工事の入札指名に入れていただけないかと思つて四、五回「まつもと」荘に呼んだ。宴席には私は全然出ていません。曾木に仕事のことを頼むのは宴席ではいえないので大渡に加治木役場にお願いに行つて呉れとたのんだことはあります。曾木にまつもと荘で女と同衾させたことは四、五回あると思いますが一回は同衾していないときいていま す（中略）曾木の関係では工事のことをいつて呉れと女にたのんだかどうだつたかはつきりしたことは申されません（後略）と供述しておる。これによれば松元道生の贈賄の意思を認め得る丈けであつてその贈賄者なる松元が曾木を呼んだ宴席には出席せず又宴席では仕事のことはいえないのでいわず又同衾の女にも曾木に工事のことをいつて呉れとたのんだかどうだかはつきりしないということであるから松元道生の原審に於ける供述は被告人曾木が却へつて収賄の認識がなかつたことの資料とはなるがその認識の存在を認める手がかりには全然ならないものである。

次に証人大渡義夫（記録五三七八丁以下）は検察官の「指命について松元が曾木に頼んだことは聞かなかつたか」との問に対し「松元も頼んだでせうが自分も加治木町役場に行つて指命願を出したことはあります」と答えておる。「松元も頼んだでせうが」ということは想像を述べた事でこのことは松元が曾木に頼んだことを聞かなかつたことを意味する。即

ち聞いておればかくの如く想像するまでもなく「頼んだのを聞いた」と答える筈で聞いていなから斯様に想像した訳である。大渡の証言中問題になるのはこの点丈けでその他は曾木の収賄の認識を認定するのに関係ある供述は全くない。結局大渡義夫の原審に於ける供述も被告人曾木に於て収賄の認識がなかつたことの資料とはなるがその認識の存在を認める手がかりには全然ならないものである。

斯様に収賄の認識を認める資料とならないものをいくら並べてこれを第一審に於ける証拠と綜合しても零はいくら加えてもプラスになり得ない訳であるから結局原審は専ら第一審に於て調べた証拠のみによつて第一審が無罪と判断したものを有罪と判断したことに帰着する次第であつてこのことは即ち前記第一点記載の最高裁判所の判例の趣旨と相反する判断をしたものとして破棄せらるべきものと信ずる。

以　上

被告人小城直哉

弁護人佐藤通吉の上告趣意

第一点　原判決は、原審に於ける各証拠に、有罪の認定上最も重要なる部分につき幾多の食違いがあるのに、有罪の認定をした違法がある。即ち、

原審は其の判決の理由の部に於て被告人小城は昭和二十八年九月二日頃上妻建設株式会社の社長上妻正行から金二十万円の金員を収受し之れを職務上収賄したものであるとの事実の認定をしたが同認定の証拠として同被告人の第一回公判に於ける同上妻の供述及同被告人の同公判廷での自供、そして又其の後同自供を翻したこともないし、それに同被告人は第四回公判に於ける裁判長の証六号の書証に対する問に対して「九月七日の二〇万円が収受した金員のそれである」旨答えている点、及証人小城クニの第二回公判の証言等によつて之れを認めることが出来る旨判示している。

しかし乍ら本件の収受せる金員に付て各関係者の検察官面前調書及同検察庁事務官の供述聴取書で、原審でなお証拠として取上げられているところの次の各証拠では右判示事実の認定を肯定することは極めて至難である、即ちそれを具体的に述ぶれば、

◎上妻正行　昭和二九、一一、九、検察官面前調書（上妻が金十万円を昭和二八年十二月頃被告人に提供した事の供述）

◎同　人　昭和二九、一一、一五、同右（同上妻が金二十万円を被告人に提供した事の供述、但し受取人及提供の場所は不分明）

◎中野晴雄　昭和二九、一一、四、同右（中野が昭和二八年十二月二十九日か三十日かに金十万円を被告人に渡

した事の供述、但し金員は金十万円であつて二十万円ではない）

◎同　人　昭和二九年一一、一二、同右（同上趣旨）

◎同　人　同　年同　月同　日、橘木検察事務官に対する供述（同上趣旨）

◎同　人　昭和二九、一一、一六、検察官面前調書（上妻が金十万円を被告人に提供したことの供述）

◎被告人　昭和二九、一一、　九、同右（上妻から昭和二八年十一月か、十二月か、金十万円を収受したことの供述）

◎同　人　昭和二八、一一、二四、同右（上妻から金二十万円を昭和二八年九月頃収受したことの供述）

◎中野晴雄　昭和二九、一一、一六、同右（昭和二八年九月三日に被告人に渡したと称する金二十万円を銀行から出した事の供述で原判示にあるように決して九月二日ではないことが明かとなつている）

及書証に付ても検察庁証第一、一五八号（谷口メモ）は同第一、〇七五号証で信用は出来なくなつている。（中野供述）からして、原判示の金二十万円を上妻から被告人が昭和二八年九月二日頃収受したと云うことは、右に述べたような各証拠に照らして全く根拠なきところであつて、この金員を被告人が収受したと云うこと自体が全く不可解な事柄と云へる。

けだし事実認定の証拠に如上の如き幾多の食違いがあり、このような食違つた証拠に付ては、何れに信を置きようもなく結局、右犯罪事実を認定する証拠としては文字通り曖昧極まりないものなのであるからこのような証拠によつては原審判示事実は認められない筈である、にも不拘原審が之れ等の曖昧なる証拠に目を覆うて被告人の自己に不利益な唯一の証拠と被告人の妻クニの信用度なき証言とによつて原判示事実を認定したのは正しく違法と云うべきである。

第二点　原審は社会通念に反して犯罪事実を認定し且つ法律上の判断を誤つた違法がある。即ち

原審は本件犯罪の成立認定の理由として被告人が上妻から金員（二〇万円）を収受した当時の月給は金二万二千円であ

つて、其の位置に居て金二十万円を受くることは社交的儀礼とは云へぬ。儀礼と云うなれば面前に於て其の趣旨を述べて差し出すべきであつて新聞紙に包み本人に其の旨を告げることなく差し置くようなことは、甚しく礼を失するものである。から社会通念上社交上儀礼とは認めることは出来ない。と

ところが右判示しているように被告人の月給は当時二万二千円ではない、二万二千円と云うのは、被告人が県の耕地課長を辞職して鹿児島県土地改良協会事務局長の在職のときの月給のことである、であるから被告人が昭和二十八年九月二日頃県の耕地課長在職中の月給でないことは被告人昭和二十九年十一月九日検察官面前、調書で明かである之れ原審の事実誤認である。

このような事実を誤認しておいて、この誤認した事実たる被告人の月給二万二千円と現金二十万円の収受とを対比し、又金の差し出しようが悪るかつたからこの金二十万円は社交的儀礼の金ではない、との原判決は余りにもコジ付けの論法ではあるまいか。

素々上妻をして熊本へ事業進出の動機を作つてやり其の道を開拓してやつた恩人は被告人であることは一点の疑いなきところ（大屋証言、上妻原審証言）して見れば其の恩義に報る為めには上妻としては、万金を投じても容易に得られぬ異郷での新規地盤開拓の獲得成功であり、二年間約二億円相当の土建実績を有すること（原審判示）の実力者であり金二十万円を通常の儀礼金として提供することは決して過ぎたものとは考へられない、又上妻としては熊本進出が出来なかつたら被告人に対して該金員は送らなかつたと（原審上妻証言）言つて居るところから見て上妻は該金員を熊本進出の恩義を被告人に痛く感じて贈つたものと考へることが一般社会通念に適合している。従つて同金員は被告人の職務に関連して贈られたものではなく職務を遙かに離れた熊本行の世話料と云うべきものであるとの判断が事実に符合する、しからばこのような場合の金員の贈り方に一定の方式があるかと云うと決してそんなものがある筈がない、金の差し出し方は全く自由

である、それを金の差し出し方が悪るかつたからとて、社交的儀礼としての本件の金員の収受を犯罪なりとして認定した原審の事実認定は甚しく社会通念に反したものと云うべきである。

第三点　原審は著しく吾人の経験則に反した事実の判断をした違法がある。即ち

原審では被告人は本件の金員を収受する意思があつたから本件の金員を貯金したのだと判示した、しかし自己に収受する考へかあればそれは逸早く費消して仕舞う筈である、そうせずに之を何時でも上妻は返金する事が出来るように貯金しておけばこそ自己に収受する意思かないことが窺はれるものと云うべく、そうして置いたればこそ又程なく松野証言、大屋証言、上妻証言、及被告人第一回公判供述にあるように現実に返金の機会を幾度となく物色したわけである、原審が被告人が本件の金員を貯金していたことだけで被告人に金員の収受意思があつたものと認定したのは吾人の日常の経験則に反した判断と云うべく之れ違法である。

第四点　被告人は本件の金員は被告人自ら上妻に返金したのに之れに付て追徴の言渡しをしたのは原審の失当と云うべきである。（昭和三三年四月十八日附上申書御参照）

仍て右の事由により原判決を破棄せねば著しく正義に反するものと思料する。

以　上

昭和三五年(あ)第一九三八号

決　定

本籍ならびに住居　津市一身田平野六六五番地

農　業

波多野　明

昭和九年七月二日生

右業務上過失傷害、道路交通取締法違反被告事件について昭和三五年七月一四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決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人立崎亮吉の上告趣意第一点は違憲をいうが、実質は単なる刑訴法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。（そして事実誤認の控訴趣意に対する原判決の判示は、一審判決の事実認定と構成要件的評価を異にせず、且つ被告人の防禦に実質的な不利益を与える程起訴の訴因事実を逸脱したものではないから、原審判決と手続に違法の廉はない。）

同第二点は単なる法令違反の主張で刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

のみならず、原審是認の一審判決によると、被告人は農業を営み農産物、肥料等の運搬のため自動車運転の業務に従事していたというのであり、これを記録に照らせば、被告人は農業を営むものであるが、自動三輪車の運転免許を受け、平素より自己所有の本件自動三輪車により農産物、肥料等の運搬をしていたことが認められるのであるから、被告人の右自動三輪

昭和三六年一月二三日決定　昭和三五年(あ)第一九三八号

車運転は刑法二一一条の業務に当ること屢次の判例の趣旨に徴し明らかである（大審院昭和一〇年一一月六日判決刑集一四巻一一一四頁以下、同院昭和九年五月二四日判決刑集一三巻七六五頁以下、同院大正一二年八月一日判決刑集二巻六七三頁以下各参照）。従つて、その自動三輪車運転がたまたま所論のように農産物、肥料等の運搬に全く関係なく、被告人の所属する消防団の消防機械の定例手入式の帰途に為されたものであるとしても、その運転に関し、注意義務を欠いたため人を傷害した場合は、業務上過失傷害の責を免れないことはこれ亦屢次の判例の趣旨に照らし明らかである（大審院昭和一三年一二月六日判決刑集一七巻九〇一頁以下、同院大正七年一一月二〇日判決刑録二四輯一四一二頁以下各参照）。なお所論引用の判例はいずれも本件に適切でない。

同第三点は量刑不当の主張であつて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三六年一月二三日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　藤田八郎

裁判官　池田克

裁判官　河村大助

裁判官　奥野健一

弁護人立崎亮吉の上告趣意

第一点　原判決には憲法違反がある。

一、原判決はその理由において被告人の業務上過失傷害の事実（以下本件第一の事実と称する）を認定するに当り、「……自動車運転の業務に従事する被告人は、原判示日時自己の適量を超えて飲酒し酩酊しているのに、自動三輪車……を運転して……県道を西進したが、およそ自動車を操縦運転するときは絶えず前方を注視し、進行路上に歩行者があるときはこれと自動車と接触することがないよう進行すべき義務があるのに被告人は酩酊していたため前方注視を怠つた結果……歩行中の森本しづゑに気づかず、同人と至近距離に擦違い自己操縦の自動三輪車の車体左側全部を同人に接触、同人を顚倒させた上同人に原判示のような傷害を負わせ……」と判示し、結局被告人の本件第一の事実における過失は前方注意義務を怠つた点にあるとしている。

然るに一方本件第一の事実に関する検察官の起訴状における訴因は「被告人は……飲酒し、正常な運転が出来ないのに係らず……自動三輪車……を運転し……県道を西進したのであるが、斯る場合自動車運転者たるものは平常運転のできるまで休息の上乗車運転し、前方注視をなし走行し歩行者や車馬との接触事故を未然に防止すべき業務上の注意義務があつたのに被告人は之を怠り酒勢に乗じて乗車し、前方障害物を確認し得ないまま運転を継続した過失により……歩行中の森本しづゑに気付かず……同人に接触同人を路上に顚倒せしめ更にそのまゝ運転を継続し自転車に乗つて被告人の車を待避していた田村藤吉を発見し得ず……自己操縦の車体前辺を右田村の自転車に追突同人を駐車中の乗用車の後部に押しつけ……因つて」それぞれの傷害を負わせたとあり、被告人の過失が「飲酒し……正常の運転が出来ないのに

被告人　波多野　明

……斯る場合自動車運転者たるものは平常運転のできるまで休息の上乗車運転……」すべきなのにこれをしなかつた点にあるのか、或いは「前方注視をなし走行し歩行者や車馬との接触事故を未然に防止すべき業務上の注意義務があつたのに……」之を怠つた点にあるのか、将又その双方を怠つた点にあるのか明確にされていない。

そして第一審判決では「……およそ自動車運転の業務に従事するものは自動車運転の直前に飲酒せんとするに当りてはその正常な運転をなし得ない程度に酩酊することなき様自己の酒量、健康状態等を考慮し、その摂取量を適当に節すべき注意義務があるに拘らず……右注意義務を怠り運転に従事する直前消防団員と共に自己の適当酒量を超えて約七合の清酒を飲んだ過失に依り……」本件過失傷害罪を犯したと認定し、被告人の過失は「運転直前には飲酒の量を適当に節すべき注意義務を怠り、運転直前に適当酒量を超えて約七合の清酒を飲んだ」点にあるとしている。

右の如く本件第一の事実における被告人の「過失」が如何なる点にあつたか、起訴状の訴因、第一審判決罪となるべき事実、原判決の理由を通じ一貫しておらず特に原判決の理由では具体的に被告人の過失が如何なる注意義務を怠つた点にあつたか摘示されていないと云うことが出来ると考える。

二、そこで若し原審判示の如く被告人の過失が運転中に前方注視義務を怠つた点にあると云うのであればその際における被告人の心神の状態は、適量を超えた飲酒による酩酊のため既に心神喪失乃至は心神耗弱の状態にあつたのであるから（起訴状第一審判決、第一審における被告人の公判廷における供述、被告人の昭和三十四年七月十日付司法警察員に対する供述調書―記録一七三丁―昭和三十四年十月六日付検察官に対する供述調書―記録一八三丁―一八七丁参照）被告人の本件第一の罪は刑法第三九条により「之ヲ罰セス」とすべきか或いは「其刑ヲ減刑ス」べきであり、而して、後者の場合はその旨判決において明示すべきである。にも拘らず原判決がそれをしていない。

三、又若し仮りに原判が起訴状及び第一審判決の認定した「被告人の過失が正常な運転をなし得ない程度に酩酊することなきよう飲酒を節すべき注意義務を怠り約七合の酒を飲んだ点にある」との見地とは異り、あくまでも「前方注視義務を怠つた」との点に被告人の過失があるとの見地に立つものであるならば、それは原判決の認定した事実とは勿論異るものであるし、又本件の公訴事実とも異る認定をした事に外ならない。

果して然らば、原審においては訴因の変更を命ずるなり、その他の方法により前方注視義務違反の点に焦点を合わせ審理を進めた上判決すべきであつたと云うべきである。然るに原判決は訴因変更の手続を終ないばかりか、具体的に如何なる点に前方注視義務違反があつたかにつき何等の審理をもなさず突然起訴状乃至は第一審判決認定と異る認定をし、被告人に対しこの点に関する防禦の機会を全く与えないまゝ判決している。

四、以上の如く原判決は刑事訴訟法第二五六条第三項更には現代訴訟法の大原則たる不告不理の原則に違反しているばかりでなく、法律の定めるる手続によらずして被告人の自由を奪いこれに刑罰を科するものである点において、憲法第三一条に違反するものであると云うべきである。

よつて原判決は刑事訴訟法第四〇五条同法第四一〇条により破棄さるべきである。

第二点　原判決には、判決に影響を及ぼす法令の違反があり、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。

一、原判決は第一審判決が罪となるべき事実第一の事実に対し刑法第二百十一条（業務上過失傷害の罪）を擬律しているのを其のまゝ維持しているが、被告人の本件犯行中第一の事実は単なる過失傷害罪であつて、刑法第二百九条を適用さるゝべきものであり、決して同法第二百十一条の業務上過失傷害罪をもつて、律すべきものではない。

二、元来刑法第二百十一条の業務上過失傷害罪における所謂「業務」とは人がその社会的地位にもとづき継続反復して従事する事務を意味するものと解すべきである。

然るに被告人は農業を営むものであり、同人が本件事故を起す原因となつた自動三輪車を運転していたのは農産物、

肥料等を運搬するためであり（このことは第一審判決も認めて居り又被告人の昭和三十四年十月六日付検察官に対する供述調書にもあるとおりである）決して、被告人の本来の業務ではないのである。尤も業務上過失傷害罪の所謂「業務」とは主たる業務たると従たる業務たるとを問わないとの見地からは、被告人の如き農業を営む者が、その農産物、肥料等を運搬するため自動三輪車を運転することも或いは業務と云い得るかも知れない。従つて、被告人の本件犯行が同人が農産物或いは肥料を運搬する目的で自動三輪車を運転している際になされたものであるならば、これをもつて業務上過失傷害罪なりとすることも妥当な擬律と云い得るであろう。

然し乍ら、被告人の本件犯行は自己の本来の業務たる農業とは何の関係もない、又それに関連する農産物、肥料等の運搬とも全く関係のない自己の所属する消防団の消防機械の定例手入式の帰途においてなされたものである（このことは原判決も認めており又検察官の冒頭陳述要旨―記録九丁―被告人の公判廷における供述、証人斎藤源一の公判廷における証言―二〇二丁―古川新一の昭和三十四年七月八日付司法警察員に対する供述―七四丁―等によつても明らかである）との点からも決して業務上過失傷害罪ではないと云うべきである。換言すれば本件第一の犯行は農業を営む被告人が、その農産物又は肥料を運搬するに便利だとの理由からそれ程必要でもない自動三輪車を購入し、時々これを運転していたが、たまたま自己が所属している消防団の器具手入式に参加するため、右自動三輪車に乗つて行つた、その帰途になされたものであつて、如何なる意味においても業務上過失傷害罪ではないと信ずるのである。

三、尤も近時の判例に時として、貨物自動車運転手が貨物輸送の余暇浜遊のため自動車操縦の際注意義務を欠いたため人を死に致した場合又は自動車運転教授を業とするものがその職業とは全く別の目的で自動車を運転した際人に傷害を負わした場合等においてもこれを業務上過失傷害罪をもつて論じているものもあるが、それ等は何れも自動車運転を本来の目的とする業務に就いている者についてのみそれ等の者が、たまたま本来の業務とは別途の目的のために自動車を運

転していたとしても、この際の過失致死傷は業務上過失致死傷罪をもつて論ずるを相当とすると云うだけの事であつて、それは被告人の如き、自己の本業たる農業にそれ程必要なことではないが、どちらかと云えばあつた方がよいと云う程度の理由から、自動三輪車を購入し、時に農産物、肥料等を運搬するためにこれを利用していた者が、消防器具手入式からの帰途たまたまそれを運転していたために傷を負わしたと云う場合とは本質的に異るものであると云うべきである。

四、又若し仮りに被告人の如き、本来の業務とは別途に単に本来の業務のためある程度便利だと云うだけの理由から車を運転したりすることもあると云う程度の地位にある者が、本来の業務とは全く無関係な目的のため車を運転した際に犯した過失傷害も総て業務上過失傷害罪に該当すると云うのであれば、通勤のため自実用車を運転する者は勿論のこと、時々遠出その他の用に供するため自家用車を運転する程度の者が、余暇を利用してドライブを楽しんでいる際運転上の過失により人を傷害した場合も総て業務上過失傷害罪であると云うことになり、刑法が危険な業務に従事する者の注意義務を特に重く見て同法第二百十一条を設けた趣旨を全く逸脱することとなるものと云うべきである。

特に近時我国においても米国その他の欧米諸国程でないにしても自家用の自動車を所有しこれを自から運転する者が急増しつつあり、近い将来においては殆んど総ての家庭において自家用の自動車を備えるようになるであろうことは容易に予想されるところであるが、若し右の如く日頃自動車を運転する者である限り、仮令それが余暇を利用してのドライブであつても運転過失により人を傷害したときは総て業務上過失傷害罪になると云うのであれば、世の大部分の自動車運転過失による傷害は業務上過失傷害罪に問われることとなり、機械文明の世である今日においては総ての過失傷害は業務上過失傷害になると云つても左程極論ではないと云う事になるのである。勿論自動車の如き一度運転を過るときは、その危害の及ぶ範囲も自から大なことの当然予想される文明の利器を利用する者は、常にそれを避けるべく注意義

務を怠つてはならない事は当然であり、それが、被害者を保護し、世の衡平を保つ所以のものであることも又理の赴くところであろう。

然し乍らさればとて、それは業務上過失傷害罪の範囲を不当に拡張解釈し、被告人の本件第一の犯行の如き常識的に見ても業務とは何等因果関係のない事実までを刑法第二百十一条をもつて罰しなければならないと云うことではないのであつて、文明の利器使用度の高度化に伴う危険拡大の予防乃至損害の塡補は自から他の立法乃至社会政策によるべきであると信ずる。

五、以上要するに被告人の本件第一の犯行は自動車の運転を本来業務とする者でない、農業を営む被告人が、しかも農業乃至はそれに附随する農産物、肥料等の運搬のためではなく、それと全く無関係な目的のため自動三輪車を運転していた際の事故であつて、事案としてはむしろ狩猟を営業としない狩猟免許者が銃猟中に過つて人を傷害した場合等と同様に取扱うべきであると信ずる（大審大正八年(れ)一七〇四号同年一一月一三日刑二判刑録二五輯一〇八一頁、昭和二八年(ら)三〇八四号、同二九年東高刑七判時報二九号二二頁参照）。にも拘らず原判決が、これを業務上過失傷害罪なりとし刑法第二百十一条を適用したのは、法令の解釈を誤つたものであるか乃至は法令の適用を誤つたものと云うべきであり、原判決における右法令違反はこれを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる程度の法令違反であることは明らかである。

此の点よりするも原判決は刑事訴訟法第四十一条により破棄さるべきであると信ずる。

第三点　原判決の刑の量定は甚しく不当であつて、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。

即ち原判決は被告人を禁錮三月に処した第一審判決をそのまゝ維持しているが仮りに被告人の本件第一の犯行が業務上過失傷害罪を構成するものであるのとしても左記の理由により被告人を禁錮三月の実刑に処することは重きに失するものである。

一、被告は本来自動車を運転することを主たる業務とする地位にあるものではなく、被告人の自動車運転者たる地位はその本業たる農業に附随したものでありそれとても必要度の極稀薄なものであつて、時として、農産物、肥料等の運搬のため自動三輪車を運転することがあるにしてもその度数は非常に少いものであり、実用のためと云うよりはむしろ、農家の仕事の単調さを慰める意味で時々運転しているのが実情である。

従つて、被告人の自動車運転が業務であると認められるとしてもそこには通常の自動車運転手におけるそれとは自から異るものがあり、運転事故による刑事責任も亦通常の運転手のそれより軽いものと見るべきが妥当かと思われる。

二、本件犯行の動機にしても、行先で飲酒酩酊するなどとは念頭にないまゝ自動三輪車に乗つて消防器具の定例手入式に赴いたところその場で酒が出、その席上若い者の少いところから自然他の列席者等から杯を差される機会が多くなりそれでも最初の内は自制していたが（古川新一の昭和三十四年七月八日付司法警察員に対する供述調書中に「波多野君も会食が始つたときは胃が悪いと云つてあまり酒を呑まなかつた」とあるを参照）杯を重ねるに従つて自制力を失い遂に酩酊するに至り、その勢をかりて、無謀にも車を運転したため本件犯行を犯すに至つたものである。

前方注視義務を怠つたことはむしろ酩酊して乗車した後の自然の成行きであり、責められるべきは乗車前の飲酒にあるのであるが、その飲酒が右の如き事情の下に知らず知らずの間に度を過すようになつたものでなのであるから、その間には或る程度無理からぬところもある。

三、又本件は悪質な轢逃げと誤解される点もあるのであるが、被告人は本件事故により森本しづゑ並に田村藤吉の両名を傷害したとの事実は全く知らないまゝに運転を続けていたものであり、従つて被告人には轢逃の認識など全くなかつたのであるこの事は被告人の公判廷における供述、司法警察員、検察官に対する供述調書（記録七丁、一七三丁―一七五

丁、一八三丁、一八七丁参照）事故直後の中村巡査との会話（斎藤源一の司法警察員に対する昭和三十四年七月十日付供述調書記録九三丁同人の公判廷における証言二〇六丁参照）

更には助手台に同乗して被告人程酩酊していなかつた斎藤源一も本件事故に気付いていなかつた（同人の証言及び昭和三十四年十月九日付検察官に対する供述調書―八一、二丁―昭和三十四年七月十日付司法警察員に対する供述調書―九三丁参照）点等からも明らかである。

四、被害者森本しづゑに関する限りでは、同人にも或程度の過失があつた。即ち同人は本件事故直前道路右端から約一米の内側を被告人の車とは反対方向に歩行して居り、通常の注意をもつてすれば夜間前燈をつけた被告人の車が自己の方に向つて進行して来るのを約百米前方から発見出来た筈である（森本フジ子の昭和三十四年七月十日付司法警察員に対する供述調書―一一八丁―同人の昭和三十四年十月九日付検察官に対する供述調書―一二二丁―一二三丁参照）がキャンデーを食べ乍ら漫然と歩行していたため、娘のフジ子が被告人の車に気付きこれを避けたのに本人は避け得なかつたのである。

五、本件発生後被告人は全力を挙げて被害の弁償に努めて居り森本しづゑに対しては金四十二万五千円（内十万円は年賦払の約）を支払いその損害を弁償した上、宥恕して貰つて居り又、田村藤吉に対しては金六万円を支払つてその損害を償つた上、これも同じく宥恕して貰つて居るのであるがこれ等弁償額は被告人及び被告人の一家の現在における資力から見て最大限のものである。此の点に関し第一審における証人森本延雄の証言（二二六丁）証人田村藤吉の証言（二一〇―二一一丁）には各々不明確な点があり、必ずしも円満なる示談が成立していないかの感を与える虞もあるが、その後両被害者との間には完全に示談が成立し、両者よりいづれも昭和三十五年七月五日付の「被告人が謝罪し治療費及び慰藉料の支払を受けた故被告人の刑の減刑を願う」旨の記載ある歎願書（実質は示談書）を貰つて居り、これはいずれ

も原審において提出している。

六、被告人は前科なく、年令も若く前途春秋に富む者であり、今これに対し、禁錮三ヶ月の実刑を科し刑務所に送ることは、被告人の更正の意欲を殺ぐばかりでなく、現在は津市に編入されているとは云い、被告人の住居たる一身田平野は全くの田舎であり、しかも古い土地柄であるため、刑務所帰りの前科者に対する偏見は想像を絶するものが、仮りに被告人に更正の意欲があつたとしても一度実刑を受ける以上、恐らく周囲の事情は被告人の再起を許さないのではないかと虞れられる点も多分にあり、かくては短期自由刑の弊害その極に達し、犯人を教化善導せんとの現代刑法の目的たる教育刑主義の理想にも反することとなる。

しかも被告人の場合とくに不利なことは、本件は所謂破恥廉罪ではなく、そのため刑も禁錮刑となつているのであるが被告人の住居附近は田舎のこととて、周囲の人々は禁錮と懲役の区別など出来る筈はなく、一律に刑務所帰りの前科として、他の詐欺窃盗犯人等と同一視するであろう事実である。此の点よりしても、弁護人は被告人を罰金刑に処するなり、さもなくば禁錮三ヶ月のまゝ執行猶予の恩典を給わりたいと熱望するのである。

七、被告人の家族は現在五十六才の母、二十四才の妻、二才の幼児によつて構成されて居り母が幼児の世話をし乍ら留守役を努め、被告人夫婦特に被告人が主として家業である農業を営んでいるのであるが、若し被告人を刑務所に送るときは妻一人で農業の出来る筈はなく、仮令一時的にしろ家業が停滞する結果、年間の農業経営計画は総て挫折し、家族の生活の脅されるであろうことは火を見るよりも明からなところである。しかも被告人家には本件示談金を支払つたため現在何等のたくはへもなくなつて居るのである。

八、被告人は既に前非を悔い、本件後は事件の原因となつた酒は一切止め謹慎して居り、被告人の伯父である北村国太郎も今後充分被告人を監督する旨証言している（二二九丁参照）ので被告人には再犯の虞れは全くないものと考えられ

る。

九、最後に被害者を始め消防団関係の人々更には近隣の人々も被告人の以上に述べた如き事情に同情し、その刑の軽からんことを望んで居ります（古川新一外十二名の昭和三十五年七月五日付陳情書及び鈴木友吉外五十六名の同日付陳情書参照）

十、以上を綜合考慮するときは被告人に対し禁錮三ヶ月の実刑を科した原判決の刑の量定は重きに失するものであり、原判決は此の点よりするも刑事訴訟法第四一一条により破棄さるべきものであると信ずる。

以　上

昭和三二年(あ)第一五七三号

決　定

本　籍　福島県内郷市綴町字町ノ内一四番地
住　居　同県同市同町字大木下四番地
土　工
八須賀一春こと
八　須　賀　三　令
昭和一一年四月一〇日生

本　籍　福島県須賀川市大字袋田字本郷七二番地
住　居　同県内郷市綴町字町ノ内一六番地
土　工
小針昭夫こと
小　針　昭　江
昭和九年六月一五日生

右各強姦致死被告事件について昭和三二年五月二二日仙台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決定する。

主　文

本件各上告を棄却する。

昭和三六年一月二五日決定　　昭和三二年(あ)第一五七三号

理　由

弁護人宗宮信次、同真木桓、同川合昭三の上告趣意第一点について。

所論は事実誤認、単なる法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない（なお、本件被告人両名の所為が強姦致死罪を構成する旨の原判示は正当である。殊に、被害者の直接の死因は凍死であるとしても、被告人らが被害者を強いて姦淫すべく、下半身を裸にして急激な寒冷にさらしたことを含む判示暴行行為により、異常体質者の被害者をショックに陥らせて死の転帰に動機を与え、且つ、ショックに陥つた被害者をすでに死亡したものと誤信して田圃に背負い出して放置して凍死せしめた行動の附加により、相合して被害者を死に致したものであるから、被告人らの右所為は包括的に単一の強姦致死罪を構成する旨の説示は正当である）。

同第二点について。

所論は原判決の判例違反をいうけれども、引用の判例は、強姦行為終了後別個の意思発動にもとづき傷害を加えた場合であつて、事案を異にし本件に適切でない。それゆえ論旨は採るをえない。

同第三点、第四点について。

第三点は単なる法令違反の主張であつて、いずれも同四〇五条の上告理由に当らない。

同第五点について。

所論は、司法警察員の嘱託にもとづいて作成された鑑定書の証拠能力を争う、単なる訴訟法違反の主張であつて、同四〇五条の上告理由に当らない。しかも、記録（四七三丁）によれば弁護人は所論鑑定書を証拠とすることに同意していることと明らかであるから、所論は採るをえない（なお、捜査機関の嘱託にもとづき作成された鑑定書には、裁判所が命じた鑑定人の作成した書面に関する刑訴三二一条四項を準用すべきものであるとすることは、当裁判所の判例である、昭和二八年(あ)第二四八二号、同年一〇月一五日第一小法廷判決、集七巻一〇号一九三四頁）。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三六年一月二五日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　藤田八郎

裁判官　池田克

裁判官　河村大助

裁判官　奥野健一

被告人　小針昭江
同　八須賀三令

弁護人宗宮信次、同真木桓、同川合昭三の上告趣意

第一点　原判決には重大なる事実の誤認がある。すなわち原判決はその理由に於て、第一審判決は、「同女が既に酩酊のため抵抗不能に陥つているのに乗じ、同女のズボン及びズロースを脱がせて下腹部を全裸にして寒冷にさらし、両名がそれぞれ同所の陰部を手淫して姦淫しようとしたが、いずれもその陰茎が勃起しないためその目的を遂げず、その際同女に前記傷害を与え、かつ右暴行（下腹部を全裸にして寒冷にさらしたことを含む）等により異常体質の同女をショックに陥らせ、そのため失神のような状態にある同女を死亡したものと誤信して、これを同所から前記田圃に背負い出して放置し、その頃同所でショックと競合して凍死させたものである」との趣旨の認定であることが明かである。（中略）論旨は、仮に強姦致傷までは被告人八須賀が同小針と共謀なく、八須賀の予想せぬところで、この点は全然小針と共謀なく、八須賀には致死の責任ない旨、また被害者慶子の死は凍死で、しかもそれは姦淫の手段である暴行や姦淫の結果ではなく、同女は小屋を出て杉小屋を通る頃は、声を出して話をしており、小針が同女を原判示田圃に背負い出し転がした時には未だ生きていたことは鑑定上明かで、その後に凍死したものであるから、これを強姦の結果生じた死因と認定することは実験則上も相当因果関係からみるも誤りで、過失致死の疑はあるが、強姦致死の事実はない旨主張する。しかし、被告人両名が捜査官に対してはもちろん、原審の検証の際及び公廷においてもその供述が一貫して変らない点は、悪戯をやめて被告人等が女を小屋から外に出し、附近に倒れていた板戸の上に置くと、女は口に水を含んだようなグッグッという普通でない名状し難い音を出し、体を揺つてみると、グニャグニャとなつ

ているのに気付いたので、被告人等はこれは駄目になつたのではないか、と話合い、鉄道官舎附近の藁ボッチのある所へ運んで行こうということになつた点（中略）であり、この点は極めて注目すべき事実であつて、即ち、女の下半身を全裸にして陰部に悪戯した直後に女は単に酒に酔つた状態ではなく、普通と違つた異状な症状に陥つていたことを物語るものである。しかも、被告人等が寒い夜に女のズボンとズロースを脱がして、女の着用していたノースリーブとトツバーコートは短いため、腹膜のある腹部以下を全裸にさせた上、原判示の如く姦淫しようと指で同女の陰部に悪戯して原判示傷害を与えたこと以外には、同女が右異常な症状に陥つた原因と目すべき事情は何等見出されない（女を小屋の外に出した時、すぐズボンだけは穿かしたのである。尤も藁ボッチの方へ運ぶべく背負つた時にそのズボンがずり落ち、以後はそのまま半身全裸だつたのであるが）。さらに、被告人小針が同女を背負うて原判示田圃の所へ行き、未だ凍らぬ水のある所へ同女が肩からすべり落ちた時、応答もせず動きもしないので死んでしまつたと思い、体の白さを隠くすため田の泥を女の殆んど全身に塗りつけたが、女は何の反応も示さず、そのまま凍死するに至つたとみられる事実は、被告人小針が同女が死んでしまつたものと思つたのは当然であると共に、同女が既に単に酔つた状態でなく異常な症状に陥つていたことを示すものである。同女が異常な状態に陥つた時の症状は、暗夜でもあり被告人等だけ傍に居たのであるから、顔色、呼吸、脈膊等の詳細は判然しないが、前記の症状のほか、同女は既に小屋に居る時から前記異様なグッグッという音を出し、小屋の外に出してからは、何回か吐いたが、悪戯した時も吐いたのであり、被告人小針が悪戯している時は、始めは嫌だ、よしてとか言つたが、後には何も言わず幾らか動いた程度で、被告人八須賀が悪戯した時は女はグッタリして何も言わなかつたことが認められる。ところで、鑑定人黒田直作成の昭和三十一年二月七日附鑑定書並びに原審及び当審証人黒田直の証言によれば、本件被害者若松慶子の死体には死因と考えられるような外傷性異常や疾病がなかつたこと、同女は解剖の結果胸腺体質者であることが判明

し、ショック死を起し易い異常体質であり、しかも飲酒していたから（その程度は精々軽度の酩酊状態）、ショック死を起し易い状態にあつたこと、死因はショック死か凍死かのいずれであるが、凍死とみる可能性の方が強いこと、気管枝内喉粘膜に極めて少量ながら泥土の附着が発見され、それが死体発見現場の泥土とよく似ているので、田圃に放置された時には未だ生きていたと推定されること、ショックを起しても急に死ぬとは限らないもので、本件の場合ショックを起してショック状態を続けたまま最後の田圃の所でショックと競合して凍死したという可能性は十分考えられること、異常体質者は正常者には考慮の余地のない程僅かの刺戟、例えば、外傷、高低温、驚愕等によりショック死に陥り易いもので、その症状は血圧降下、皮膚蒼白、呼吸不整、冷汗、体温降下等が特長で、嘔吐が起ることもあり、始めは応答することも出来るが、後には言語を発しなくなり、ボウとしてつつついても反応なく、明るい所なら目を開いていることもあり、口をモグモグさせることもあり、素人には失神状態と見誤られるような状態になることが認められるのである。以上を総合すれば、前記女のズボンとズロースを脱がして腹膜のある腹部以下を全裸にして折柄の寒冷にさらすと共に、原判示の如く同女の陰部に悪戯して傷害を与えた等の暴行により、異常体質の同女を既に小屋内においてショック状態に陥らせ（黒田証言の如く同女は処女でなく原判示の悪戯だけではショックを起し難いとしても、前記腹部に対する急激な寒冷と相まつてショックを起させる一因たり得ることは否定し難い）、同女を小屋の外に出すや被告人両名はその症状に気付いて驚き、駄目になつたものと思い、同女を鉄道官舎附近の藁ボッチのある所に運んで隠くすことに話合い、被告人小針が同女を背負つて途中前記田圃の所に運び、既に死んだものと誤信して、ショック状態を続けたままの同女を同所に放置し、その頃同所でショックと競合して凍死させたものと認定するのが相当である。原審及び当審証人愛川国彦、同愛川政勝の証言によれば、同女が小屋から外に出されて小径の所まで運ばれる時までは、所論の如き応答をしたことは認め得るけれども、前記当審証人黒田直の証言によれば、ショックを起しても始めはそのようなことはあり得るのであつて、それがために右

認定を妨げるものではない。原審認定はその事実説示において不十分の嫌があるが、右と同趣旨の認定であることは既に冒頭において説明した通りである。そして、その直後の死因は凍死であるとしても、前記急激な寒冷にさらしたことを含む被告人等の暴行が同女をショックに陥らせて死の転帰に動機を与え、ショックと競合して凍死させたものであるから、暴行と致死との間に因果の関係があるものと認めるのを相当とし（なお、同女が異常体質者でショックを起すことは被告人等の予想しなかつたところとしても、前記暴行とショックとの間に因果の関係を否定すべきでない）、被告人等の所為は強姦致死罪を構成するものというべく、この場合には強姦致傷罪と過失致死罪の併合罪を認むべきものでなく、即ち、右の如く被告人等が同女に対し強いて姦淫せんとした意思活動は、それによりショックに陥らせた同女を、既に死亡したものと誤信して田圃に放置して凍死せしめた行動の附加に因り相合して同女を死に致したものであるから、被告人等の行為は包括的に単一の強姦致死罪を構成するものであり、後者を分離して過失の有無を審査して過失致死罪の成否を問う限りでなく、叙上の如く認定することは何等実験則に反するものではない。また、被告人八須賀は所論のように小針が同女を田圃に放置することは予想しなかつたとしても、八須賀も亦前記暴行により同女をしてショックに陥らせ、同女が駄目になつたと思つて前記藁ボッチの所に運んで隠くすことを小針と話合つたもので、ただその放置した場所が違つたというだけであり、被告人八須賀にも致死の責を否定し得ないのである。」として被告人等を強姦致死罪を以て処断している。

然し乍ら

(一) 原審判示の如く第一、二審の証人愛川国彦、同愛川政勝の証言に依り、被害者が小屋から外に出されて小径の所まで運ばれる時まで所論の如き応答をしたことが認められるものとすれば、原判決認定の「同女を小屋の外に出すや、被告人両名は、その症状に気付いて驚き、駄目になつたものと思い、同女を鉄道官舎附近の藁ボッチのある所に運んで隠すことに話合い、被告人小針が同女を背負つて途中前記田圃の所に運び、既に死んだものと誤信して云々」の行為はあり

得ざる筈である。再言せば被害者が小屋から外に出されて小径の所まで運ばれるときまで所論の事実（女の人があばれており、小屋から出て来たときは、大きな声をはり上げていました等の事実、控訴趣意書第一点四の記載の諸事実）がありたりとせば、生きておることは頗る明瞭であるから、その前の時期に於て、被害者を小屋の外に出すや被告人両名が、被害者が駄目になつたと思う筈はあり得ない。そして又、被害者の死体を隠す為に田圃に運ぶこともあり得ない。従つて「同女を死亡したものと誤信して田圃に背負出して放置し、その頃同所でショックと競合して凍死させたものである。」という認定もあり得ざる理である。原判決にはその理由に矛盾がある。

(二) 本件記録に拠れば原判決引用の鑑定人黒田直医師作成の鑑定書並に同医師の第一、二審の証言中に被害者の死因はショック死か凍死かのいずれかであるが、凍死と見る可能性の方が強いとある外、被害者の死因がショックであると断定する確証は無い。殊に小屋内で被害者が既にショックを起したと断定する確証は全然ない。原判決の認定は証拠に基かざる独断である。

(三) 却つて本件記録に拠ればショック、就中小屋の中にショックを起したものと認め難い。すなわち、(1)黒田医師は第一審に於て「陰部をいじくることによりショック死する場合があるか」との問に対しては、「本屍の場合は酔つてもいたし、感覚はそう強くなかつたと思います」と答えて寧ろ事実を否定し、「あの場所では被害者がグッグッとかゴモゴモという声を出したり、ぐつたりして動けなくなつたという事実があつたとすれば、それは死因との間に何か関連が考えられないか」との問に対して、「それだけの事ではどういう状態だつたか単一に申上げられません」と小屋の中でのショックを肯定していない。また同医師は「被害者は処女でなく、かかる悪戯だけでショック死はない」と断定している（七五六丁）。なお被害者のズボンとズロースを脱がして腹部以下を折柄の寒冷にさらしたとしても、被害者は二〇度の焼酎五合ほど飲んで痛く酔つて無感覚になつていたのであるし（第一審証人長谷川房代の証言）、屋外でなく、小家

内の出来事であるから、かかる行為の為にショックを惹起したものと実験則上認められない。またことの性質上悪戯に当つて、暴力を用いたとも思われないから、ズロース、ズボンを脱がした為に感ずる冷えと相待つてもショックを起したものと認むべきでない。

㈣ 従つて被害者の死亡は田圃の中に転がしたまま放置したため、その後明方に至る間に凍死したものであるし、その凍死の原因は被害者が二〇度の焼酎を五合も飲んで深く酔つていた為め凍死の結果が生じたものである。

故に被害者の死は、原審判示の如き強姦の暴行によるショックに原因するものではない。二〇度の焼酎を五合も飲んだ為と寒気の強い所に半身裸で置かれたため致死の結果を招いたものと判断すべきである。すなわち原判決には判決に影響を及ぼすべき重大なる事実の誤認あるを以て刑訴四一一条により破棄さるべきである。

第二点 原判決は第一点記載の如く「被害者の直接の死因は凍死であるとしても、急激な寒冷にさらしたことを含む被告人等の暴行が同女をショックに陥らせて死の転帰に動機を与え、ショックと競合して凍死させたものであるから暴行と致死との間に因果関係があると認めるのを相当とする」等と判示して強姦致死罪を以て被告人を処断した。然しながら第一点の㈢に既述の如く、原判決が強姦行為となす、被告人等が被害者の陰部を手淫して姦淫しようとしたこと、被害者のズボンとズロースを脱がして腹部以下を全裸にして折柄の寒冷にさらしたとしても、これ等の行為そのものの為に被害者が死亡したものではない。被害者の死亡は、被告人小針が被害者を背負つて田圃に運んで放置して置いた為め凍死したのである。被害者の死亡は、強姦の手段たる暴行々為と因果関係はない。被害者の死亡は、強姦行為完了後に、被害者が死亡したものと誤信して（原判決の認定によれば）、田圃に運んで放置して置いた強姦行為完了後の全然別個独立の行為に基因するを以て、致死は強姦罪と無関係である。従つて本件は強姦罪と過失致死罪の疑いがあるにしても、刑法一八一条の強姦致死罪に問擬すべきでない（大判大正一五年五月一四日民集五巻刑一七五頁、評論一五巻刑一三五頁参照）。されば原

判決は、右判例に反するとともに（刑訴四百五条三号）、判決に影響を及ぼすべき法令違反あるを以て（刑訴四一一条一号）、此等法条により破棄すべきである。

第三点 原判決は第一点記載の如く、「直接の死因は凍死であるとしても前記急激な寒冷にさらしたことを含む被告人等の暴行が同女をショックに陥らせて、死の転帰に動機を与え、ショックと競合して凍死させたものであるから、暴行と致死との間に因果の関係があるものと認めるのを相当とし（なお同女が異常体質者でショックを起すことは被告人等の予想しなかつたところとしても、前記暴行とショックとの間に因果の関係を否定すべきでない）、被告人等の所為は強姦致死罪を構成するものというべく」と判示している。然し乍ら、悪戯の事実と腹部以下をある時間全裸にした事実によつて死亡の原因となるが如きショックを起し、延いて死亡の結果に到るが如き異例の事実は被告人は勿論、一般人の予想し難きところであり、普通生ずる結果ではない。されば原判決は、強姦と致死との間に相当因果関係なき事実に対し強姦致死罪に関する刑法一八一条を適用した違法がある。或いはこの種結果的加重犯に関しては、その結果に対し原因力を与えた者は、予見の可能なりしや否やを問わず、加重責任を負担すべしと論ずる所見もあるも、苟も結果に対し条件関係にある原因を与えた以上、之に対する責任を負担せざるべからざるものとすることは、行為者に対し酷に失し、不衡平の結果をもたらすを以て、相当因果関係ある結果のみにその責任を制限するを至当とする。故に原判決は刑訴四一一条一号に基き破棄さるべきである。

第四点 原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認がある。すなわち原審に於て上告人は、控訴趣意書により、被告人両名は、酔つている被害者を無理にでも姦淫しようと共謀した事実はない、仮りに強姦致傷までは被告人八須賀が同小針と共謀したとみられ得るとしても、被害者を田圃の中に置き去りにして凍死させたことは八須賀の予想せざるところで、この点は全然小針と共謀なく八須賀には致死の責任なき旨主張した。之に対し原審は

(一)　「共謀の事実は第一審判決挙示の証拠により之を認定するに十分であつて、原審公廷においてさえ被告人小針は、越中屋の横で八須賀に新川の方へ行くべというと、八須賀も一緒について来るので、自分と同じく女に関係する考だと思つた旨、被告人八須賀も、越中屋の横から女を連れて行く時、やる気があるということは大体判つたし、大体やる様な気で連出した旨各供述している程であり、ただ無理にでも関係する気はなかつた旨弁解しているが、一人歩きも困難なほどによつている女を夜間人のいない所へ連れ出すのであるから、右第一審の弁解は信用できない。所論当時の状況や所論被告人両名の行動に多少ちぐはぐな点のあることは、原審認定を何等妨げるものではなく、なお所論被告人八須賀の司法警察員に対する供述調書の供述は、却つて被告人両名の暗黙の共謀を認めた趣旨である」と判示して、上告人の主張を排斥している。然し乍ら第一審公廷の八須賀の供述には、「越中屋の側露地で女を連れて行くとき何か小針と女を連れて行くことについて話したか、しません。被告人は一旦家に帰つてからどうして小針が物置小屋の処に行くことを知つていたか、知りませんでした、探しながら小屋のところまで行つたのです。越中屋の側露地から女を連れてあるき出した目的は、目的はありません。被告人は女の人を無理に姦淫する考えはなかつたか、ありません。何時やる気になつたか、小屋の所です。小屋の所まではそのような気はなかつたのか、ありませんでした。大体はやる様な気で連れ出したのか、そうです。女が嫌だといつてもやつちまう気だつたのか、金でもやればやらせる女だと思いました（五五八丁）。越中屋横から女を連れて行く時、小針と何か相談したか、しません。無理にもやろうと思つて連れて行つたのか、そうは思いません（五五九丁）。うまくいつたらとはどんな意味か、金でもやつたら出来るのでないかと思つたのです（六五二丁）」と強姦の確定意思なく、又小針と意思の連絡なきことを述べおり、一方第一審公廷の小針被告人の供述は「どの辺から女と関係しようと云う気がおきたか、初めからです。初めと云うと、越中屋の横です。その事を八須賀に話したか、話しません。八須賀はどう思つたか、一緒についてくるから私と同じ考えだと思つてました。被告人は新川の方に行くべと云つたのか、そうです。新川というのは女と男とが良くあそぶ処か、それで八須賀も判つていると思つたか、そうです（五七二丁）」とあつて、各自単独の気持で（いたずらでもしたい気持で）連れ出した、というに在つて、意思の連絡を此等供述からは認めることはできない。而かも、被告人両名の行動は記録の証拠に徴すれば全くちぐはぐである。先ず第一に、(1)越中屋を出るとき一緒でない。八須賀が先に出て越中屋の脇で被害者を起している。そこえ小針が後から行つた。(2)矢内格之助の前の高萩病院の裏のドブに陥つた時も小針一人で被害者を連れて堀へ落ち、八須賀が助け上げているし、八須賀はその直後一人でヂャンバーを着に自宅へ戻つている。(3)物置小屋に被害者を連行したのは小針一人であり、八須賀は探し乍ら途中渡辺英忠、愛川兄弟等に酒に酔つた女と男がこなかつたかと尋ねている。(4)田圃の方面に被害者を連れて行つたのは小針一人で、八須賀は別の道を通つて二人を探し、見当らぬ為め戻つて越中屋や小針の自宅を探し歩いている。これ等記録の証拠を検討すれば小家内の一定事実に関して共謀を認めるのは格別、越中屋の脇の露地以後の行為全体に共犯を認めたのは事実を誤認したものである。

(二)　又原判決は「ただ藁ボッチの所へ運んで行く目的が捜査官に対しては、女が死んだのではないかと思い、小屋の所では、既に子供達に見られているので、人に見つかると困ると思い、藁ボッチの所へ運んで隠くそうというのであるに対し、第一審においては、藁ボッチの所で暖める為だというのであるが、当時一月七日の寒い夜のことであるから、戸外の藁ボッチの所で暖めるということは無意味不自然であつて、その弁解は措信できず、死んだのではないかと思つて、それを隠くすために、藁ボッチの所へ運んだという捜査官に対する供述が合理的で信用できるのである。八須賀が女のズボンを探しても見当らずに藁ボッチの所へ行つたところ、小針も女もいないので、小針の家や再び越中屋へ行つて、様子をきいたのは、女が生き返つて、小針がうまいことを言つて何処かに連れて行つたと早合点したためとみられる」

と判示して、いわゆる暴行以後の小針の行為につき八須賀の責任を認めている。しかしながら、第一審の八須賀三令の供述に拠れば「女の人は死んだと思つたか、私は死んでないと思いました。女の人の服装は、上は黒いセーターで、下はズボンをはいてました。昭江は何んと云つたか、藁ボッチの方で暖めれば大丈夫だと云いました。心臓麻痺でも暖めれば大丈夫だと云つたのか、寒さの為め心臓麻痺をおこしたらしい、藁ボッチの方で暖めれば助かると云つたのです、被告人はうんといつたのです。まつたく動かなくなつたのか、背負う時、昭江に手をかけたのだからまつたく動かなくなつた訳ではありません。」とあり、一方第一審の小針被告の供述に依れば「動かなくなつてしまつたと云つたら八須賀はここは寒いし人もいるから藁ボッチの方に連れて行くべと云うたのです」（五六九丁裏）。藁ボッチの方に行くのにどうして田圃の方に行つたのか、人が来るようだつたし、官舎の光もあつたのでなんの気なしに右に曲つてしまつたのです（五七〇丁）。そして死体のあつた場所に置いたのか、そこまで行つたとき肩から女の人をすべり落してしまつたのです、それで女の人に「おう、おう」と云つても返事もないので死んだと思つて真直ぐ帰つてしまつたのです」（五七〇丁）とある。原判示は藁ボッチで暖める為だということは無意味不自然と判断するけれども、火の気のない物置、子供等に見られた物置内に在るより、藁ボッチに行つて介抱を為さんとしたことは、必ずしも不自然でない。藁が体を温める効果のあることは経験則上明らかなところである。勿論被告人等は、既にはしご飲みをして、血気の青年でありながら、陰茎が勃起しなかつた程酔つていたのであるから、医者え連れていくとか、越中屋え連戻るといつた合理的な判断は為し得なかつたが、酔つてる被告人等としては、藁ボッチに連れていつて、藁を利用して暖め、介抱をしようとしたことは一概に無意味不自然な弁解と見るべきでない。原判決の判断に従えば、被告人等が死体遺棄を共謀したようにも認められる。しかし原判決の認定する駄目になつたのではないかと驚いた以後に於て、「小家から外に出されて小径の所まで運ばれる時までは、所論の如き応答を被害者がしたことを認められる」（原判示に依る）のであるから、死

体遺棄を共謀して背負い出したものとは考えられない。況んやまた、なお応答する被害者を遺棄する積りで背負出したと見るのも不自然である。被告人等にそこまで残忍性があつたと見るべきではなかろう。一面また八須賀が小針をして駄目になつたものを背負出さして置きながら女が生き返つて小針がうまいことを言つて何所かに連れて行つたと早合点して、小針の家や越中屋へ行つて様子を聞きに行つたと見ることも不自然である。司法警察員の供述調書も一概に措信できない間違いのある部分のあることは、原審自ら指摘するとおりである。之を要するに藁ボッチの方に運ぶべく背負出たのは、心臓まひでも起したのでないかと心配し、なお酔の醒めやらぬ被告人等が、なかば精神分裂的な心理状態において、突差に藁ボッチの方で介抱を考え背負出したと見るを妥当とし、暖めるためなりしという被告人の供述は真実として受入れるべきである。之を無意味不自然として排斥する原審の判断こそ寧ろ不自然である。かく観じ来ると、被害者を田圃の中に置き去つて凍死させたことは八須賀の予想せざるところで、この関係は全然小針との間に共謀がないのである。原判決が「同女が駄目になつたと思つて、前記藁ボッチの所に運んで隠くすことを小針と話合つたもので、ただその放置した場所が違つたというだけであり被告人八須賀にも致死の責を否定し得ない」と断じたのは、重大な事実の誤認なるを以て刑訴四一一条三号に因り原判決は破棄さるべきである。

第五点　記録に依れば第一審並に原審の引用する黒田直作成の昭和三十一年二月七日附鑑定書は、司法警察員堀川延夫の委嘱に基き作成せられたものである。従つて刑訴三二一条三号3 4に則り当該鑑定人が証人として尋問を受け、真正に作成されたものであることを供述したときのみ之を証拠となし得る。然るに同鑑定人は証人として尋問を受けたるも、右鑑定書が真正に作成されたか否かについては尋問を受けていない。而して原審はこの鑑定書に概ね依拠して判決されているから、かかる違法な証拠に基く原判決は刑訴四百十一条一号を適用して破棄さるべきである。

以　上

昭和三五年(あ)第二一七六号

判　決

本籍ならびに住居　栃木県安蘇郡田沼町大字山越一六一番地

農業

津布久武一郎

明治三一年五月四日生

右公職選挙法違反被告事件について昭和三五年九月六日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人高沢正治、同高橋高男の上告趣意第一点について。

所論は違憲をいうが実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であつて適法な上告理由に当らない（公職選挙法二二一条一項一号にいわゆる選挙運動者の意義について原審の判示したところは正当である。〔昭和二九年(あ)第九六二号同年一二月七日第三小法廷判決、集八巻一三号二一一七頁参照〕）

同第二点について。

所論は判例違反をいうが原判決が如何なる判例に違反するか具体的に判例を示していないので不適法であり、所論の実質は訴訟法違反の主張であつて適法な上告理由に当らない。

昭和三六年一月二七日判決　昭和三五年(あ)第二一七六号

同第三点について。

所論は違憲をいうが実質は単なる法令違反の主張であつて適法な上告理由に当らない。（なお第一審判決が適条として公職選挙法二二五条を掲げたのは同二五二条の明らかな誤記と認められる）

同第四点について。

公職選挙法二五二条は憲法一四条、一五条、四四条に違反せず、かつ国民の参政権を不当に奪うものではないことは既に当裁判所の判例（昭和二九年(あ)第四三九号、同三〇年二月九日大法廷判決、集九巻二号二一七頁、昭和二九年(あ)第三〇四五号、同三〇年五月一三日第二小法廷判決、集九巻六号一〇二三頁）とするところであるから、所論は理由がない。

同第五点について。

所論は採証の法則違背、事実誤認の主張であつて適法な上告理由に当らない。（なお被告人の検察官に対する供述調書は、第一、二審共に、これを証拠としていないこと各判文に徴し明白である）また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により主文のとおり判決する。

この判決は上告趣意第四点の公職選挙法二五二条の合憲性につき裁判官池田克の少数意見がある外、裁判官全員一致の意見によるものである。

右論点に関する裁判官池田克の少数意見は、昭和二九年(あ)第三〇四五号、同三〇年五月一三日第二小法廷判決（集九巻六号一〇二三頁）における同裁判官の少数意見と同旨であるから、ここにこれを引用する。

昭和三六年一月二七日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　藤田八郎

裁判官　池田克

裁判官　河村大助

裁判官　奥野健一

昭和三五年(あ)第二一七六号

被告人　津布久武一郎

弁護人高沢正治、同高橋高男の上告趣意

第一点　原判決は選挙運動者でない被告人を間違つて選挙運動者であると誤認している第一審判決を支持して「投票取りまとめることの報酬として供与されたものであることを知りながら金壱万円の供与を受けた以上仮りに現実に選挙運動をした事実がなかつたとしても……選挙運動者である」としている。

右判決の立場は従来の大審院判例の見解を踏襲するものであるが、公職選挙法第二百二十一条の所謂買収及び利害誘導罪の規定をみると「選挙人又は選挙運動者」と云う言葉を用ゐて単なる選挙人と運動者を区別している。

抑々選挙運動なる言葉の意味は「選挙の際特定の候補者の当選を目的として選挙人に働きかける行為」（広辞苑）であつて、かゝる行為に携る者が即ち選挙運動者である。本件の場合記録によつてみても被告人は単に陳中見舞を落合正男から受領しているのみで、叔山派の選挙運動者として言葉の真の意味で働いている事実はない。

而もこの被告人も亦金を貰つたが故に選挙運動者であるとするならば前述選挙人と選挙運動者を区別している公職選挙法の規定の趣旨は失はれるし、又国語の用ゐ方として余りに飛躍し過ぎる拡張解釈乃至はこぢつけの議論と云うの他はない。

選挙運動に携はらない選挙運動者と云うが如きは全く無意味である。原判決の立場を採るならば、公職選挙法第二百二十一条に該当する選挙人はすべて選挙運動者であると云うことになり如何なる場合に選挙人としての処罰があるのか判断に苦しむ次第である。

而して選挙人と選挙運動者では右条項の適用の上において情状自ら異るものでこの認定の相違は判決に何らの相違をも

来さないと云い得ないものであろう。

とすれば第一審判決は徒らに法律を拡張解釈した結果故意に事実の認定をなし惹いて憲法第三十一条に違反して法律によらずに被告人を処断したとの誹難を免れず右第一審判決を支持した原判決も亦同様の誹りを免れぬものである。

即ち原判決は憲法第三十一条に違反し、法律の解釈を濫りに拡張して本来相違する事実を罪となる可き事実と誤認した違法のあるもので右の違法は判決に影響及ぼすこと明らかであるから破棄さる可きである。

第二点　第一審判決は挙示の証拠標目中に「被告人の当公廷における供述」を加えている。

然し乍ら本件訴訟記録による被告人の供述（主として記録第二六二丁被告人質問調書）は悉く本件受領金員は単なる陳中見舞であつて何らやましい金でなく右に反する検察官作成の被告人の供述調書記載は略式命令で簡単に片づくからと云う検察官の言を容れてその誘導に従つて供述した虚偽の事実を記載したものに他ならない旨を終始一貫主張しているものである。

右被告人の一貫した認定事実を否認する趣旨の供述の一部でもとつてもつて認定事実を裏付けることは不可能であろう。

結局第一審判決は虚無の証拠を採つて以つて事実認定の資に供したものと云うの他はなく破棄さる可きものであるところ、この点を看過して右第一審判決を支持した原判決は判例に違反するものとして破棄さる可きものである。

第三点　第一審判決は公職選挙法第二百二十五条を適用して被告人を処断しているが右条項は、本来選挙の自由妨害罪に関する規定であつて、被告人の本件行為とは何らの関係のないものである。

被告人の本件所為が仮りに第一審判決事実認定の如く公職選挙法第二百二十一条第四号に該当するものとしても右の認

定事実に対し被告人が重ねて選挙の自由妨害罪の規定の適用を受ける謂れはない。

尚第一審判決は「被告人に対し選挙権被選挙権を停止する期間を二年間」と宣言しているので元来公職選挙法第二百五十二条の適用をなすべきところこれを同法第二百二十五条と間違えたと考えられるむきもあるが、凡そ判決はそれによつて被告人の人権に一方的制限を加えるものであるから最も厳正的確であるべきものであつてかゝる誤りを単に誤りとして看過すべき筋合のものではないと思料する。

刑事訴訟法第三百三十五条には有罪判決に法令の適用を明示すべきものとしている。今第一審判決を文字通り読めば被告人は公職選挙法第二百二十一条に併せて同法第二百二十五条の適用を受け正に法律上不当な処置を受けているものと云う可く右判決は憲法第三十一条に違反し且これを破棄しなければ法律上著しく正義に反するものと云う可きである。

然るにかゝる明白な第一審判決の違法を看過してこれを支持した原判決は右同様の誹りを免れず正に破棄さる可きものである。

第四点　公職選挙法第二百五十二条は選挙犯罪に関する処刑者の選挙権被選挙権の喪失を規定する。

然し乍ら公務員を選定し及びこれを罷免することは国民固有の権利（憲法第一五条）であつて、奪うことのできない国民の基本権である。

憲法第四十四条は議員及び選挙人の資格は法律でこれを定めることが出来としているが右は単に資格に関する条項であつて憲法第十五条が国民固有の権利である公務員の選挙に関する成年者の普通選挙を保障することゝ矛盾するものでもなくこれを否定するものでもない。

公職選挙法第十一条及び第二百五十二条がこの国民固有の権利を無視して刑罰を受けた者と云う、一定の社会的身分を限定して選挙権と云う権利の喪失を明定しているのは、明らかに前記憲法第十五条に併せて憲法第十四条にも違反すると

ころであるといわなければならない。

時に公職選挙法第二百五十二条の規定の如きは一部の犯罪については公民権停止を適用しないと云う規定の体裁自体が法の下に平等と云う憲法の趣旨に反するものであると云い得る。

かゝる憲法に違反する法律を適用して被告人の選挙権被選挙権を剝奪することは、憲法上許されないところであるが、第一審判決も原判決もこの点を漫然看過して被告人の選挙権被選挙権を有しない期間を二年間と宣言している。

仍つて原判決は破棄さるべきものである。

第五点　訴訟記録によれば被告人は金壱万円入りの封筒を受領した時、その内容金額が幾許であるかと云う如きことは知らなかつたし又合理的に考えれば被告人が紙包みを透視してその内容の金額を知ることなど到底出来なかつた筈であることは直ちに判断し得るところである。

又弁護人が第一、二審を通じて主張しているように金銭授受に際して落合正男も被告人も陳中見舞の受授と云う以外に何の応答もないのであつて、金額も解らぬ被告人に陳中見舞がその限度を越えての選挙運動の報酬であるかなどの判断の仕様も当時なかつたはずである。

然るに検察官の被告人に対する供述書によれば被告人は金員受領の際右金員が選挙報酬の趣旨で手交されるものであることを知つて居り尚驚くことにはその金額迄知つていることになつている。

かゝることは我々の経験上合理的に考えて到底あり得ないことで被告人が第一審第四回公判調書で述べているように検察官調書は検事の甘言と誘導によつて出来上つたものであることを裏書するものである。

ところが第一審も原審も被告人の切なる而も合理性のある弁疏を無視し前記の如き甚だ不合理虚偽としか経験上考えられない検察官調書の記載を措信して本件事実を認定しているもので右は採証法則に関する合理性を全く考慮しない甚だ不

当の挙と云う可きである。

即ち原判決の事実認定はこれを破棄しなければ著しく正義に反するものに他ならない。

以　上

昭和三五年(あ)第一四六二号

決　定

本籍および住居　千葉県佐倉市先崎九二二番地
農業
厳　忠蔵
明治二九年一一月二八日生

本籍および住居　千葉県佐倉市先崎九七一番地
農業
出山芳男
大正一二年九月五日生

右の者らに対する各公職選挙法違反被告事件について、昭和三五年五月一八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決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人ら両名本人の上告趣意は、事実誤認、単なる法令違反の主張を出でないものであつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。（第一、二審判決の公職選挙法一四二条に関する解釈は正当であり、原判決が第一審判決の判示するような事実関係にある本件を同条に問擬したのは相当である。）

昭和三六年二月二日決定　昭和三五年(あ)第一四六二号

昭和三六年二月二日決定　昭和三五年(あ)第一四六二号

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

昭和三六年二月二日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　下飯坂　潤夫

裁判官　斎藤　悠輔

裁判官　入江　俊郎

裁判官　高木　常七

昭和三五年(あ)第一四六二号

公職選挙法違反

同

被告人等の上告趣意

第一、東京高等裁判所の言渡されました判決中両名が選挙用葉書をポストに投入、其の後返されたるもので、これを両名が配布したる事は候補者を当選させる目的とする為と申されましたが、両名はポストに投入したことはありません。

第二、法定外文書を配布とありますが選挙用葉書、郵便局のスタンプ済の文書で郵便局に持参致しては選挙に間に合いませんでしたのでせつかくの数少い制限されたる葉書故これを無駄にすることは選挙の趣旨にも反するものと思い配布致した次第であります。

右理由を以て原判決を破棄の上更に無罪の御判決相成度此段御願い致します。

以上

被告人　厳　忠蔵

同　出山　芳男

昭和三五年(あ)第二二一八号

判　決

本　籍　宮崎県延岡市紙倉町一丁目一番地の一
住　居　同県同市東海町一五九番地
団体役員
小　島　三　郎
大正四年七月二四日生

本　籍　鹿児島県加世田市唐仁原五番地
住　居　宮崎県延岡市桜園町二五番地
団体役員
中　村　国　夫
大正七年一〇月一七日生

本　籍　宮崎県延岡市川島町一〇三〇番地
住　居　同県同市旭町五丁目一〇七三の五番地
団体役員
牧　野　艸　平
大正一四年八月一七日生

本　籍　宮崎県延岡市大字恒富北一二一六番地

昭和三六年二月七日判決　昭和三五年(あ)第二二一八号

一

住　居　同県同市古城町三丁目一七二番地
団体役員
吉　岡　市　三　郎
大正八年一月三日生

右の者等に対する公職選挙法違反被告事件について昭和三五年九月二〇日福岡高等裁判所宮崎支部の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件各上告を棄却する。

理　由

弁護人浪江源治の上告趣意第一点について。

ある団体の推せん候補者であることが当選獲得に効果があると認められる場合に、同団体員でない者が甲某に当選を得させる目的で、同団体員に対して甲某を候補者として推せんして貰いたい旨の依頼をなす行為は、公職選挙法一四二条一項にいわゆる「選挙運動」に該当するものと解すべきである（大審院昭和一八年(れ)第一〇号、同年三月一三日第二刑事部判決、刑集二二巻四七頁参照）から、右と同趣旨に出でた原判決における判断は正当であり、論旨は理由がない。また原判決の判断は論旨引用の大審院判例の趣旨に毫も反するものではない。論旨はすべて理由がない。

同第二点について。

公職選挙法一二九条、一四二条等にいわゆる「選挙運動」には、同法一三八条のいわゆる戸別訪問禁止の規定にいう「投票を得若しくは得しめ又は得しめない目的」のごとき投票依頼等の目的を要件としないものと解すべきであるから、所論右目的を要件とする見解は到底採用できない。論旨は理由がない。

また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三六年二月七日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　高　橋　潔
裁判官　島　保
裁判官　河　村　又　介
裁判官　石　坂　修　一

被告人　小島三郎
同　中村国夫
同　牧野艸平
同　吉岡市三郎

弁護人浪江源治の上告趣意

第一点　原審判決は判例に違反し、且つ法令の解釈を誤つた違法があるものである。

原審判決はその認定せる『被告人等四名は共謀の上当選を得又は得せしめる目的を以つて延岡市夏田町四一〇番地選挙人松田勝之助ほか同東海地区選挙人六名の各世話人居宅に至り右各世話人に対し選挙運動のためにする前記推せん依頼状を各一通づつ配付し』たとの事実を公職選挙法第一四二条第一項の違反となる謂ゆる法定外文書の頒布であるとしているものであるが、右は同条第一項の「選挙運動のために」の解釈を誤つたものと思料する。

この点に関し原審判決は『政治団体の推せん候補者であることが当選獲得に効果があると認められる場合、団体員でないものが団体に対して誰某を議員候補者として推せんして貰い度いと依頼する行為は選挙運動と解すべきところ（大審昭和一八年三月一三日言渡、大審刑集二二巻四七頁参照）』としつゝ『本件においても東海地区農民連盟という政治結社の前身である同地区大世話人会を中心とする議員候補者詮衡会に対して同団体員でない被告人等が、被告人小島三郎を原審判示選挙の議員候補者として推せんせられ度い旨依頼したことは、右の推せんが同被告人の判示選挙の当選獲得に効果があること所論のとおりである、以上右の推せんの斡旋を依頼した行為もこれを選挙運動と認めざるを得ず、これを所論のとおりの前選挙運動的段階に在るものとは認めることができない』と断じているが、原審判決の右判示によれば「同被告

人の当選獲得に効果あるもの」即ち未だ投票を得又は得しめ若くは得せしめない行為に亘らない場合であつても、選挙に関し有利な効果あるものは総て選挙運動と解しているのであるが、然るときは選挙に関する必要的な一切の準備行為も亦認められないばかりでなく、『投票を得又は得しむる目的を以て選挙人に対し議員候補者として推せんごとを依頼する行為は衆議員選挙法に所謂選挙運動に該当するものとす』とし、選挙運動をつねに「投票」にかゝらしめて観念している大審院判例（昭和三年一月二四日言渡大判刑判例集七巻六頁参照）に反するものといわざるを得ない。

第二点　原審判決は理由阻誤の違法あるものである。

原審判決は既に『被告人等（小島三郎を含む）は大世話人等に対し原判示推せん依頼をした』行為は『必ずしも同人等個々の投票を得る目的があつたものとは断ぜられない』との事実を認定し、公職選挙法第一三八条（戸別訪問）の違反の公訴事実については無罪を宣しながら右事実に関し推せん依頼状を交付した行為を以つて「選挙運動のため」にした行為と解したのは理由阻誤の違法あるものである。

上記の理由により原審判決は破棄を免れないと思料する。」

（昭和三十五年十一月二十日付）

以　上

昭和三六年(し)第七号

決　　定

申立人（弁護人）　長谷川　專　造

被告人高原利作、同川湊ふさ子に対する公然猥褻被告事件について、昭和三六年一月一九日金沢地方裁判所小松支部のした予備的訴因追加申立に対する異議申立を却下し、予備的訴因の追加を許可する旨の決定に対し、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

本件特別抗告を棄却する。

理　　由

本件特別抗告の趣意は末尾書面記載のとおりである。

本件予備的訴因追加申立に対する異議申立を却下し、予備的訴因の追加を許可する旨の決定のごとき、「訴訟手続に関し判決前にした決定」は刑訴四三三条一項にいわゆる「この法律により不服を申し立てることができない決定」にあたらないものである（昭和二六年(し)第七一号同二八年一二月二二日大法廷決定、集七巻一二号二五九五頁、昭和二九年(し)第三七号同年一〇月八日第三小法廷決定、集八巻一〇号一五八八頁、昭和三二年(し)第五五号同三三年四月一八日第二小法廷決定、集一二巻六号一一〇九頁各参照）。従つて、所論判例違反の主張につき判断するまでもなく、本件特別抗告は不適法として棄却を免れない。

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

昭和三六年二月七日

昭和三六年二月七日決定　　昭和三六年(し)第七号

昭和三六年二月七日決定　昭和三六年(し)第七号

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　高橋潔

裁判官　島保

裁判官　河村又介

裁判官　石坂修一

昭和三六年(し)第七号

弁護人長谷川専造の特別抗告申立

二、特別抗告の趣旨

高等裁判所の判例に相反する原決定を取消し更に公正なる御裁判あらんことを求める。

三、特別抗告の理由

原審決定は昭和二六年(う)第三五六号同年一〇月一八日札幌高等裁判所の判例と相反するものである。

(1)　公訴事実の同一性とはその基本たる事実関係において同一であることを意味するものと解すべきところ、両者はたまたま、わいせつ行為の当事者、日時、場所において符合するところであるが、その基本となる点においては前者は「不特定又は多数の者の覚知し得る虞の多い開けた林の中で性交の実演をした」という事実で、後者は「製作販売の情を知りながら男女性交の実演をして撮影させる」という事実で、後者と前者は基本的には各別の事実関係を形成しているので公訴事実の同一性はないのである。

(2)　仍て両者に公訴事実の同一性はないから訴因追加は不適法であり且、前記高等裁判所の判例に違反するから原審決定を速やかに破棄せられんことを希う所以であります。

(昭和三十六年一月二十二日付)

以　上

被告人　高原利作

同　川湊ふさ子

昭和三五年(あ)第一〇〇二号

決　定

本籍および住居　静岡県磐田郡豊岡村敷地二五九番地
日本専売公社職員
乗　松　賢　好
大正七年一月一〇日生

本籍および住居　三重県鈴鹿市上野町五七番地の一
農　業
井　上　専　一
明治四二年九月一日生

右被告人乗松兼好に対する収賄、被告人井上専一に対する贈賄被告事件について、昭和三五年三月七日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人乗松賢好の弁護人清瀬一郎、同内山弘の上告趣意第一点のうち判例違反をいう点は、引用の判例は本件と事案を異にし、本件に適切でなく、判例違反の主張は前提を欠き採るを得ない。その余の論旨は単なる法令違反の主張で刑訴四〇五条の上告理由に当らない。（原審の確定した事実関係の下においては、被告人の本件行為に、刑法一九七条を適用したこと

昭和三六年二月九日決定　　昭和三五年(あ)第一〇〇二号

には所論の違法はなく、この点に関する所論引用の原判示は正当である。）

同第二点は単なる法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。（そして、原審の認定したところによれば、「本件において、前記のごとく、被告人乗松賢好が、原判示鈴北地方における葉たばこの収納に際しその品質の等級鑑定に手心を加える余地が事実上なかつたとしても、同地方の耕作者としては、なお、収納の際の鑑定人において、事実上その鑑定に手心を加え得る余地があり、特に、品質五、六級以下の下級のものについては、これを鑑定人の手心如何により一級上下して鑑定することも可能なことであると考えており、鑑定人たる被告人乗松賢好も、その間の耕作者らの意図を承知していたものである」というのであつて、かかる事実関係の下においては、本件行為が、右被告人の鑑定人としての職務に関してなされたものであるとした原判示は正当であつて、所論の違法は認められない。）

同第三点は単なる訴訟法違反の主張であつて、同四〇五条の上告理由に当らない。（そして論旨は、原審の裁量に属する証拠の取捨を争うに帰し、原判決には所論の違法は認められない。）

被告人乗松賢好の弁護人杉浦酉太郎の上告趣意第一点は、事実誤認、これを前提とする単なる法令違反判例違反の主張であつて、同四〇五条の上告理由に当らない。

同第二点は違憲をいうが、所論自白が強要によつたものであることを疑うに足る証跡は、何ら記録上存在せず（所論調書が証拠に供せられることについては、同意がなされている――記録三二六丁）、違憲の主張は前提を欠き採るを得ない。

同第三点は事実誤認の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人井上専一の弁護人重富義男、同関根栄郷の上告趣意は、単なる訴訟法違反、事実誤認の主張を出でないものであつて、同四〇五条の上告理由に当らない。

記録を調べても、所論の点につき同四一一条を適用すべきものとは認められない。

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

昭和三六年二月九日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　藤田悠輔

裁判官　下飯坂潤夫

裁判官　木村常七

昭和三五年(あ)第一〇〇二号

収賄　被告人乗松賢好

弁護人清瀬一郎、同内山弘の上告趣意

第一点　原判決は刑法第一九七条の解釈と適用を誤りたるのみならず、同条の解釈に関する従前の判例の趣旨（例えば大審院昭和一一年(れ)第二六一四号）にも違反する違法の判決である。

本件原審に於て法律問題として争われた主要な点は、起訴事実第一の(三)すなわち、昭和卅二年四月六日、志摩郡磯部町渡鹿野四八一番地料理旅館朝潮に於いて被告人が井上専一等より葉たばこ収納における鑑定について好意ある取扱を受けたい主旨で、約三八〇〇円相当の酒食の饗応を受けて、職務に関し収賄をしたという点に関してである。この当時は、被告人乗松は日本専売公社津支局の技術課長ではあつたが、しかし当時同人は未だ同年度に於ける葉たばこ収納鑑定人ではなかつた。鑑定人でないのに鑑定の職務に関する収賄罪が成立する筈がないというのである。昭和卅四年六月十八日弁護人杉浦酉太郎の提出した控訴趣意書第一点中（二枚目表八行以下）に於ては次の如く陳述しておる。

「葉たばこ収納の際における等級鑑定の職務権限は技術課長は有しない。この葉たばこの鑑定の職務権限はたばこ専売法第十八条第一項、第十九条に基く昭和廿五年六月十二日付日本専売公社総裁達第六二号葉たばこ鑑定及び乾燥調理調査規程第二条に定むる鑑定技術員として名古屋地方局長より指定を受けた者のみが之を有し、他の職員は仮令地方局長、支局長と雖も之を有しない。支局の技術課長は単なる技術課内における行政事務処理上の役職たるに止まり鑑定に関する職務権限は有しない。従つて技術課長たる被告人乗松賢好は右第一の(一)、(二)、(三)の如き酒食の饗応を受けるも鑑定する職務権限を有しないから職務に関する収賄とはならない」

（注(1)　本論点では議論を簡単にするため起訴事実第一の(一)、(二)、(三)中第一の(三)のみについて議論を進める。注(2)　な

お、前記控訴趣意書中に引用したる昭和廿五年日本専売公社総裁達第六二号は本論点の終りに「参考」としてその全文を附記する。以下の説述御調査の際御対照を願う。）

此の問題に関しては、更に昭和卅五年二月十五日弁護人清瀬一郎、同内山弘の名を以つて提出したる弁論の要旨中には次の如く補述しておるのである。

「此の弁論では便宜のため先づ起訴事実中の第一の㈢、即ち昭和三十二年四月六日頃志摩郡磯部町渡鹿野、旅館朝潮において乗松が井上専一から酒食の饗応を受けた事実が収賄罪を構成するや否やの点につき論じて見たいと思います。

茲に予め御留意を願いたい事は、此の問題に関する起訴事実は井上等が過去において乗松に職務上お世話になつたという御礼の意味で饗応をしたというのではありません。今後乗松より好意を受けたいという趣意で饗応をしたという意味で起訴せられているのであります。（被告側より言えば、そのどちらでもないが）即ち、起訴状第一の前文においては、

「被告人乗松賢好は、被告人井上専一から同人が、同人及び組合員の葉たばこ収納の際における鑑定について、好意ある取扱をうけたい趣意で接待するものであることを知りながら、云々」

と記載しておる。即ち、その当時、または将来鑑定について好意ある取扱をうけたい趣意の饗応であるという意味で起訴せられておるのであります。

しかして、起訴状における法律の適用については刑法第一九七条第一項前段が引用されておるのであります。果して然らば、右旅館朝潮において酒食の饗応を受けたときに乗松が、たばこ収納の鑑定員たる地位を持つておつたという事が犯罪成立の要件であるといわなければなりません。そうでないと法律にいう「職務ニ関シ」ということが出て参りません。しかるに、昭和三十二年四月六日頃に於ては、乗松被告人は、たばこ収納の鑑定員ではなかつた、従つて同人に

対する葉たばこ収納の際における鑑定についての贈賄、収賄はあり得ないのであります。此の点は弁護人杉浦酉太郎提出の控訴趣意書第二点中に特に明白に指摘しておるところであります。（中略）

而してこの主張の正しき事は貴裁判所における昭和三十四年八月十二日及び八月十三日の証拠調の結果極めて明白となつたと考えます。

葉たばこ専売法第一九条には、専売公社は耕作者の納付したる葉たばこは、この等級を鑑定し、その等級に相当する収納代金が支払われる旨を規定し、その鑑定の方法については昭和二十五年六月十二日の専売公社総裁達第六二号の第二条において明定しておるのであります。曰く

「葉たばこの鑑定は葉たばこ鑑定技術に三年以上の経験を有し、且地方局長が適当と認める日本専売公社の職員二名の合議により行う。但し人員の関係その他やむを得ない事情がある場合は、十年以上葉たばこ鑑定の実務従事しておる職員一名を以つて行うことが出来る」

と。即ち専売公社の職員で三年以上の鑑定技術経験者は他の同様経験者と一組となつて鑑定員となる資格があり、十年以上の経験者は単独で鑑定員たる資格があるというだけで、本当に鑑定員となるのは地方局長の任命によるのであります。

以上の法律並に達が実際に如何ように行われておるかは、前記昨年八月十二日及び十三日の証拠調の結果明白となつたのであります。

即ち、日本専売公社たばこ技術課長である黒田実証人の証言中には、

「専売公社支局の技術課長は鑑定員に任命される時期は、」

との問に対し、

「毎年の収納計画があつて、その計画が樹つてもまだ何収納区か判らず、判然として収納事務が決まつてから鑑定員が決定するのであります。」

と答えておる。更に、

「事務分配としての技術課長は鑑定員の部門を担当するのか」

との問に対し

「それとは限りません。

支局長でも技術部門を担当している方があります」

と答えておる。

右証拠調当時現任の専売公社津支局長たりし奥村証人は、

「この出張命令（注、収納のための出張即ち鑑定員の任命）の出るのは収納のはじまる一週間乃至十日前でありますから、各収納所としては、第一次より実行計画までは判らないわけで、従つて各日割等の告示があつて一週間後でないと収納出来ないことになつているから、鑑定員としては何処の収納所を担当するやも判らないのでありますから、実行計画が樹つ一日前に出張先が判るくらいであります。」

と陳述し、更に実際に昭和三十二年に乗松賢好は何れの収納所に鑑定員として任命せられたるやにつき同証人は書類に基き、同年は乗松は上野及び津の収納所に鑑定員として任命された事を陳述しておるのであります。

たばこ耕作組合鈴北支部の役員をしておつた窪田安一証人は、

「何時係官（主として鑑定員）が決まつた事が判るか」

との問に対し

「収納数日前に地域毎に決められた鑑定官のプリントが廻つて来て初めて判るもので、それまでは誰か判りません。しかして、毎年鑑定官が決められるので、某処の鑑定官は誰ということは決まつて居りません」

と陳述し、更に

「昭和三十二年度秋の収納期で石薬師収納所の係官は決まつていたのか」

との問に対し、

「乗松さんに決まつておりません」

と答えておるのであります。

以上を綜合するに鑑定員なるものは、毎年収納の直前（一週間乃至十日位い前）に資格者より任命せられるものであり、収納は毎年十二月初より行われるものである。それ故昭和三十二年四月六日頃においては、乗松賢好が井上等の関係する鈴北地区の鑑定員に選任せられるや否やは定まつておらず、又あとから判つたことであるが、当年は乗松は鈴北地区の鑑定員とならず、却つて上野及び津地区の鑑定員となつておる。次の論点において証明する如く井上等の饗応は決して鑑定に対する手心を希望して為されたものではないがその論点如何に係らず、起訴事実第一の㈢の饗応の行われた時は被告人乗松は鑑定に関する職務を有しなかつたのであるから、収賄罪の成立のしようがないのであります。この起訴事実については、犯罪不成立のものとして無罪の御判決相成るべきものと存じます。」

以上煩をいとわず問題の所在を明らかにするため控訴趣意書並に弁論要旨の関係部分を摘記した。しかるにこれに対する原審判決は此の論旨を排斥し、次の如く説明しておるのである。（判決謄本二枚目裏五行以下）

「被告人乗松賢好が、専売公社津支局の技術課長たる地位に基ずき葉たばこの各収納年度における葉たばこの鑑定につき、当然には、右鑑定の職務を執行する権限を有せず、当該収納期において、地方局長より具体的に、当該収納区域の

鑑定員に任命され、ここに初めて鑑定を行うべき職務権限を有するにいたるものであることは、所論のとおりであるが、各収納期における当該収納区域の鑑定人は、日本専売公社支局の技術課に所属する公社職員の中から公社の認めた鑑定資格を有する者が、鑑定人として所轄地方局長より具体的に任命されるものであり、支局の技術課長の地位に在る者は右の鑑定資格を有し、各収納期に際し、当該収納区域の鑑定事務を担当する鑑定人に任命されるべき職務と権限とを有するものであつて、被告人乗松兼好も又原判示津支局技術課長として、鑑定人の資格をもち、原判示昭和三〇年度、昭和三一年度における津葉たばこ耕作組合鈴北支部に属する各葉たばこ収納に際し、名古屋地方局長より鑑定人に任命されるべき職務権限を有し、かつ又当該年度においては、現実に右地域を担当する鑑定人に任命されたものであることは、原判決引用の同被告人及び神崎一雄の検察官に対する各供述調書により明認できるところである。もつとも、原判示第一の㈢（同じく第二の㈢）の昭和三二年四月当時は、所論のごとく未だ同年度の葉たばこ収納の時期は到来していなかつたものではあるが、当時被告人乗松賢好は、前示津支局技術課長として、同年度の収納期にいたれば、前示鈴北支部所属の葉たばこ耕作区域の葉たばこ収納に際し、名古屋地方局長より鑑定人に任命されるべき職務権限を有していたことは、右にみたとおりであつて、既に斯の如く、具体的に、鑑定人としての職務を執行すべき命令を受くべき抽象的職務権限を有する者が、その職務の具体的執行を予期し、これに関し不正の利益を収受したときは、たとえ右具体的職務の執行が、前示名古屋地方局長の任命という未必の条件、あるいは、収納期の到来という期限の到来にかかつていたとしても、その者に対する収賄罪の成立を妨げるものでないことは、当然である。ところで、原判決が、被告人乗松賢好の職務権限として、判示するところは、所論のとおりであるが、その趣旨とするところは、上来説明したところと同一に帰することは、原判決摘示事実とその引用の証拠とを対照すれば自ら明らかなものというべく、所論の如く、同被告人の収賄事実を判示するについて、特に、同被告人が、昭和三〇年度（原判示第一の㈠、㈡）

及び同三二年度（同第一の㈢）の各葉たばこ収納期に際し、原判示鈴北地方の鑑定人に任命され、もしくは任命されることを予期していたことを明示する必要はないもので原判決の事実摘示の程度をもつてして、同被告人に対する収賄罪、特にその職務権限の判示方法としては、欠くるところはないものというべきである。論旨は理由がない。」

しかしながら、前記原判決の説明は甚だ不当である。刑法第一九七条に「公務員又ハ仲裁人其職務ニ関シ賄賂ヲ収受シ」というのは、言うまでもなく、賄賂を収受した時に於て公務員たり、仲裁人たり、しかもその当時の職務に関係し賄賂を収受する場合なることは言うまでもない。その職務を有する公務員となる以前、又は公務員を罷めたる以後の場合は本条に包含せざることは明らかである。

この事は同条第二項との対照の上よりするも自ら明白である。同条第二項は特に、将来公務員たらんと志望する者が、その担当すべき職務に関し「請託を受けて」賄賂を収受し又は要求若しくは約束したる場合には特例として後日その欲するところの「公務員となりたる場合」に於て処罰を受けるものであることを規定しておるのである。即ち、未だ公務員に非ずと雖も、公務員たらんと欲する者、例えば公務員の採用願を出しておるもの、議員選挙に立候補したるような者が、特に請託を受けて賄賂を収受し要求したる者は、それだけにては未だ犯罪を構成しないが、公務員となつた場合において三年以下の懲役に処せられることを明らかにしておる。即ち知るべし、刑法第一九七条第一項の単純収賄（請託なき）の場合は、その権限たる公務につく以前において行われたる財物収受または饗応等は犯罪として取扱われざるものであることを。

此の事は、稍々古き判例ではあるが、昭和一一年㈣第二六一号同十二年三月二十六日大審院刑事第四部の判決によつてもこれを見ることができる。当時行われたる府県制（明治三二年法律第六四号）に於ては、府県参事会員は府県会議員のうちより選任せられるのであるが、未だ参事会員とならざる府県会議員が、参事会において議決せらるべき議案の提出を

慫慂し、若しくはその通過成立をはかるため府県会議員を勧誘説得する行為をなしたる場合にはそのことは現在の府県会議員の職務に関せずとしてこれに関し金銭の授受を為したる場合につきては無罪の判決を為すべきものとしておる。これが本件と同様の場合における刑法第一六九条第一項の正当なる適用であつて、本件原判決はこの判示に反するものと言わなければならない。

原判決判文の文字よりすれば原裁判所は、或は大審院昭和一〇年(れ)第四三六号事件の判文を見てこれに做つたものであるかもわからぬ。若しそうであるとすれば、これは判例引用の誤りである。該案件における被告人志戸本次朗は大蔵省における銀行検査官兼大蔵属であつたが、事件の起きた当時は銀行局特別銀行課に勤務し、特殊銀行短期金融係として、台湾銀行、日本銀行の一般業務状態の監督を為しおり、問題の会社たる無尽会社の業務状態並に財産の実地検査等を為しておらなかつたが、しかし上司よりその命令を受ければ、何時でも無尽会社の業務検査や監督を為し得る地位であつた。

この銀行検査官兼大蔵属が将来その職務を執行すべきことを予期して不正の利益を収受したという案件である。(同事件の事実の摘示、上告理由並に判決要旨第三参照)

この場合と葉たばこ鑑定及び乾燥調理調査規程による鑑定員任命の場合とは全くその趣を異にする。

この葉たばこ収納鑑定人については、前にも説明したとおり鑑定技術に三年以上の経験を有することを条件として任命せられるのである。通常職員二名の合議によるが、人数その他で二名の揃わぬときは、十年以上鑑定の実務に従事したる者一名で鑑定を為すこともある。また、再鑑定を為す場合には当初の鑑定を為したる者、再鑑定申立人と親族または其の他の利害関係ある者、その他葉たばこ鑑定の経験に乏しき者はこれを除外する。斯の如き特定の条件の下に葉たばこ鑑定員は任命せられるのである。この任命があるまでは、三年以上の経験を有する者も又は既に専売支局内に局長或は課長の地位を占めておる者も、鑑定を為す権限はない。これと大蔵属であつて、銀行検査官補として上司の命令あればいかなる銀行、いかなる無尽会社の業務検査にも従事しなければならぬ立場に在る者との地位の相違は多言を要せずして明らかであろう。

故に若し原裁判所が昭和十年(れ)第四三六号の判決の文字の一句をとりてこれを本件の解釈の基準としたのであつたらば、これは大きなる誤りを犯すものである。何卒前記引用の昭和廿五年日本専売公社総裁達第六二号の鑑定員任命趣旨を十分に御調査の上冒頭掲記の如き理由により、原判決を破棄せられんこと希望にたえません。

本社地方局

参考「◎総裁達第六二号

葉たばこ鑑定及び乾燥調理調査規程を、次のように定め即日実施する。

昭和二十五年六月十二日

日本専売公社

総裁秋山孝之輔

(効力)

第一条 たばこ専売法(昭和二十四年法律第百十一号)第十八条第一項及び第十九条に基く納付葉たばこの鑑定及び再鑑定並びに乾燥調理の調査は、他に規定する外、この規程の定めるところによる。

(鑑定員)

第二条 葉たばこの鑑定は葉たばこ鑑定技術に三年以上の経験を有し且つ地方局長が適当と認める日本専売公社の職員二名の合議により行う。

但し、人員の関係その他やむを得ない事情がある場合は、十年以上葉たばこ鑑定の実務に従事している職員一名をもつて行うことができる。

（乾燥調理の調査）

第三条　葉たばこ乾燥調理の調査は、前条の鑑定員が行う。

第四条　葉たばこ乾燥調理の調査は、毎包二方面以上にわたり全包を代表すると認められる三束以上について行う。

2　前項により調査した結果、所定の標準に対照して不合格のものは納付人に返戻する。

第五条　地方局長は、前条第二項の乾燥調理不合格標準を別紙標準により収納取扱区域及びたばこ種類別に定めて生産局長に報告しなければならない。変更の場合も、同様とする。

（鑑定の基準）

第六条　葉たばこの鑑定は、納付葉たばこの品位を毎包について別に定めるところにより設備した標本に比準し、次の各号により行う。

一、適用標本の品位に及ばない葉たばこは、この標本の下位の等級に鑑定する。

二、最下位等級標本の品位に及ばない葉たばこは、廃棄の手続をする。

三、設備標本の最高等級以上と認められる葉たばこがある場合においても上位等級に鑑定してはならない。

（鑑定の方法）

第七条　葉たばこの鑑定は、納付葉たばこの毎包について二箇所以上割入を行い、全包を代表する品位のもの三束以上を採り出してこれに相当する等級を附する。

但し割入を行い難い葉たばこは、毎包二方面以上にわたり代表品位のもの三束以上を採り出してこれに相当する等級を附する。

（合議の方法）

第八条　鑑定員の合議は、本社指示による地方局備付の等級指示器を用い鑑定員が各自に発意等級を指示し、書記をして鑑定票に記入させるものとする。但し、書記の配置がない場合は各自先ず意見を定め、次席鑑定員よりさきに発意等級を鑑定票に表示し、意見が一致した場合は、次席鑑定員が決定等級を鑑定票に記入する。

2　前項の発意等級が一致しないときは、鑑定員は口頭をもつて更に合議して決定する。

3　鑑定員一名の場合は、決定等級を鑑定書記に告知し、鑑定票に記入させる。

（鑑定等級）

第九条　葉たばこの鑑定等級については、葉たばこ鑑定技術職員である監督員の外関与してはならない。

（鑑定場所への立入制限）

第十条　葉たばこ鑑定の場所には、たばこ耕作者その他葉たばこ鑑定に関係のない者を入場させてはならない。

（説　明）

第十一条　鑑定の終つた葉たばこに対して納付人より説明を求められたときは差支えない限り懇切に説明しなければならない。

（一日鑑定包数）

第十二条　地方局長は、鑑定員の一日鑑定包数を定め、別紙第一号様式によりあらかじめ生産部長に報告しなければならない。変更の場合も、同様とする。

（再鑑定の取扱）

第十三条　たばこ専売法第十九条第二項により葉たばこ再鑑定の申立があつたときは、地方局長は、同条第四項により再鑑定人を選定し第六条から第八条までの規定に準じ再鑑定を行わせる。

2　再鑑定を申立てた納付葉たばこには一包ごとに仮番号を付し再鑑定終了までは、当初の鑑定等級を再鑑定人に示してはならない。

（再鑑定人）

第十四条　再鑑定人は、次の各号に該当しない者から選定しなければならない。

一、当初に当該葉たばこの鑑定に従事した者。

二、再鑑定申立人と親族又はその他の利害関係を有する者。

三、葉たばこ鑑定上の経験に乏しい者。

第十五条　日本専売公社の職員以外より選定した再鑑定人に別紙第二号様式により選定書を交付するものとする。

（再鑑定の決定）

第十六条　再鑑定が終了したときは、地方局長は、再鑑定人をして別紙第三号様式により再鑑定書を提出させなければならない。

第十七条　再鑑定人が再鑑定書を提出したときは、地方局長は等級を決定し、その決定書を申立人に交付するものとする。

（再鑑定の費用）

第十八条　再鑑定人である日本専売公社の職員の出張旅費又は再鑑定申立の葉たばこ回送に要した費用は、たばこ専売法第十九条第五項の再鑑定の費用中に加算しないものとする。

（報　告）

第十九条　地方局、支局及び出張所は、直轄及び収納取扱所別に葉たばこ収納開始以来の鑑定事績を調査し、収納開期中

は毎月二回前半期（自一日至十五日）の事績をその月の二十日までに、後半期（自十六日至末日）の事績を翌月五日までに第四号様式により直接生産局長に報告しなければならない。

2　地方局においては、前項の外、収納期間中種類及び乾燥区分別に管内総事績を集計し、毎月二回前半期（自一日至十五日）の事績をその月の二十五日までに、後半期（自十六日至末日）の事績を翌月十日までに第五号様式により生産部長に報告しなければならない。

第二十条　地方局長は、再鑑定の事績を別紙第六号様式により翌月十日までに生産部長に報告しなければならない。」

第二点　原判決は更に他の意味において刑法第一九七条第一項の解釈を誤まつた違法の判決である。

原審に於いては、相被告人井上専一が同人及び組合員の葉たばこ収納の際鑑定につき手ごころを加えられ度き旨を以つて被告乗松の職務に関し饗応を為したりという意味の起訴を為しておる。これに対し被告人並に弁護人は、葉たばこの収納につき、等級決定に手ごころを加える余地はないものである。従つて斯様な不能の事を考えて饗応を為すも、職務に関する贈賄または収賄と為すことは有り得ないものである、という意味の抗弁をした。しかして証拠調の結果被告人並に弁護人の手心不可能との主張は立証せられたのである。しかるに、これに対し、原判決は次の如く判示してこれを排斥しておる。

「各弁護人は、葉たばこ耕作者より収納する葉たばこの品質を鑑定するについては、鑑定人において、事実上、その行うべき鑑定について等級に手心を加える余地がない、といい、原審並びに当審における証人黒田実の各証言等には、これに副う供述があるわけであるが、右収納鑑定に際し、鑑定人が、たとえ事実上鑑定等級に手心を加える余地が全くなかつたとしても、葉たばこ耕作組合長がその組合所属の耕作者のために、その葉たばこ収納の際に利益な取扱いをして貰いたいとの趣旨で、鑑定人に対し饗応し、又鑑定人としてもその趣旨を了知しながら、その饗応をうけたときは、

刑法一九八条一項、一九七条前段所定の贈、収賄罪の成立を左右するものでないことは当然である。蓋し、賄賂罪は、公務員の職務行為が、金銭等の利益により買収され売渡さるべきものでないことを本質とするものであつて、買収の結果、職務の執行が不適正に行われたということは、賄賂罪の刑の加重要件ではあるがその成立要件ではないからである。ところで、本件において、前記のごとく被告人乗松賢好が、原判示鈴北地方における葉たばこの収納に対しその品質の等級鑑定に手心を加える余地が事実上なかつたとしても同地方の耕作者としては、なお、収納の際の鑑定人において、事実上その鑑定に手心を加え得る余地があり、特に、品質五、六級以下の下級のものについては、これを鑑定人の手心如何により一級上下して品質鑑定することも可能なことであると考えており、鑑定人たる被告人乗松賢好も、その間の耕作者らの意図を承知していたものである以上（窪田一生、水谷宗市、井上専一、乗松賢好らの検察官に対する各供述調書参照）本件各饗応が、原判示の如く、いずれも同被告人の鑑定人としての職務に関してなされたものであると認定することを、何ら妨げるものでないのは勿論、被告人らに対する本件賄賂罪の成否を左右するものでもない。」

右判文に於いて原判決は幾分仮定的に「たとえ事実上鑑定等級に手心を加える余地が全くなかつたとしても」という前提の下に前示判断を為しておる。しかし事実上鑑定等級に手心を加える余地なかりしことが証明せられたときは、その余地ありと考え贈賄したということが不能の事実を想像して為した行為であつて、やはり公務員の職務外のことにほかならぬ。或は情状においては詐欺等の問題の生ずる余地はなきにしもあらずとするも、これを以つて贈賄罪の成立を肯定することは不当である。原判決はこの角度よりするもよろしく破棄せられるべきものである。

第三点　原判決は刑事訴訟法第三二一条第一項二号等の解釈並に適用を誤つた違法の判決である。

原審に於て弁護人清瀬一郎、同内山弘は第一審判決の引用した各証拠の任意性につきこれを否定するの趣旨を述べたのである（控訴趣意書第一点）。また、昭和卅五年二月十五日附弁論要旨末尾（二七丁以下）においても第一審判決第六回

公判調書（記録三三〇丁以下）を引用し、井上専一が警察や検察庁に於いて鑑定につき手心を加え得るよう供述したことにつき任意性に反する旨を指摘したのである。しかるに、これ等の点につき原判決謄本五枚目表五行目以下において、被告人及び被告人以外の者の検察官に対する供述調書は刑訴法第三二一条第一項二号所定の各要件を満す限り、証拠能力を有するものであり、これ等の供述調書の証明力はすべて事実審裁判官の自由にまかされたものであり、これらの者の公判廷の供述があるときはこれ等の者の検察官に対する供述を採用しなければならないとする証拠法則は存しない、と説明しておる。しかしながら、この考え方は次の一事よりするも錯誤であり、違法である。裁判官引用の刑訴法第三二一条第一項二号の末尾に「但し公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特殊の状況の存する時に限る」との規定がある。この規定は空文ではない。事実審裁判官が検事調書を証拠に採らんとするときは、此の規定を十分に参酌しなければならぬから、これを採るか否かは事実審裁判官の専恣にまかされたものではない。現に井上専一は検察庁に於いては「葉たばこの鑑定につきどのようにも鑑定ができると思われますので、悪感情を以つて鑑定されないように公社の人達を招待しました」と述べておる（昭和卅三年十月七日検察官黒瀬忠義に対し）。しかるに、第一審公判廷に於ては何故かくの如き供述を為したかの問に対して、「一応検事さんに手ごころを加えたりできないと言うたのでありますが、検事さんは、そんなことはないやろ、と言われますので、もうよう返事をしなかつたのであります。それで検事さんの言われるまゝになつて言つたようなわけです」と答えておる。この場合前の供述、すなわち、検事の面前において為した供述即ち、公判廷の供述を信用すべきか、何れを特に信用すべしと為すや。その標準は外でもない、たゞこ等級鑑定につき手ごころを用いることの能否、これである。即ち、本当に鑑定に手ごころが用いられるのであつたら検事の面前に於いて為した前の供述を信用すべく、若しそれが不能であるなれば公判廷の供述が信用されなければならぬ。原審は此の事につき証拠調を為し、証人黒田実の証

言等により事実上たばこ鑑定の等級に手ごころを加える余地がなかつたことを肯定しておる（判決書六枚目表七行目）。尤も判決のこの部分には幾分事実を仮定したような字句があるが、刑訴法第三二一条の適用上この事を決定する必要がある場合には、更に進んでこれを決定すべきである。我国の刑事訴訟法の証拠法則は、被告人の供述が不任意であつた場合にのみ供述調書の証拠力を失わしめるのではない。任意にされたものでない疑がある場合にはやはりこれを証拠とすることができない。これが我が国の刑事訴訟法の認める証拠法則である（刑訴法第三一九条）。故に幾分は仮定的にもせよ、裁判所が鑑定に手ごころを加えることが不能なるべしとの見込が出た以上、やはりこの見込に反し、手ごころ可能なりとして饗応を為したとの前の供述のほうは到底これを信用すべきでない。況んやこれを信用すべき特別の事情が存する場合ということはできない。

以上の趣意により原判決は現行刑事訴訟法に於ける証拠能力決定に関する法則の無視を包蔵するものであり、到底破棄をまぬかれざるものと信じますから、この理由よりしても、原判決の破棄あらんことを求めます。

以　上

昭和三五年(あ)第一〇〇二号

収賄　被告人乗松賢好

弁護人杉浦酉太郎の上告趣意

第一点　原判決は従来の大審院判例が踏襲して来た賄賂と所謂社交的儀礼と目せられ賄賂とならざるものとの区別に付その判断を誤り、本件被告人乗松の所為を賄賂を収受したと認定した違法がある。

大審院は従来賄賂と社交的儀礼と目せられる賄賂たらざるものとに付截然たる区別をなして来たことは例へば

昭和十年(れ)第四三六号同年六月十八日第四刑事部判決（大審院刑事判例集第十四巻第六九九頁以下）

昭和十年(れ)第六六四号同年八月十七日第三刑事部判決（大審院刑事判例集第十四巻第八八五頁以下）

昭和五年(れ)第五七一号同年七月二十九日第一刑事部判決（大審院刑事判例集第九巻第五九八頁以下）

に於て明かなる如く、大審院は仮令職務に関する場合と雖も中元歳暮その他社交的に見て妥当なりと認められる所謂社交儀礼的な謝礼乃至報酬と然らざる法に定められたる賄賂とを明かに区別しているが原判決はこの判例の趣旨に反し社交的儀礼を以つて目すべき本件被告人乗松の所為を賄賂なりと判断している。

第一審並控訴審を通じて主張して争つて来た如く、被告人乗松の判示第一の(一)、(二)の所為は

(一)　日本専売公社津支局長神崎一雄が日本専売公社の規定たる収納包装事務監督規程の定むる所に従ひ当然行うべき義務である石薬師収納所の収納包装事務監督のため同収納所へ出張した際、地元鈴北支部に於て従来より永年の慣習として行はれていた津支局長歓迎会に被告人乗松は他の上席の課長と共に随行を命ぜられて陪席したものであること。

(二)　右歓迎会は津支局長神崎一雄に対し永年の慣行に従ひ行政官庁の長に対する地元民間関係者の敬意を表し懇親のため事務の円滑を図るため催されたもので被告人乗松には何等その職務上関係なきこと。

(三) 右は従来よりの永年の慣習として行はれて来たもので津葉たばこ耕作組合としても予て毎年かゝる費用を予算化し、名古屋地方局よりの場合は津葉たばこ耕作組合（本部）の負担、津支局の場合は各組合支部に於て負担する定めとなつていたこと。

かゝる慣行は、不当ではあるが違法ではないこと。

(四) 右歓迎会に被告人が出席したのは神崎支局長より随行を命ぜられ、当日の各課長中、西経理課長は次席であり、河戸耕作課長は石薬師収納所の収納主任で、何れも上司、上役に当り、西、河戸両課長も随行を命ぜられて随行するに対し被告人のみ最末席の課長として随行を拒否し得ない事情にあること。（但し右随行の拒否は事実上の拒否で勿論違法なることを認識しての意味ではない）

(五) 右の如く被告人乗松は右会合が何れも支局長の歓迎会で従来より行はれているもので、その会合の趣旨は支局長の敬意を表し、親懇のためと思い込んで居り、右会合が自己の職務である葉たばこの鑑定に付手心を加へられたいというが如き趣旨のものであることは毛頭考へていなかつたこと。

蓋し被告人乗松は鑑定技術員であり、日本専売公社の所謂鑑定が黒田証人の証言（同証人は日本に於ける葉たばこ鑑定の唯一の権威者でこの証言の価値は絶対であると信ずる）にも明かなる如く技術員の習練による技術と専売公社に於ける鑑定の監督規定、査察規定並再乾繰規定により法規的にも技術的にも機構的にも全く手心を加へ得る余地はないのだから、かゝる鑑定に手心を加へ寛大なる取計ひの意図ありとは思ひ及ばなかつたこと、従つて収賄の認識を完全に欠くこと。

(六) 仮令相手方組合井上専一に於て右の如き鑑定に手心を加へ寛大有利なる取計ひを企図するも(五)掲記の如く鑑定に手心を加へることが絶無である以上組合側の錯誤であり又不能犯であろうが右は何れも被告人乗松には何等関係なきこと。

(七) 本件会合が何れも料亭で行はれ芸妓をはべらし従来に比し華美であるというも窪田証人の証言の農業協同組合で二、三百円程度の会合を従来行つたとのことは津葉たばこ耕作組合という総合体組合となる以前の村単位の耕作組合当時のことで、時代の進展、経済生活の充実、組合予算の潤沢等の変化と又その地方々々の気風的差異と神崎支局長の如き派手好きみの宴会好きの場合等により必ずしも料亭芸妓が社交的儀礼の範囲を逸脱するとは断じ難い、本件の如く料亭の女中不足の為酒杯の酌のため必要範囲内に於て之を携することは必ずしも不当とは云へないであろうと思はれる。

(八) 本件会合は原判決が非難している他の起訴せられない十数件の会合とその意味を同じうする。

他の十数件が起訴せられなかつた理由は或は前専売局長官杉山某氏の参議院選挙の選挙運動の会合（当初は右選挙運動の違反検挙を恐れ之を秘して他の会合の名目を唱へたが后真相を自供）又組合主催の品評会の審査員として招かれ或は品種改良研究会或は研究会の講師として出席講演したる后の諸会合で何れも職務関係なきこと判明して不起訴となつたものであることは警察検察等の調書に明かな所である、本件の支局長歓迎会が従来より毎年行はれ、その間何等他意なき会合で当然他の会合と同様不起訴になるべき筋合なるに拘らず、之のみ起訴せられたことは誠に奇異の感なしとしない、原判決はこの間の事情につき職権調査の末、「本件は全く奇妙な事件である」と謳いているのはこの間の事情を雄弁に物語るものである、本来罪とならざる純然たる支局長歓迎会なのである、その間何等収賄を以つて目さるべきものではないのである。

かゝる行政官庁或は之に類似する地方自治体その他に於て其の地方の長の事務視察或は事務監督の際、その長に敬意を表し、親ぼくのため料亭に招き芸妓を招き歓迎の会合を開催することは世上決して少しとしない、又かゝる会合が行政その他の事務の円滑なる運営のため必要であることも明かなところである。

以上の如く、原判決は全く従来の大審院判例に反した判断をなしたもので明かに違法であり、破毀せられるものと考へ

る。

第二点　被告人乗松の警察、検察庁に於ける自白は強要によるもので憲法第三十八条第一、二項に違反するものである。

原判決は本件に付「……職権を以て調査してみると、……本件は全く奇妙な事件である、原判示日本専売公社津支局の専売公社職員等が津葉たばこ耕作組合鈴北支部長井上専一同副支部長水谷宗市らから饗応をうけたことは十数回もあるのに、その中で起訴の対象となつたものは、原判示第一及び第二の事実だけである、しかもその鈴北支部の設けた招宴に出席して饗応をうけたのは、ひとり被告人乗松賢好だけではなく、支局長神崎一雄を初め同支局の各課長並びに名古屋地方局の役職員らに皆そうであつた。そして原判示第一の㈠、㈡、第二の㈠、㈡各饗応については、支局長神崎一雄が自ら進んで被告人乗松賢好はじめその他同支局の各課長を誘い合各招宴に出席し殊に宴席に侍ることの好きな同支局長は機会あるごとに葉たばこ耕作組合の設けた招宴に出席し、斯る上司の気風に迎合して、被告人乗松賢好らに同支局長と共に、その宴席に出席したことが屢々であつたことを認めるに難くない、然るに公社職員としての各種担当職務の干係もあつてか、本件において起訴せられたものは津支局職員の中で、唯一人被告人だけであつた、被告人と同様、原判示第一の㈠、㈡、第二の㈠、㈡の各饗応をうけた支局長神崎一雄及びその他の同支局の課長連は何らの処分も受けていないのである。職務内容の関係からそうなつたのだと言つて了えばそれ迄である、然し被告人乗松としては割り切れない感じを持つことは想像に難くない」と言つている如く全く奇妙な事件である、何故か、

本件の発覚の端緒は石薬師農業協同組合の進歩的労働組合員の誠首により同人が農協の内幕を暴露した内同農協に同居してゐた津はたばこ耕作組合のことにも言及し、同はたばこ組合が専売公社職員を饗応し、常に金品を贈賄し、又公社職員は葉たばこの肥料等も不当に高価に葉たばこ耕作者に売付け、肥料公社より莫大なリベートを取り、昭和三十一年度の如きは六十万円余にも達し、右金員を坪陸の温泉にて饗応した際交付した等の放言をなした為、之を全国農業新聞が取り

上げ、更に之を朝日新聞が取上げた為、全国的な破紋を呼んで、直ちに社会党国会議員の調査団が乗込み、大事件となつたのである。

右は昭和三十年葉たばこ耕作組合法の制定にからみ、自民、社会両党の争ひとなり、旧来の役員を擁する自民党と革新を主張し旧役員の失脚を狙う社会党とが互に耕作組合の改正に伴ひ自派の勢力党勢の拡張を企て、同法が昭和三十二年九月より施行せられるに当り、この放言を取り上げ調査団の来県となつたのである、かくて連日新聞は大々的報道をなしたが取調検査の進行に伴ひ、真相が判明するに及び、右放言は何れも雲散霧消して偽りであることが明白となり、数十回に亘る所謂饗応も何れも選挙運動の会合、或は品評会の講師に対する謝礼の会合、或は新任公社の歓迎会、講習会講師の謝礼の会合というが如く何れも正当な理由のある会合であることが判明したが、かゝる新聞が大々的に取り上げ又社会党議員団が調査に乗り込んだ事件を起訴せずとあつては、国会の通産委員会に取調当局は呼出されて真相の究明、捜査の追及あることを慮り、苦心の末、本件の三つの会合を鑑定に手心を加へるということにも軽じて理由をつけて起訴したもので、その間強制による自白をなさしめ続けた、このことは被告人の供述調書の日付を追つて読めば明かであるこのことは昭和三十三年十月二十八日の第六回検事の供述調書を読めば如何に、それ迄無理な自白を強制していたかゞ同日の供述調書に於て巧みに方向転換の上撤回せられているか又如何にして被告人に関係なき支局長の歓迎会が最末席の随行陪食者である鑑定官の被告人のみを主眼とした饗応にすりかえられているかの作意の跡が歴然と没みとれるのである、而もその間取調官は自己の責任の追及を恐れて、強制と脅迫を以つて自白をなさしめ、その頃所謂警職法のため世情騒然たる内に、この被告人乗松こそかゝる背後の政治的暗斗と取調官の責任回避のための犠牲者と言はざるを得ない、而もその間優に一ヶ月有余の長期の勾留により自白の強制、強要と相俟つて「奇妙な事件」となつたものである。

右の如く本件の自白は明かに憲法に違反するもので破毀を免れない。

第三点　原判決は判決の結果に影響を及ぼす重大な事実の誤認がある。

㈠　原判決は第一の㈢に於て個人的交際し公務を離れた私交としての個人的遊行を目して職務に関してなされた贈収賄なりと著しい事実の誤認をなしている。

この点に付原判決は右渡鹿野行きは被告人井上専一、水谷宗市が鈴北支部の支部長或は副支部長を辞任したことは明かだが、

(1)　被告人乗松は費用を負担したこともない

(2)　その費用は後日組合経費から支払われている

との理由から之を単に被告人井上、水谷の送別のためのものと見ることは出来ないと判断しているが本件渡鹿野行きは右井上、水谷等が支部役員を辞任して支部運営の重責より解放され、一度何処かへ骨休めに行こうという個人的な遊行であり、その費用も各自々弁で組合とは全然関係なきものでこの個人的遊行に日頃懇意で親愛の情を感じていた被告人乗松を誘つたものであり、その間公務乃至は鑑定等の職務関係は全然存じない。

原判決はこの費用の分担について後日組合より支出せられたことを唯一の拠り所としているが、この点は既に従来より主張していた如く、当初個人的に支出したのであるが、その後組合の役員会に於て他の役員より偶発的に組合にて負担する議が出て、組合の経費より支払はれたもので、このことはその後に於ける事情の偶然的変更であり、この為に当初に遡つて組合の費用にて遊行したことゝはならぬ。

かくては役人との私交上の交際、付合は全然不可能になるという不可解なことになる、明かな事実の誤認であり、罪とならざるに拘らず有罪とせられた点に於て重大な誤認である。

㈡　尚第一の㈢の職務権限の認定に付重大なる事実の誤認がある。

弁護人が控訴審に於て主張したのは、技術課長と鑑定員とは全然別個の観念で、技術課長とは津支局に於ける分掌規程に基く行政的の事務分配の観念で、津支局長に於て専決するのであり、鑑定員なる観念は葉たばこの等級鑑定の一定の技術者の内より一定年限の習練を経た経験者の中より名古屋地方局長が之を専売公社の法規に従ひ任命し、然る后或年度の収納期に、或る具体的収納所に於ける収納に当り、鑑定すべきことを収納開始前約一週間位の時期に、津支局長より具体的に任命されるものであることを主張したのである、控訴審の各証人の証言は正にこのことを明かに証言している。

原判決は右に付「……支局の技術課長の地位に在る者は、右の鑑定資格を有し、各収納期に際し、当該収納区域の鑑定事務を担当する鑑定人に任命さるべき職務と権限を有する……」と判定しているが事実は明かに前記の如くで誤りである。

鑑定に従事することは鑑定員の立場より生ずるもので、技術課長は当然に之を有しない、又鑑定人に任命される職務と権限という観念は存しない、技術課長の職務権限は事務分掌に定められる所により定まり、鑑定員に任命される職務権限ではない。

この観念の混同混乱が第三の㈢の事実認定に重大な影響を及ぼしていることは津支局管内の葉たばこ収納所は三重県の四日市地方、鈴鹿地方、伊賀地方、松阪地方、伊勢地方等全県下に亘り数十ヶ所散在し、津支局の鑑定員は当時正規の有資格者二名、補助一名で、毎年名古屋地方局より数名の鑑定員の応援出張を乞ひ、その鑑定員に各収納所を割当てるもので、而もその決定は収納期たる十月以降の直前であり、当該年度の四月には何れに分担せられるや全く不明である。

(三) 原判決は鑑定に付手心を加へ得るや否やに付必ずしもその態度を明確していないが「……たとえ事実上鑑定等級に手心を加える余地が全くなかつたとしても同地方の耕作者としては、なお、収納の際の鑑定人において、事実上その鑑定に手心を加え得る余地があり、特に品質五、六級以下の下級のものについては、これを鑑定人の手心如何により一級上下して品質鑑定することも可能なことであると考へており」「……その趣旨を了知し乍らその饗をうけたときは……罪の成立を左右するものでないことは当然である」と認定しているが前にもこの点につき、ふれた如く、「事実上鑑定等級に手心を加へる余地が全くな」ければ、如何に相手方の耕作者が之を熱望し、手心を加へ得ると考へていても、それは不能なことを可能と考へ希望する単なる一方的な実現不可能な希望であり、そのために相手方たる被告人乗松の収賄の意思を自働的に発生せしめることゝはならぬ、耕作者の所為は明かに不能犯であり、この見地に立つ原判決は明かに重大な判決に影響ある事実の誤認であると考へる。

(四) 原判決は、被告人乗松は「耕作組合長が……葉たばこ収納の際に利益な取扱ひをして貰いたい趣旨で……饗応し……その趣旨を了知し乍ら……」と判断しているが、少くとも被告人乗松の心理過程は右の如き会合が

(1) 従来から行はれていた慣例であり

(2) 本件第一の(一)、(二)の会合は自己に関係なく支局長の歓迎の趣旨のものであり

(3) 右会合に支局長より随行を命ぜられたもので

(4) 他の上席の各課長も随行し被告人乗松はその末席課長として各課長と同行したものである点より考察するときは所謂の違法の認識即ち犯罪なきものと判断するのが妥当ではないかと信ずる。

原判決の痛烈なる批難も蓋し当然だと考へられるが少くとも当時かゝる環境の中にあり、明かに公社職員として不当この上もないが右事情を勘案するときは犯罪を以つて目すべきではなく、公社の服務規律違反の程度であると判断するのが妥当であると考へられ、この点に於ても原判決は事実の誤認があると信ずる。

以上

昭和三五年(あ)第一〇〇二号　被告人井上専一

贈賄

弁護人重富義男、同関根栄郷の上告趣意

一、原判決には判決に影響を及ぼすべき理由不備、理由そごの法令の違反があり之を破棄しなければ著しく正義に反するから破棄せらるべきである。

すなわち、原判決は第一審判示事実第一の㈢及び第二の㈢に関する控訴審各弁護人等の主張に対し「被告人井上専一、水谷宗市が所論の如く、当時原判示鈴北支部の支部長、あるいは副支部長を辞任したことは記録上明らかであるが――」として昭和三十二年四月六日当時被告人井上専一及び水谷宗市が津葉たばこ耕作組合鈴北支部の支部長、副支部長でなかつたことを認めながら一方において「当裁判所の認定した被告人らに対する犯罪事実及びこれに対する証拠の標目はすべて原判決に摘示するとおりである」とし第一審裁判所の認定事実をそのまゝ引用している。

而して第一審裁判所の認定事実は「――被告人井上専一は葉たばこの耕作者で津葉たばこ耕作組合鈴北支部に属し昭和三十年四月より昭和三十二年四月まで同組合鈴北支部の支部長を勤めていたものであるが――右在職中――第二、被告人井上専一は被告人乗松賢好に対し葉たばこの等級鑑定について同支部組合員のため好意ある取扱いを受けたい趣旨を以つて――㈢同組合副支部長水谷宗市と共謀のうえ昭和三十二年四月六日三重県志摩郡磯部町渡鹿野四八一番地朝潮において宿泊料含め一人当り約三千八百円の饗応をなし以つて被告人乗松の職務に関し贈賄したものである」というにあることは明らかであり、したがつて昭和三十二年四月には被告人井上及び水谷宗市が支部長或は副支部長でなかつたとする原判決の前記事実認定とは明らかに相反しているのである。したがつてこの点につき原判決はその理由において甚しいそごないし不備があるといわなければならない。

二、原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があり これを破棄しなければ著しく正義に反すると思料する。

(一) 原判決が引用する第一審判示第二の(一)及び(二)について。

原判決は結局、本件はいずれも当時津葉たばこ耕作組合鈴北支部支部長であつた被告人井上がその組合所属の耕作者のために、当時日本専売公社名古屋地方局津支局の技術課長であつた被告人乗松に対し、その葉たばこの収納の際に利益な取扱いをして貰いたいとの趣旨で饗応したものであるとして贈賄の成立を認定している。

しかしながら、本件はいずれも被告人等及びその弁護人等が第二審以来一貫して主張している如く、葉たばこの収納の際に利益な取扱いをして貰いたいとの趣旨で饗応したものではないのであつて、原判決の前記認定は事実につき重大な誤認をしているものである。すなわち、

(1) 本件は慣習に基き単なる社交上の儀礼としてなされたものである。

本件の昭和三十年十二月四日及び同十二月二十三日は鈴北支部における葉たばこの収納期であつて、いずれもその当日、当時日本専売公社津支局長であつた神崎一雄が収納の際における現場監督のため出張して来た。而してこの様に公社より支局長等の要員が出張して来た場合、その出張の労をねぎらいまた親睦の意味もかねてこの様な会食を行うことは被告人井上が同支部の支部長になる以前からずつと継続して行われて来たものであつて本件も前記神崎一雄に対する同趣旨の会食に他ならずその主賓はあくまで、右神崎であつて被告人乗松はそれに随行して来たものにすぎないのである。原判決はこの点に関し「組合が葉たばこの収納期に際し、公社職員の労を慰う意味で組合長らと公社の関係職員とが食事を共にすることは一般に行われているところであるが、その饗応の程度は組合の事務所等において一人当り二、三百円程度の昼食又は夕食を提供する程度であつたが、井上が組合長になつてからは料亭等を利用するに至つたもので、社交儀礼に過ぎないとはいえぬ」としている。なるほど証人窪田一生の証言によれば、同人の組

合長当時は組合の事務所等において一人当り二、三百円程度の昼食又は夕食を共にする程度であつたというのであるが、尚仔細に同人の証言を検討すると、同人は久間田村葉たばこ耕作組合の組合長であり、その後鈴北支部に統合が行われたもので、久間田村の組合の当時は規模も小さく同村には料亭もなく、且つ組合の状況からして前記以上の費用を捻出出来なかつたというのであり（記録八二丁裏～八四丁裏）したがつて、窪田証人の組合長当時と被告人井上の支部長当時と組合の規模も状況も異る以上、被告人井上が支部長になつてから料亭等を使用するに至つたとしても、その事自体から被告人井上に贈賄の意思と認定することは出来ない。

更にここで留意すべきは、公社とたばこ耕作者乃至は耕作組合との間の特殊関係である。即ち水谷宗市の検察官に対する供述にも明らかな如く（三六六丁）耕作者にとつては葉たばこの耕作が非常に技術的な面が多いので公社の技術指導員や課の人達の指導を受けなければ成績が上らないのであり、故に耕作区域の指定、耕作の設可、種子の決定、苗床の決定その育成、肥料から収穫、等級鑑定、収納、代金の支払に至るまでことごとく公社が関与しているのであつて、したがつてその係員担当者と耕作者間には人間関係としても自然親近感も生じ個人的交際の機会も生じてくるのがむしろ通常のことといわなければならないのである。ここにおいてこれに加えて都会と遠い地方であることも加えて公社、たばこ耕作者乃至は耕作組合の間に本件の如き社交上の儀礼ともいうべき会食の慣習が自然に行われる様になつたとしても不可思議でもなく、又耕作者側が公社側よりもてなしを受けることも再三あつたのである。（窪田証人の証言八七丁）、（因みに組合側の接待の費用は支部の予算の中に収納の際の協力費として組入れられている程である――被告人井上の供述三三二丁裏）

(2) 本件の認定事実はいずれも前述の如く葉たばこの収納の際における等級鑑定について同支部組合員のため好意ある取扱いを受けたい趣旨で饗応したというのであるが、葉たばこの収納の際における等級鑑定において鑑定人がその鑑

定に手心を加える余地がないものであり、且つ被告人井上、或は葉たばこ耕作者においてもその点充分心得ているところである故、前記の如き趣旨で饗応することは考えられないのである。すなわち、葉たばこの等級鑑定については、黒田実証人の再度にわたる詳細な証言によつても明らかなとおり、充分な訓練と経験を経た二人の鑑定人が各自独立の判断をもつて鑑定し一致するまで鑑定をくり返し且つその時間も僅少な時間であつて到底余事を考えている余地がないこと、更に鑑定の結果には法令上も又制度的にも種々の監督、監査の組織があることなどからして鑑定人が鑑定に手心を加える余地は存在しないことは明らかである。一方被告人も第一審第四回公判において「鑑定は公平に行われていると思つていましたからその結果については動かせないものと思つています」「不公平な鑑定が行われるとは考えた事はありません」（三二七丁裏）と述べている。

(3) しかるに原判決は以上の諸点につき「本件におけるが如く贈収賄事件の審判に際しては各関係者（被告人も含めて）証人等が公判廷において供述する場合饗応その他の利益の収受についてその趣旨を否認することは、むしろ一般の事例であつて、かかる場合に、これらの者が公判廷において常に真意を述べているものと即断できない。取調べが「あゝだろう、こうだろう」と追及されてなされたからとて、ただそのことだけで同人等の検察官に対する各供述が任意になされたものでない疑があるということはできず本件記録を精査しても第一審裁判所が各供述調書を措信したことが不当なものであつたとする証拠は認められない」として被告人等及び各証人等の公判廷における被告人等に対する有利な証言はことごとく採用せず、第一審と同様に被告人等及び窪田一生、水谷宗市、神崎一雄等の検察官に対する供述調書のみにより事実を認定している。しかしながら、この様な原判決の態度は贈収賄事件では被告人等が事実に関し虚偽をいうものであるとの極めて単純な皮相的先入観に囚われたものといわなければならず警察、検察庁における取調べの際における取調の方法、取調べを受ける者の心情等について、全く洞察するところがない。特に勾留

されている被疑者の心情においておやである。被告人井上は検事の取調の際の状況につき「一応検事さんに手心を加えたり出来ないと云つたのですが、検事さんは、そんなことはないやろと云われますので、もうよう返事をしなかつたのです。それで検事さんの云われるまゝになつていつた様な訳です」と述べ（三三〇丁裏三三一丁）又神崎一雄は「敬意を表されたのだと申上げた処、支局長というものは、それ程偉い者ではなかろう二、三日涼しい処（拘置所のこと）へ行つて頭を冷やしてこいと云われ一向に私のいう本当のことを取上げて呉れなかつたのであります」と述べ更に当時同人は連日取調べを受けて役所に出勤できず俸給も支給せねばならず、こうではないか、あゝではないかといわれて結局検事調書記載の如き供述をしたことを累々述べている（五四五丁～　）等の諸点のみよりからしても、或は勾留され或は連日取調べを受けていた、同人等が受けていた心理的圧迫が如何なるものであつたか、そして、これを利用しての検事からの誘導或は理屈ぜめの取調の状況が容易にうかがわれるのであつて、かゝる状況により作成せられた検事調書のみに容易に証拠価値を求め、公判廷で反対尋問にも充分さらされた証人の証言、被告人の供述を一方的に排斥した原判決は、自由心証主義の範囲を逸脱した違法があるというべく、しかる故に前記の如く事実を誤認するに至つたものである。

(二) 原判決の引用する第一審判示第二の(三)について。

本件について昭和三十二年四月当時、被告人井上専一、水谷宗市が鈴北支部の支部長あるいは副支部長を辞任したことを原判決が認めたことは前記一、に述べたとおりであるが、原判決は右事実を認めながらも「結局被告人乗松が費用を負担し、これを支出したこともなく、又その費用は後日鈴北支部の経費中から支払われているところであつて、これを単なる被告人井上、水谷らの送別のためのものと見ることはできないのみならず、原判決（第一審判決）引用の各証拠によれば、右判示第一の(三)、第二の(三)の饗応も又原判決に認定するとおりの趣旨のものであつたことを認定するに難

くない」としているが、第一審判決は被告人井上及び水谷が当時鈴北支部の支部長或は副支部長に在職中であつたとの事実認定を一つの重要な前提として第一の㈢、第二の㈢の事実も結局贈収賄であると認定したものにほかならず、したがつて前記の如くその重要な前提に関して被告人井上、水谷が支部長、副支部長に既に在職して居なかつたことが明らかになつた場合においては既に組合の要職を離れた被告人等が尚贈賄の意思があつたか否かについて別個の検討が当然なされなければならない。

すなわち、本件をみるに被告人井上及び水谷宗市が支部長、副支部長の職を退いて、今迄一緒に仕事をして来た気の合つた者三、四人で何処かへ遊びに行くということで、被告人井上及び水谷の他窪田一生理事、山本勇会計係のメンバーで行くこと、更に経費は個人負担ということが最初の方針であつたことが認められるのであり、被告人乗松がこれに参加したのは、同人が津へ来てからまだ一度も伊勢神宮を参拝したことがなかつたということと、被告人井上が乗松と個人的にも親しくしていたからに他ならないのである。

更に本件の四月頃は未だ葉たばこの収納期でもなく、またその等級鑑定の鑑定員も未定であり、仮りに被告人乗松が技術課長の職にあり収納期には鑑定員に任命される地位にあり、且つその可能性も大きかつたとしても、収納期及び等級鑑定は毎年十二月なのであつて、その八ヶ月も前にその等級鑑定の際のために贈賄するという様なことが社会一般通念として考えられるであろうか。したがつて本件は被告人が主張する如くあくまで被告人井上等の組合とも関係のない個人的私的交際の旅行にすぎないものであつたといわなければならない。

以上の諸点を考察する時、以上の諸事実につき贈賄の意思を認定した原判決は、重大な事実誤認をおかしているもので破棄を免れないと思料する次第である。

以　上

昭和二九年(あ)第二八六一号

判　決

本籍並びに住居　大津市上百石町四六番地

きゆう営業

大　野　喜　一　郎

明治二八年七月三一日生

右の者に対するあん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法違反被告事件につき、昭和二八年九月八日大津簡易裁判所が言渡した有罪の判決に対し被告人から大阪高等裁判所に適法な控訴の申立があつたところ、同裁判所において刑訴規則二四七条、二四八条に従い、これを当裁判所に移送したので、当裁判所は同二四九条に則り次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

被告人の上告趣意について。

あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法七条は、あん摩、はり、きゆう等の業務又は施術所に関し、いかなる方法によるを問わず、同条一項各号に列挙する事項以外の事項について広告することを禁止し、同項により広告することができる事項についても、施術者の技能、施術方法又は経歴に関する事項にわたつてはならないものとしている。そして本件につき原審の適法に認定した事実は、被告人はきゆう業を営む者であるところその業に関しきゆうの適応症であるとした神経

痛、リョウマチ、血の道、胃腸病等の病名を記載したビラ約七〇三〇枚を判示各所に配布したというのであつて、その記載内容が前記列挙事項に当らないことは明らかであるから、右にいわゆる適応症の記載が被告人の技能を広告したものと認められるかどうか、またきゆうが実際に右病気に効果があるかどうかに拘らず、被告人の右所為は、同条に違反するものといわなければならない。

論旨は、本件広告はきゆうの適応症を一般に知らしめようとしたものに過ぎないのであつて、何ら公共の福祉に反するところはないから、同条がこのような広告までも禁止する趣旨であるとすれば、同条は憲法一一条ないし一三条、一九条、二一条に違反し無効であると主張する。しかし本法があん摩、はり、きゆう等の業務又は施術所に関し前記のような制限を設け、いわゆる適応症の広告をも許さないゆえんのものは、もしこれを無制限に許容するときは、患者を吸引しようとするためややもすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞があり、その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来することをおそれたためであつて、このような弊害を未然に防止するため一定事項以外の広告を禁止することは、国民の保健衛生上の見地から、公共の福祉を維持するためやむをえない措置として是認されなければならない。されば同条は憲法二一条に違反せず、同条違反の論旨は理由がない。

なお右のような広告の制限をしても、これがため思想及び良心の自由を害するものではないし、また右広告の制限が公共の福祉のために設けられたものであることは前示説明のとおりであるから、右規定は憲法一一条ないし一三条及び一九条にも違反せず、この点に関する論旨も理由がない。

よつて刑訴四一四条、三九六条、一八一条に従い主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官垂水克己、同河村大助の補足意見、裁判官斎藤悠輔、同藤田八郎、同河村又介、同奥野健一の少数意見があるほか裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官垂水克己の補足意見は次のとおりである。

心（意思）の表現が必ずしもすべて憲法二一条にいう「表現」には当らない。財産上の契約をすること、その契約の誘引としての広告をすることの如きはそれである。アメリカでは憲法上思想表現の自由、精神的活動の自由と解しこれを強く保障するが、経済的活動の自由はこの保障の外にあるものとされ、これと同じには考えられていないようである。

本法に定めるきゆう師等の業務は一般に有償で行われるのでその限りにおいてその業務のためにする広告は一の経済的活動であり、財産獲得の手段であるから、きゆう局的には憲法上財産権の制限に関連する強い法律的制限を受けることを免れない性質のものである。この業務（医師、殊に弁護士の業務も）は往々継続的無料奉仕として行われることも考えられる。しかし、それにしても専門的知識経験あることが保障されていない無資格者がこれを業として行うことは多数人の身体に手を下しその生命、健康に直接影響を与える仕事であるだけに（弁護士は人の権利、自由、人権に関する大切な仕事をする）公共の福祉のため危険であり、その業務に関する広告によつて依頼者を惹きつけるのでなく「桃李もの言わねども下おのづから蹊をなす」ように、無言の実力によつて公正な自由競争をするようにするために、法律で、これらの業務を行う者に対しその業務上の広告の内容、方法を適正に制限することは、経済的活動の自由、少くとも職業の自由の制限としてかなり大幅に憲法上許されるところであり、本法七条にいう広告の制限もかような制限に当るのである。そのいずれの項目も憲法二一条の「表現の自由」の制限に当るとは考えられない。

とはいえ、本法七条広告の制限は余りにも苛酷ではなかろうか、一般のきゆう師等の適応症を広告すること位は差支ないではないか、外科医に行かず近所の柔道整復師で間に合うことならば整復師に頼みたいと思う人には整復師の扱う適応症が広告されていた方がよいのではないか、といつたような疑問は起こる。また、本法七条が適応症の広告を禁止した法意は、きゆう師等が（善意でも）適応症の範囲を無暗に拡大して広告し、広告多ければ患者多く集まるという、不公正な方法で同業

者または医師と競争し、また、重態の患者に厳密な医学的診断も経ないで無効もしくは危険な治療方法を施すようなことを防止し、医師による早期診断早期治療を促進しようとするにあるようにも思える。とすれば憲法三一条に違反する背理な刑罰法規ともいえないのではないか。

とに角、本法七条広告の禁止は憲法二一条に違反しない。むしろ同条の問題ではない。だから、この禁止条項が適当か否かは国会の権限に属する立法政策の問題であろう。

裁判官河村大助の補足意見は次のとおりである。

原判決の確定した事実関係の要旨は、被告人はきゆう業を営むものであるところ、きゆうの適応症であるとした神経痛、リョウマチ、血の道、胃腸病等の病名を記載したビラ約七〇三〇枚を配付し以て法定の事項以外の事項について広告したというのである。

そこで右認定の証拠となつた押収の広告ビラ（特に証二、五号）を見るに㈠大津百石町の大野灸と題し、施術所の名称、施術時間等あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法（以下単に法と略称する）第七条一項において許された広告事項の記載が存するの外㈡きゆうの適応症として数多くの疾病が記載され更にその説明が附記されている。例えば「灸の効くわけ」として、「○熱いシゲキは神経に強い反応を起し、体の内臓や神経作用が、興奮する○血のめぐりが良くなり、血中のバイ菌や病の毒を消すメンエキが増へる○それ故体が軽く、気持が良くなりよく寝られる、腹がへる等は灸をした人の知る所である◎（注射や服薬で効かぬ人は灸をすると良い）」「人体に灸ツボ六百以上あり、病によつてツボが皆違ふ故ツボに、すえなければ効果はない」等の説明が附記されている。しかして右のようにきゆう業者の広告に適応症としての病名やその効能の説明が㈠の許された広告事項に併記された場合には、その広告は法第七条二項の「施術者の技能」に関する事項にわたり広告したものということができる。蓋しきゆうは何人が施術するも同様の効果を挙げ得るものではなく、それぞれの疾病

に適合したツボにすえることによつて効果があるものであるから、施術者又は施術所ときゆうの適応症を広告することは、その施術者の技能を広告することになるものと解し得るからである。されば本件広告は法第七条二項に違反するものというべく、この点の原判示はやや簡略に過ぎる嫌いはあるが、要するに本件ビラの内容には適応症及びその説明の記載があつて施術者の技能に関する事項にわたる広告をした事実を認定した趣旨と解し得られるから、同法七条違反に問擬した原判決は結局相当である。

広告の自由が憲法二一条の表現の自由に含まれるものとすれば、昭和二六年法律第一一六号による改正に当り法第七条一項において一定事項以外の広告を原則的に禁止するような立法形式をとつたことについては論議の余地があろう。しかし、同条二項は旧法第七条の規定の趣旨をそのまま踏襲したものであつて、即ち施術者の技能、施術方法又は経歴に関する事項は、患者吸引の目的でなす、きゆう業広告の眼目であることに着眼し、これを禁止したものと見られるから、第一項の立法形式の当否にかかわりなく、独立した禁止規定として、その存在価値を有するものである。そこで本件被告人の所為が既述の如く右第二項の施術者の技能に関する広告に該当するものである以上本件においては、右第二項の禁止規定が表現の自由の合理的制限に当るかどうかを判断すれば足りるものと考えられる。ところで右第二項の立法趣旨は、技能、施術方法又は経歴に関する広告が患者を吸引するために、ややもすれば誇大虚偽に流れやすく、そのために一般大衆を惑わさせる弊害を生ずる虞れがあるから、これを禁止することにしたものと解せられる。されば右第二項の禁止規定は広告の自由に対し公共の福祉のためにする必要止むを得ない合理的制限ということができるから、憲法二一条に違反するものではない。その他右規定が憲法一一条ないし一三条、一九条に違反するとの論旨も理由がない。

裁判官斎藤悠輔の少数意見は、次のとおりである。

わたくしは、あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法七条の立法趣旨は、多数説と同じく、「もし広告を無制限に

許容するときは、患者を吸引しようとするためややもすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞があり、その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来することをおそれたためである」と解する。従つて、広告が同条違反であるとするには、ただ形式的に同条一項各号に列挙する事項以外の事項について広告したというだけでは足りず、さらに、現実に前記のごとき結果を招来する虞のある程度の虚偽、誇大であることを要するものといわなければならない。すなわち薬事法三四条とほぼ同趣旨に解するのである。

しかるに、原判決の確定したところによれば、本件広告は、きゆうの適応症であるとした神経痛、リョウマチ、血の道、胃腸病等の病名を記載したというだけであつて、虚偽、誇大であることは何等認定されていないのである。そして、きゆうがかかる疾病に適応する効能を有することは顕著な事実である。従つて、本件は、罪とならないものと思う。

多数説は、形式主義に失し、自ら掲げた立法趣旨に反し、いわば、風未だ楼に満たないのに山雨すでに来れりとなすの類であつて、当裁判所大法廷が、さきに、「あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法一二条、一四条が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するのは、人の健康に害を及ぼす虞のある業務所為に限局する趣旨と解しなければならない」旨判示した判例（昭和二九年(あ)二九九〇号同三五年一月二七日大法廷判決判例集一四巻一号三三頁以下）の趣旨にも違反するものといわなければならない。もし、前記七条一項各号に列挙する事項以外の事項を広告したものは、その内容の如何を問わず、すべて処罰する趣旨であると解するならば、奥野裁判官らの説くがごとく、同規定は憲法二一条に反し無効であるというべきである。因に、前記七条と同形式の医療法六九条、七〇条の規定は、漢方医たる標示を禁止するもののごとくであるが（大塚敬節著東洋医学とともに一一六頁以下参照）、もし然りとすれば、かかる規定もまた憲法二一条違反と解すべきである。

裁判官藤田八郎の少数意見は次のとおりである。

「あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法」七条は、あん摩業、はり業、きゆう業若しくは柔道整復業又はこれらの施術所に関しては、何人も、いかなる方法によるを問わず、左に掲げる事項以外の事項について、広告をしてはならない。

一　施術者である旨並びに施術者の氏名及び住所
二　第一条に規定する業務の種類
三　施術所の名称、電話番号及び所在の場所を表示する事項
四　施術日又は施術時間
五　その他厚生大臣が指定する事項

前項第一号乃至第三号に掲げる事項について広告をする場合にも、その内容は、施術者の技能、施術方法又は経歴に関する事項にわたつてはならない。

と規定している。

同条が、広告の内容が施術者の技能、施術方法又は経歴に関する事項にわたることを禁止していることは、合理的な理由なしとしないであろう。しかし、単なるきゆうの一般的な適応症の広告のごときは、それが虚偽誇大にわたらないかぎり、これを禁止すべき合理的な理由のないことは奥野裁判官の少数意見の説くとおりである。されば同法同条も、施術者の技能、施術方法又は経歴に関する事項にわたらないかぎり、単なる一般的な適応症の広告はこれを禁じていないものと解すべきである。若し、多数意見のごとく同条は同条所定以外一切の事項の広告を禁ずるものと解するならば、同条は憲法の保障する表現の自由をおかすものとならざるを得ないことまた奥野裁判官の説くとおりである。

しかるに、本件の起訴にかかる事実、また本件第一審判決の認定する事実は「きゆうの適応症であるとした神経痛、リョ

ウマチ、血の道、胃腸病等の病名を記載したビラ」「を配布し」たというのであつて、かかるきゆうの一般的な適応症の記載のごときは本法七条の禁止するところでないと解すべく、従つて本件公訴事実は同条違反の犯罪事実を構成しないものであつて、本件に関するかぎり、同法七条の合憲なりや違憲なりやを論ずるの要はないものというべきである。本件の処理としては、第一審判決を破棄して無罪の言渡をすべきであると思う。

裁判官奥野健一の少数意見は次のとおりである。

広告が憲法二一条の表現の自由の保障の範囲に属するか否かは多少の議論の存するところであるが、同条は思想、良心の表現の外事実の報道その他一切の表現の自由を保障しているのであつて、広告の如きもこれに包含されるものと解するを相当とする。広告が商業活動の性格を有するからといつて同条の表現の自由の保障の外にあるものということができない。しかし、表現の自由といえども絶対無制限のものではなく、その濫用は許されず、また公共の福祉のため制限を受けることは他の憲法の保障する基本的人権と変らない。従つて、広告がその内容において虚偽、誇大にわたる場合又は形式、方法において公共の福祉に反する場合は禁止、制限を受けることは当然のことである。

あん摩師、はり師、きゆう師及び柔道整復師法七条は、きゆう業を営む者はその業に関しきゆう等の適応症について一切広告することを禁止している。すなわち、虚偽、誇大にわたる広告のみならず適応症に関する真実、正当な広告までも一切禁止しているのであつて、これに反する者を刑罰に処することにしているのである。（明文上同条が正当な適応症の広告は禁止していないと解することは到底できない。）そもそも、本法はきゆう等の施術を医業類似の行為として一定の資格を有する者に対し免許によりこれを業とすることを許しているのであるが、すなわち、きゆう等の施術が何らかの病気の治療に効果のあることを認めて、その業務につき免許制を採用しているのである。従つて、その施術が如何なる病気に効能があるか、真実、正当に世間一般に告知することは当然のことであつて、かかる真実、正当な広告まで全面的に禁止しなければな

らない保健、衛生上その他一般公共の福祉の観点からもその理由を発見することができない。これは正に不当に表現の自由を制限しているものという外はない。

多数意見は、「もしこれ（広告）を無制限に許容するときは、患者を吸引しようとするためややもすれば虚偽誇大に流れ、一般大衆を惑わす虞がある」というのであるが、単に広告が虚偽誇大に流れる虞があるからといつて、真実、正当な広告までも一切禁止することは行き過ぎである。成程、取締当局としては予め一切の広告を禁止しておけば、虚偽、誇大にわたる広告も自然防止することができるであろうが、かくては正当な広告の自由を奪うものであつて、取締当局の安易な措置によつて、正当な表現の自由を不当に制限するものである。これは恰も集団示威行進が時として公安を害する危険性を包蔵するからといつて、公安を害する直接、明白な危険もないのに、予め一切の集団行進を禁止するのと同様であつて、到底是認することができない。このことは人命、身体にきゆう等より重大な影響を持つ医薬品についてさえ薬事法三四条が虚偽又は誇大な広告のみを禁止しているのと対比して考えても、きゆう等について特に医薬品と区別して正当な広告までも一切禁止しなければならない合理的根拠を発見することができない。また、多数意見は「その結果適時適切な医療を受ける機会を失わせるような結果を招来する」というのであるが、若し然りとすれば、むしろ当初からきゆう等の施術の業務を禁止すべきであつて、既に医業類似行為として病気治療上効果のあることを認めて、その業務を免許しておきながら、その施術を受ける適時適切な医療を受ける機会を失わせるとの理由で、正当な広告までも禁止することは、それ自体矛盾であるという外はない。

なお、一切の適応症の広告が禁止されている法制を前提として、これを甘受して自ら進んで免許を受けた者であるから、今更適応症の広告禁止の違憲を主張することは許されないのではないかという疑問もあるが、かかる憲法の保障する表現の自由の制限を免許の条件とするが如きことは許されざるところであるから、かかる議論も成り立たない。

昭和三六年二月一五日判決　昭和二九年(あ)第二八六一号

これを要するに、本法七条が真実、正当な適応症の広告までも一切禁止したことは不当に表現の自由を制限した違憲な条章であつて無効であると断ずるの外なく、同条に則り被告人を処罰せんとする第一審判決は違憲であるから破棄を免れない。

裁判官河村又介は、裁判官奥野健一の右少数意見に同調する。

検察官清原邦一、同村上朝一公判出席

昭和三六年二月一五日

最高裁判所大法廷

裁判官	島	保
裁判官	斎藤	悠輔
裁判官	藤田	八郎
裁判官	河村	又介
裁判官	池田	克
裁判官	河村	大助
裁判官	下飯坂	潤夫
裁判官	奥野	健一
裁判官	高木	常七
裁判官	高橋	潔
裁判官	石坂	修一

裁判長裁判官田中耕太郎、裁判官小谷勝重は退官、裁判官垂水克己は病気につき署名押印することができない。

裁判官　島　保

被告人　大野喜一郎

に公共の福祉のために、これを利用する責任を負ふ。」と規定があり、当然なる人権にして侵す事の出来ないものとして憲法の保障されるものであり、猶国民の義務として利用する責任を要求されて居るものである。

然て憲法第九十八条に、法律命令と雖も、憲法条規に反するものは、国務に関するものと共に、一部又は全部は其効力を有しないと規定されてある。

又第九十九条に、天皇、摂政、及国務大臣、国会議員、裁判官、その他の公務員は、この憲法を尊重し、擁護する義務を負ふ。」として公共の福祉に反しない国民の思想や、其他一切の表現の自由は正当なる人権として尊重され擁護されなければならない、即ち国家公務に関与する、一般公務員は、憲法を擁護するは、義務なりと規定してある、然るに一般公務員の人々は法律規則の条規のみに汲々として根本法規なる憲法精神を忘れたるが如き事実に屢々遭遇する。

即ち憲法精神を自覚して眺めて居る時、法を生す為に憲法精神を没却して居るが如き場合がある様に見える、今般私の灸術広告が法違反なりとして告発警察より検察庁に送附されたる事件、是を検事は起訴し裁判所より金二千円也の罰金を判決された、これを静に考へる時、斯の如きものを起訴し罰金を課するは果して至当なりや、法律の規定のみを眺めたる時は違反と考へられるであらう、然しながら法律は憲法の条規に遵守されて作成されなければならない、然るに、明かに条文を以つて、「言論出版その他、一切の表現の自由は、これを保障する。」と云ふ、現在の憲法は実とに宏大なる表現の自由を認めて居る、これは第十三条の幸福追求の自由として、公共の福祉に反しない限りと云ふ事と、第十九条の思想及良心の自由の元に於て行はれなければならないと考へる、斯の如き一切の表現の自由を保障あると云ふ、憲法が、侵す事の出来ない人権として、明文で厳然と規定して居るのに、一方法律で極めて狭い範囲を限定し、何人も何たる方法を以つてすると問はず、其法定の範囲を越へる広告してはならない、として完全に憲法保障の人権を奪ひ其表現の自由を禁縛してしまつて居る、まことに、不思議な現象である、少し常識のある人なら、此法律が、違憲である事は直に認識されるであらう、此法律は、「あ

んま師、はり師、きゆう師、柔道整復師等法、第七条に、広告制限、条項を設け、業務の種別、姓名、住所、電話番号、治療の期日、時間及厚生大臣の指定する事項等で、此場合でも、業者は施術方法、経歴、及技能に、わたつてはならないとして極端なる制限条規を以つて、有効適切なるいかなる表現広告も一切禁断してしまつて居る。

言論出版その他、一切の表現の自由はこれを保障する。と云ふ、憲法明文があるのに、何と云ふ、不可解な事であらうか、私は灸術の免許を得て二十年以来研究に、治療に、関して相当なる治験と自信を持つて居る、医学進歩の現代と雖も、猶、医術に依つて治らない、と云う患者が、世の中に随分とあるのであり、此様な人に常に接するのである、それが、自分の灸術治療に依つて治ると云ふ例証が、毎日の如くいつもある、今日、医師に依る医療が万能でない限り、病気の治療は決して医師の専断のものではないのである。

私は永年の体験を活して医師に依る医療で治らない又灸治療を求める人に、自分の此希望や、自分の存在を知らしめ以つて病苦を救ふ事は自分の尊き職務であり又、人道に添ふものであると考ふるものである、今般告発の資料となつた、自分の広告も、毎年農繁期前に農家の人が、繁忙期に備える為に、病気の治療や健康の為に灸をする習慣があり、其人々の為に前記の目的を以つて広告したのである、自分は、此広告宣伝が、営業上必要ありと考へ又、此治療が、永い歴史と習慣、猶、無数の優れたる治験を有して居ても、医学の進歩、良薬の出現に依つて其応用範囲は次第に縮少されて来て居る、又一方社会保障制度の一部として健康保険の普及是等に依つて営業々績が、次第に圧迫されつゝあるは否めない事実である、此儘に居ると灸術と営業者は、次第に生活上不利益を来して来る、優れたる独特の効顕を以つて居ても、一般の人はそれを知らない、そして又医術に依つて治らない病で、然も灸術の適応症で、灸をすれば速に効果を期待すべき病気や、患者が、随分に在るものである、其人達に、穏健なる表現方法を以つて其適応症を知らしめたのである、是は正当なる人権の行使であり生活権の擁護であり、幸福追求の願である、是が、決して、公共の福祉に反する

とは考へられない。又此広告は、法の解釈に依つて違反を構成するものではないとの自分の考の元に於て行動したものである。

自分が、広告した、其表現文章は、一般に従来から認められて居た、灸の適応症を表示したゞけである、此広告表示は、昭和二十二年迄の過去の法律と内務省の見解に於て、明治四十四年鍼灸術取締規則、制定以来、鍼灸の適応症病名列記は差支なしとして長い間、許されて居たものであり業者は、種々なる表現方式を以つて広告して居たものである。

昔より灸術の施術目的は、病気の治療と健康の増進に在つた、然て、其効果は現代の科学に検討して見ても、優れたる、独特の医学的の理由と根拠をもつて居る事は、数数の学者に依り発表証明されて居る、然しながら灸の効果も元より何病にも無制限に応用出来るものではなく、適応性なれば、相当顕著なる効果あるも、応用の出来ない所謂禁忌症なるものあり、灸をしても、効果のないもの又害の発生する恐れあるものもある。

然し、適応症例えば、神経痛、リョマチ、心臓病、カッケ、高血圧症、其他一般、神経障害、血行循環障害等のものは強烈なる温熱刺戟に依る神経反応又血液循環の盛行等に依り新陳代謝免疫増進等に依つて、薬物以上顕著なる効果を然も短期の間に奏せしもの枚挙に暇なき程である。

これある故に、千数百年来現代に至る迄其需用が、絶えないのである、今後と雖も、医術が万能に達せない限り決して灸術は医療より没するものではないと信ずるものである。

自分の此広告を一般の人が見て此広告表現文章が、公共の福祉に反したり、人や社会に害毒を与へるものと誰が思ふであらう、応用する場合、適応の病と、不適応の病とあり、是は専門のものにして知悉するものであるが、一般の人は是を知らないのである、斯の如く応用に限界があり故に灸治療を希望する人にそれを知らしめる事は、是非必要な事である、灸は熱いものである、故に効果のない病にすえては、無駄であり灸のあとが、皮膚に残る、灸が何に効き、何病に適応なるかを知

る人は稀である、病気の場合医師を訪れるは普通の常識である、其治療の科目専門も今は一般の常識で、説明や指示する必要はない、内科の病の人は内科医を、外科耳鼻、咽喉科、産婦人科等、患者は自己の病を考慮して其適応科目の医師に行く事は誰も誤りない筈である、然るに灸術に関する限りそれだけの常識は一般的には、ない、今日医術万能でない限り、医術にも限度があり薬物にも効果の有限がある、病院や専門医に罹つても治らない、と云ふ患者は、相当にあり、誰も悉く医薬に依つて治るとは思つて居ないし、それが現状である、今医薬がないからと云つて治らない患者は、病の治療を諦めるか、此の様な場合、患者の悩は実とに、深刻である、病に苦しむ、事は人生の悲劇である、医薬で、治らぬ時、他の何等かの治療を切望し探し求めんとする、是は病に罹つた時、誰もが、経験する心理である、此様な患者に我々が一番よく接する、医師に依る治療が、科学的検査や、数回の施療を要する病が、簡単に然も、一、二回の灸療で、見ごと治つたと云ふ例証は毎日の如くある、世間の人は是れを知らない、知らないのは知らしめないからである、永い間此様な患者を扱ひ多数の治験を以つて居る我等の側から現代医術を眺めた時、あまりにも国家も大衆も医師偏重医薬万能に考へ頼り過ぎて居る観がある。

我々医業で効を見ない、患者を簡単速に治癒せしむる方法があるのに、国家も大衆も認識不足である、医薬で効を見ない時、他に治るべき療法があるならば、それを患者に教へる事は、公共の福祉に添ふものであり、共同生活の親心である。憲法に明記せる如く国民は健康で、文化的な生活をする権利がある。

国民が病に罹り、又不健康な場合、健康への幸福を追求せんとする時、国に於ては其願を叶へる何等かの便を与へる必要があると考へる、然るに過去の政府に於て認めて居た穏当なる適応症の表示さへも一切禁止するとは何たる事であらうか、治病や、健康を希望する、大衆の要望を遮断するが如き法律の条項や、是を知らしめんとする業者の宣伝表現を認めないとするなれば、是れ明に憲法第二十一条及其他の基本的人権の不当侵害である、我々は政府に於て、灸術検定試験の時、灸の適応症を課題され、それに合格して来た、其資格者が過去に認められて居た其適応症を表現広告するのに何故に禁止しなけ

ればならないのか、

吾等の希望するのは穏当なる適応範囲内の広告である、此広告が禁止されるとしたら、灸を希望し然も何に効き何病に良いのか、知らない又、知りたき場合これを知らす事が出来ないとしたら、患者も業者も灸をもつと利用する事が出来ず、患者にも業者の生活にも不幸と云はなければならない。

明治以来今禁止しなければ、ならない様な弊害があるとしたら、過去の政府と雖も決して認める筈がない。

差支なしと認めたから禁止する事をしなかつたのである、然るに、自由と人権を与へる今の国体と憲法があるのに、永い間認められて来たと同じものを何故に禁止するか、是は憲法違反ばかりか、民主政治の逆行である、今仮りに一部に害があるとしても、有効有益なる要素を含で居るものを知らしめず、害の方面のみを見て禁止すると云ふなれば、是は人権と公共の福祉を抹殺したる暴政である、今は宣伝の世の中である、我々が自己の営業を社会に知らしめ、患者を吸集せんとする生活上の要求病者に、自己の技術を知らしめ利用せんとする幸福追求の自由の権利、是を適切に広告せんとする、思想及良心の自由と表現の自由、此憲法か何条かの明文を以つて保障する基本的人権、是は侵す事の出来ない、永久の権利として我々に与へられ信託されたものである、広告を制限するにしても、公共の福祉に反しないとか、自己の技能、資格を、逸脱したるとかの条件を附して禁止するならば、とも角、只無条件に極めて僅かの範囲以上は、一切思想表現を禁止するとあるならば、斯の如き憲法精神を無視した法律が、存在するのは不思議な事である。

害があるとの理由に依るならば、何事も悪用すれば、害は発生する、害ある故に禁ずるなれば、良き部面が多分に在り、其良き部面を発輝適切に行はるるならば、社会の福祉に貢献するものあるに関らず、害のみを視、害の発生を怖れて全面的に禁止すると云ふ精神なりとせば明に憲法の恩典を無視し人権を不当に圧迫蹂躙するものと思はざるを得ない、然らば、法定の範囲内の表現広告したとて、それは、カンバン程度のもので、広告として何等魅力なく我々が、社会に知らしたく、又広

告とその利益価値は全然ない。

今は何業者も宣伝広告に必死となつて居る、何等かの方法を以つてしても、自己の存在と其技術を知らしめなければ、其存在と利用価値が減少して行くは、営業の常である、営業の存在を大きくし、収益を揚げ又社会にも、利益を及して行くには出来るだけ効果ある宣伝をする事である、我等も国家より免許を受け営業して居るものである宣伝の方法が公共の福祉に反せず、何等社会に害を及さないならば、憲法の恩典は充分に保障さるべきである。

我々は狭い国土に生存して行かねばならぬ、新聞にラジオに街頭に、何業者も皆思ふ通り自由自在に宣伝広告して居る、我等も同じ、営業者である、然るに法律で、宣伝表現を極端に制限されて居る、公共の福祉に反しても、又添ふべきものであつても、法定の範囲を越えた時は、法違反なりとして、罪に問はれる、不公平も甚だしく、我等は不満ならざるを得ない、今迄我々の広告が、それ程害があつた事は私は知らない、其例も業界に発表されたものもない、只誇大の広告とか、患者を惑すとか位しか考へられない、害があると云ふなら、病院や医師の誤謬、間違つた、治療に依つて生命を失い、或は病を悪化せしめた例はいくらでもあり此様な患者に我等は常に接する、灸や鍼其他医業類似行為が必要でなくなる時代は医術や薬物が、万能的に効く様になる時代である、然しそれは、理想で、猶遠い前途である、灸の如き薬物の効なき病に卓効を奏し患者を速に病苦から救た例は世間どこにでも在る、これは皆患者から患者へ指示、教に依るものである、斯の如き医学万能でない限り、他の療法も有害ならざる様、社会に指示道標は許すべきである、政府や一般の人が、灸術を重要視しないのは、決して其科学的、臨床的に、低級的なものでなく発輝研究すれば、今日と雖も医術の一科をなすべき筈なるに、其技が低かつたが為に世人の信用も認識も少なく業者の素質も向上出来なかつたに過ぎぬのである、知らざるものには、宣伝は必要である、有益なるものも、知らざれば、利用する事も、せられる事も次第になくなるのは当然である、今や灸や鍼の技術が宣伝広告する事も出来ず、社会から次第に忘れられつゝある有様である、此傾向の中に業者は次第に生活不安を感じつ

ゝある、医者の普及良薬と健康保険の利用等然しながらまだ〳〵医術万能でない限り灸術をする人や必要あるべきを、法の為に、不当、圧迫、拘束される事は、遺憾千万な事である。

製薬会社が、新薬を発売する時、胃腸薬何々、心臓病の薬等、薬の名称のみを広告した時、誰も其薬を買ふだろうか、是れでは何の魅力も、反響も微々たるものに違ひない、或程度、薬の応用効果を広告しなければ、商社の利益になる程収益はないであらう。

今は民主政治であり憲法を以つて宏大なる自由と人権を附与して居る、之は公共の福祉に反しない限りと云う事になつて居る、灸師が永い間認められて居た、適応病名を広告したからとて、どこに公共の福祉に反し、社会に害を与へるものがあらうか、注射や服薬しても、効のない患者に対して免許あるものが其の術の適応症の広告する事は公共の福祉に添ふ事があつても、害があるとは常識では考えられない、法を以つて斯の如きものを禁ずるなれば、憲法保障の人権は一体どうなるのか、太陽の温き光が雲に蔽へぎられた如く我々は暗黒なる不自由なる世界に居住しなければならない事になる、今や侵す事の出来ない人権が、法の違憲の為に侵されて居る。

健康と生活の安定を求めんとする幸福追求の自由を遮断され、過去には政府で認められて居た事項を、一般に知らしめんとする、良心と思想の自由、是れを表現せんとする自由、之等が無条件に禁止されて憲法精神はどこで生きるのか日本の憲法は未梢の法律の為に、其恩典が、遮断され得べきものであらうか、我等は与へられたる人権を不断の努力を以つて獲得保持しなければならない。

若し此法律が、立法の時、他の団体（医師会等）の為に考慮されたるものある時は、正しく国民平等一切無差別の条項に該当するものと考えられる。

問題は、私の行為が、公共の福祉に反するものか、否やに依て判断されるものである、医師にかゝつても病が治らぬ時、

灸施療を希望するは、患者の自由である、不案内なれば、それに対して適当なる道標するは、妥当な事で、是れを禁ずる、それ自体公共の福祉に反する。

法第七条の精神は業者が、誇大な広告し患者をして迷ひ惑はしめ治療の適切を誤らしめるを考慮したものと考えられる、我々は此様な事なき様反省しなければ、ならない、然しながら穏当なる適応病名を表示する事は、灸の智識の不案内なる大衆に、暗夜の灯、盲人の杖の如く、道に迷へる者に道標を示す如く公共と病者に寄与するものである、斯の如きものを一切禁止するなれば、非民主的の甚だしきものであり、それに違反したものは、此法の為に、処罰されるとしたならば、違憲法律の為に人権が、抹殺されてしまふ事になる、私は憲法附与の人権を堅持し今回の不当なる、大津簡易裁判所の判決に服する事は出来ない、然て斯の如き、悪法に断乎闘つて、人権及我々営業者の生活権擁護の為めに控訴を至すものであります。

是は自分の一人の為ならず、全国業者の利益と公共の福祉の為に、責任を感ずるものである。

あんま師、はり師、きゆう師、柔道整復師等法、第七条は、憲法第十章、第九十七条乃至八条、九条に牴触するものと考へる又同法の解釈に依つて違反を構成しない、関る法律を作成する時に当り日本に宏大なる、自由と数々の人権を与へ是を保障せる憲法が厳存するを知らないかと疑ふものであります。

違反法律条項に対する解釈

今般自分の広告違反事件に関して告発当事者たる、草津保健所及警察署、検察庁の見解は当該広告は、

あんま師、はり師、きゆう師、柔道整復師等法、第七条の法定の事項以外の事項に、わたつて広告したるが故に、違反なりとの見解を以つて告発し、起訴し、かつ罰金刑を言渡された自分は此事件は、違反とはならず、犯罪を構成するものではないとの考をもつものであります。

同法第七条、後項目の内に、「前項第一乃至三号に掲げる事項について広告する場合にも、其内容は施術者の技能、施術

方法又は経歴に関する事項に、わたつてはならない。と規定してある、自分の広告の問題になるのは、技能である、起訴状に「灸の適応症であるとした、神経痛、リヨマチ、血の道、胃腸病等の病名を記載した、ビラを配布し以つて法定の事項以外の事項について広告したものである」云々違反の骨子となるものは、灸適応病名の表示である、即ち技能にわたつてはならない、とあるから問題は、技能にわたつて広告したか否かである、技能に関する事項に、わたつて居なければ犯罪要素を具備して居ない、然らば、技能とは、何を云うや、技能の見解を明かにしなければならない、然て、此技能に私の広告文章が、わたつて居るか否やを検討して見なければならない、第一に技能の定義其範囲、是の解釈を考て見なければならない。

技。とはわざと云ふ事であり、腕前、技倆等と字典にのつて居る、即ち技を更に詳しく解した時、技は特殊の智能、学問経験を云い、是の表現は言論、工芸美術、其他普通以上の何等かの形態を以つて表現されるもので、技は静的のものである、即ち技は静的無形のもので、智能の内に潜在するものである、即ち技が発動すれば、特異、特殊なる感覚表現が感受されるものである、音楽の技術をもつて居ると云ふても、それは、表現行動に発現せしめなければ、第三者に客観的に観受されない或技術を持つて居ると云ふても、一度も表現する事がなかつたら其人の技術は、精神中に、内在する無形のもの故、第三者には空無に等しきものである、音楽の技術は、其技智能を第三者に、特殊、賞観的に感受せしめるべき音波に表現しなければ、技だけでは、第三者は客観的には知り得ない書画工芸技術は、同じく物体を以つて第三者の視覚に、特殊的感動を起さしめるものでなければ、ならない、故に技のみを論ずる時、技は大脳中に偖在する無形の智能である、之を表現して始めて第三者に客観的に存在を知了せしむるものである、然しながら、技と云ふものは、誰にも簡単に行へる、かつ、第三者に客観的に、特異、特殊的なる感動を与へない、平凡なるものは技としての価値がない是を技と云ふ事は出来ぬ、余程の経験を経なければ、出来ない、普通では行へないものを、技として評価されるものであらう、尋常普通一般的のものを技術として評価されない、表現すれば、第三者に、五官的存在感

覚を生ぜしめる特異、特殊の智能を技術と云ふのである、と自分は思考する。

能。能とは、はたらき機能、作用にして活動する事を意味する、即発動作業する事であつて精神中に内在する智能が、外表面に発現する事である、精神中に、内在する技智能が形態を以つて第三者に客観的に存在表現するを覚知せしむる作動である、即ち技の表現行動である、人なれば、身体を以つて発動作用し、技其物の智識、学問、経験を外部に形態を以つて表示するを云ふのである。

画家が技術を持つて居ても、一度も其機能を発輝しなければ技だけで、能なきに等しである。

能ある鷹は爪をかくすと云ふが、死ぬ迄其爪の能を表さなかつたら、其鷹は能なきに等しである。

鷹の爪のみを見て能ありとは云えぬ、爪を表すに依つて能ある鷹と思ふ、技術あるものが、特殊なる、かく〳〵の事をすると云えば、技能を表現した事になる、自分の有する、技術を話すだけで、それを行ふと云はなかつたら技能を表した事にはならぬ、即ち作用行動を表示しないからである、能は静的のものでなく、活動的のものであり無形のものでなく、何等かの形に依つて表現を生ずるものである。

形態運営作用を発生作動しなければ技能とは云はれない。

技は、智能、無形、静的、大脳中に偖在。

能は、発動、有形、作用動的、五官に覚知す。

以上の考察に依つて技能とは技術を作動をもつて表現したものを云ふのである、必ず、技術が、表現されなければならない、技術だけを以つて技能と云えない、斯の如く技能とは、特殊なる、経験、智能、学問を外部に表現する事である、普通一般的にして大して経験を要せないものや、誰でも簡単に出来る一般的なる行動を技能と云ふのではない、特殊、特有にして第三者たる外部に対して価値あるものでなければならぬ、自転車に普通に乗る事は技能的価値はない、誰にも一寸出来

ない曲乗りしたり、普通平凡にして誰にもすぐ行はれる人々に感賞起さしめるに足らない様なものは技能ではない、又其行動源たる智能も技術でもない、即ち人間の常識行為たるに過ぎぬ。

灸師が、灸の一般的、適応症名のみを記載した広告をした場合、灸の適応症だけなら技能を広告したとは云えぬ、灸の適応症と云ふは治療、病気に限界があり科学的に見て、又永い間、灸治療家の経験に依る治療の効果ある病気の範囲である、是は過去に於ても現在に於ても、灸師が、習学する時も又資格検定試験の時にも一般的常識的に課題されかつ認められて居たものである、是を心得る事は灸師の技術であつても、病名だけを表示したものを、技能にわたつたとは決して云はれない。

其病を治すに就て其者特有の技術の機能、即ち技術の運営方法を表現したならば、技能と云ふべきも適応病名だけなら一般的のもので、作動運営を現して居らざる故に、是を以つて、技能と見る事は出来ないのである、適応病名は、灸治療家の行ふべき技術の範囲内の表示であつて業者の一般的技術である。

病名表示は何の作動も表現行動も附しては居ない是を以つて技能なりとの見解をしたならば、静的のものを活動せる如き行過ぎた見方であり誤れる観察である。

芸術家の今表現して居ない技術を指して何かを表現したかの如く見る事となる、今停車中の汽車を指して、走れる汽車とは云はない、弁論会の控室に居る弁士を指て弁舌鮮かとも、滔々たる弁論とも評する事も出来ないであらう、汽車は走る行動を起すものであり、弁士は言論を発するものであるか今停り、今言語を発して居なければ、行動の事を言ひ表す事は出来ぬ。

技術を行動に移さなければ技能を表したとも技能に渉るとも云えぬ。

灸師が一般適応病名のみを表したのは技術のみの表現で、作動を伴へる技能と云ふ事にはならないのである。

これ故灸の一般適応病名たる、神経痛、リョマチ、血の道、胃腸病等と病名のみを表示したものに技能に渉つたと、解するのは、停れる汽車を指して驀進して居ると云つたら人は笑ふであらう、絵を書いて居ない絵師を指して絵がける絵師と云ふ人があるだらうか、機能行動を起して居ない、静止の状態に在るものを活動せりと見たらそれは錯覚である、パーマーネントとカンバンを出した場合カンバンだけを見て此人は上手か下手か分るか、パーマネントなる技術経験は、此美容師の大脳中に偖在せる智能で、無形のものである、是れを表現する事が技能である、即ち技智能を発輝して行動に移して第三者の五官に覚知せしめなければ、技術の有無は分らない。

左甚五郎、狩野探幽の彫刻又は画を見て観賞するは、其の人の技術の表現物があるからである、これは術者の技能の証拠物件である、技術だけなら此術者は何百年前に世に没し去つて居る、技能は飽く迄も行動を伴へる技術の表現、現象である。

法律条項に、技能にわたつてはならない、と云ふ事は行動表示してはならないと云う事である、機能を起して居ないのに、機能を起したものとして処分されたら是は誤りの判断に依るものである、犯罪要素を具備して居ないのに、具備して居るが如き判断に依つて犯罪人とされたら由々しき人道問題にはならないか、自分の技術表示の広告を見て、法定の事項以外の事項について広告したものである。と、起訴状にある、条項の内に業者が広告せんとする場合でも、技能にわたつてはならないとある、技能にわたつたか、わたらないかは何を以つて判断されるのか、第一は技能とは何ぞやと云ふこと、技能の正しき見解をもつて考へなければならない、私の此見解は前記の通りである、前記の見解に依つて見る時、自分の広告は技能にわたつては、ならない。と云う条項に該当して居ないとの考をもつて見るものである、此広告は技を表示して居ても、表現行動たる能は表現して居ない、即ち、技能にわたつた広告したものではないと判断するものである、技能にわたつたら犯罪要素を具備するであらうが、技能にわたつて居なければ、其重要なる要素を欠いて居る、犯罪要素を欠いて居るものは

違反を構成するものではない、技能にわたつてはならない、との規定に関して技能にわたつて居なければ、違反とならない事は明瞭である。

灸術の広告を技能と見る時は、どうして治すか。とか、治るとか、何回で治るとか痛が止るとか、何病の灸とか速効ありとか、即ち技術を運用して特殊なる結果を招来すべき事を予定するを表示したものを技能と云ふのである、必ず、技術の運用発揮が伴ふものでなければ、技能とは、云はれない故に神経痛、リヨマチ、血の道等、適応病名だけならば、其運営作用を表現してない故に、是を、技能にわたつたと見るは浅識の謬見なりと考へる。

神経痛専門の灸、中風の灸、胃腸病特効の灸、リヨマチの名灸等は、技能に、わたるものであると解釈する事が出来る、神経痛、リヨマチ、胃腸病等の適応病名だけなら其表示者特有のものでなく業者なら皆知り、かつ灸の適応症として科学的に認められて居るものなのである、是れを自己に特殊的に現し其技術の発動作用を現したら、技能の広告と云ふ事が出来る、神経痛と云ふだけでは、神経痛なるものを、どうして治すか、どう扱ふか、との様な結果を来すか、何も分らない、それは技術だけの表示だからである。

神経痛専門の灸と云えば、神経痛を主要に扱ひ特殊的に治すと云ふ、機能運営がはつきり分るそれが技能である、自分の広告は、此病名だけしか、表示して居ない、自己のそれに対する機能は広告されて居ない故に違反とならないと私は信ずる。

鍼灸が検定試験をされ、明治四十四年、内務省令に依つて鍼術、灸術、取締規則と云ふものが、公布された時、其時の条規の中に、第六条、業者は、施術方法、経歴、技能に関する広告をする事を得ず。」と規定され、之を犯したものは、科料又は罰金に処すと規定されてあつた、それが、昭和二十三年、新法が公布されるまで多少改正されて居ても、同様の主旨のものが、効力をもつて居た、然て此規則に依る技能を広告する事を得ず。と云ふ、技能は今回自分の見解に依るものと同一

の様であつて、業者が、適応症名列記は差支なし、として認めて来たのである、其頃の内務省伺ひに依るも、鍼灸業者が、適応病名表示せる広告は差支なしとし違反とは認めて居なかつた、それを裏附ける文書を自分はもつて居る、昭和二十二年迄其様な法的な扱に依つて経過して来たものである、それ迄は業者は、神経痛、リヨマチ、胃腸病等病名だけを表した広告は違反に問はれなかつた、自分も昭和七年位より十七年位迄今回と同様な広告を各方面に配布したが、違反に問はれた事は一度もなかつた、然るに民主国体となつた現在「言論出版、その他一切の表現の自由はこれを保障する。」と云ふ実とに宏大な人権行使を認めて憲法、条項に保障されて居るのに、表現禁止に等しき範囲を定めそれ以上一歩も表現意志を認めないと云ふ事は人権行使を極端に圧迫禁止せる、言語道断の法律である、斯の如きは政府自ら憲法条規を無視し人権を奪ひ、違憲行為を、なして居ると思はざるを得ない。

法をもつて取締り人を罰するには、公共の福祉に反し社会、国家に損害を与へ其の行為が共存、社会に害あると認められるからで、灸師が適応症を広告したとて、そのどれに、該当するであらうか、然も法の中に技能にわたつてはならない。とある其技能にわたつて居ないのに、其解釈もなく、技能にわたつた、との見解をもつて告発、起訴、罰金判決を下されるに至つては人権は認められないかと思はれ遺憾至極悲しい事である、法第七条広告制限条項の中、第二項の第一条に、規定する業務の種類、とは、あんま、はり、きゆう、柔道整復等の業者の扱ふ術科目種類を云ふ、と思うが、此業務の種類の中に、技能にわたらぬ限り従来より認められて居た、適切なる、適応症名も包含しても差支なきものと考へる、何を扱ひ、何に効果あるかを知らしめる事は社会の人が、灸の適応症と云ふものを、大多数知らない故に、道標として含まれて居ても決して害が発生するものではないと思ふ、それ位の事を知らしめなければ、灸を求め、其適応症を知りたき人に、不安と惑ひの念を抱かしめ、利用を遮ぎり迷しめる事になるであらう、然るに、法令のみに、こだはり厳格にこれさえも認めないとするならば徹底的に、表現の自由を奪取せる見解なりと云はざるを得ない、灸師が適応症名を広告したとて、之が世に有害迷惑と

批判する人は冷静なる常識をもつ人の中には恐らくないであらう。

顧みて私は斯く人権を守る。

違憲法律と憲法効力に関する見解

今回私の違反事件となつた、あんま師、はり師、きゆう師、柔道整復師等法、第七条に対して私は同法、同条項の規定は、憲法の人権を保障せる、各条規に違反牴触して、人権を不当に圧迫、禁断せる違憲法律なりとの考をもつものでありまず。

依つて此法律の違憲性と憲法の効力に就て私の常識的、見解を申述べたいと思います、憲法は国の最高の法規であり、総ての法律命令其他一切の国務に関するものは、憲法の規定と精神に準じて定められ行はるべきは云ふ迄もない事である。

然て総ての、法令行為に関しても、憲法効力は優先すべきものなる事は、第十章に宣言されて居る。

然るに玆に、憲法明文に違反せる法律が公布された時、此法律の効力は、いかなるべきか、違憲法律が公布されても憲法第九十八条に照した時、其効力を有しない事は、明文をもつて示されて居る、私の疑義をもつものは、違憲法律が最高裁判所の判決に依つて効力を失い、それ迄は明に違憲であつても、其法律は効力を有するものであるとしたならば、違憲の裁定を得ない限り其法律は違憲の儘に、社会に効力を発生して居て、折角の憲法の恩典が雲に蔽える日光の如く国民は常に憲法の恩典を知らず、是が無期間に、不利を受けて行く事になる、又幸にして最高裁判所の判決を得たものは良いが、違憲であるが、最高裁判所の判決を経る手続する事もなく、違憲と思はれても、其儘に存在せる法律があるなら無期間に憲法を遮断してしまふ事になる違憲法律が、斯くの如く生きて居る限り憲法の恩典は国民に届かず、太陽の恵みを遮蔽が遮蔽して其恩恵を受ける事が、出来ない事になつてしまふのである。

猶斯の如き違憲法律の為めに、それを犯したからとて、処罰されるとしたら是れ程不幸な事はない。

これでは憲法の恩典は死文となつてしまふ。

明かに違憲である法律は立法の時、憲法条規を誠実に遵守する事を忘れたものとして、又憲法に違反して作成公布されたものとして、法律としての形の効力があつても、憲法条規に照鑑した時、最高法規の力に依つて其効力を失ふものである、憲法は一切のものに優先的に効力を有して居るとしたら、違憲法律は公布の姿の儘に効力を失つて居るものであると考えられる、故に憲法保障の人権は、法律をもつてしても、公共の福祉に反しない限り不当に制限し得ない筈である、憲法は国の法治の根底をなす、最高の法規であつて法律は憲法の規定条項の内に作成されなければならない、従つて其法律は、憲法条規を誠実に遵守されて居る事に於て、効力を有するものであり、若し明かに、憲法明文に違反したものが、ありとしたならば、其法律は、憲法第九十八条に牴触して効力を失つて居ると常識的に考えられる、普通に法律に反する場合は、公共の福祉にも反すると考えられるであらう、違憲の法律にして憲法精神を無視し人権をも尊重しないものが、あるとしたならば、或は、又其内容に不備欠陥があるとしたならば、此様なものは、公共の福祉に反するものであると考えられる、此様な法律が、いつ迄も、効力があるならば、憲法条規は此法律の為に常に死文となつてしまふ事になる、憲法に逆く法律は、憲法の優先効力に依つて其拘束力を失ふは当然である、憲法に反して居ても、一度公布された以上法としての効力を発揮するならば、憲法効力はこれの為に、抹殺されてしまふ事になるのではないかと思ふ。

末梢のために大本の精神が封ぜられて然も違憲として取上げない限り、いつ迄も此状態が、続いて人は常に圧迫、侵害されて居る事になる。

憲法が大切なのか、法律が大切なのか、憲法は国の大本を規定せる根本法規で是れを侵す力のものは日本には存在しない筈である、是れに違背せる法律、命令、国政等一切のものは、憲法優先効力にていつでも無効となると考える、裁判所の此審査権は、外部に向つて之を公表し、判決はこれを決定する事になるのであらう、法律は違憲性があつても、一度公布され

た以上、是れに違反したものは、当然法違反として罪に問はれるとしたら憲法の恩典はどうして受けるのか。

憲法に随順してこそ、法としての効力あれ、第九十八条の規定がある以上、憲法条規に反する、法律は効力なきが儘に存在して居ると見られる、法律のみを眺めた時、違反者は罪となるかも知れないが、最高法規の立場に立つて其条規に照した時、法律は当然効力を失ふべきである、見解に依つて差異が生ずるものなら、とも角、明に憲法条項に条文となつて居るものを法律が禁止して居るとなつたら、見解に依つて動くものではなく、違憲は明かで、法の失効は当然である。

太陽本然の姿は、光明燦然たるもので、決して光が薄くなつたりするものではなく、斯の如くなるのは、地上の雲霧等の障害である、憲法の恩典は、平等無差別に宏大なる太陽の温熱の如く自由と人権を認めて居る、国家社会に損害し、公共の福祉に反しない限り、これを制限したり、禁止したり奪取したりする事は法律命令をもつてしても、許されない事は、憲法第十章に明に宣言してある、此様な、場合に処しても、我々は憲法第十一条乃至十二、十三条及第十九条、第二十一条の憲法保障に依る基本的人権を侵す事の出来ない、永久の権利として不断の努力を以つて保持しなければならない、私は斯の如く信ずるものであります。

以上

昭和三二年(あ)第一〇三九号

決定

本籍　東京都荒川区日暮里九丁目一一〇一番地

住居　同都大田区入新井町三丁目六番地　西田豊水方

無職

竹島武

昭和四年一二月一日生

右物価統制令違反被告事件について昭和三二年三月二八日東京高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人黒沢長登の上告趣意は、事実誤認、単なる法令違反を前提とした違憲の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また同四一一条を適用すべきものとは認められない。〔価格等が物価統制令第九条ノ二にいわゆる不当に高価な額であるか否かは、取引当時若しくはその前後における同種又は類似の物資に対する法令告示等による統制価格或は公正な普通一般の取引界における市場価格等を参酌した社会経済維持の適正価格を標準として決定すべきであることは、当裁判所の判例とする所である。（昭和二五年(れ)第九七八号同年一〇月二六日第一小法廷判決、刑集四巻一〇号二一八九頁）而して多衆を相手とする劇場その他の興業場の入場券の適正価格は、入場券の正常な取引のなされるそれ等の窓口売出価格である

昭和三六年二月二一日決定　昭和三二年(あ)第一〇三九号

と解すべきである。本件についてこれを見るに、被告人がいわゆる「ダフ屋」であり、仲間と共に営利の目的で販売するため、予め原判示劇場入場券を或る数買占めたのであり、このことが自ら、その窓口における入場券の売切れを促進する結果を招き、それがため窓口において入場券を求め得ない入場希望者と被告人との間に窓口売出価格一七〇円の右入場券が二〇〇円乃至三〇〇円で売買せられることゝなつたのであつて、被告人の原判示所為は、劇場入場券の正常な取引を阻害して、多衆を相手とする劇場入場券の価格を、正常な取引における価格に比し不当に高価ならしめるものというべきである。かゝる所為を以つて、一般物価の安定に影響なく、物価統制令制定の趣旨に背かないものとはいえない。」

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

昭和三六年二月二一日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官　石　坂　修　一

裁判官　島　保

裁判官　河　村　又　介

裁判官　高　橋　潔

弁護人黒沢長登の上告趣意

東京高等裁判所は、右被告人が昭和三十年十二月二十九日東京都千代田区帝国劇場前で、一枚百七十円相当の同劇場入場券四枚を不当に高価である一枚二百円乃至三百円で売渡す目的で所持したものと認定し、右事実に対し無罪の言渡をした第一審判決を破棄し有罪の言渡をなしたのであるが、これは、後述の理由により憲法第二十二条に規定する職業選択の自由及び同法第二十九条に規定する財産権不可侵の原則に違背する判断であつて破棄を免れないものと信ずるので以下その理由を詳述する。

一、物価統制令

戦時中の物価統制は、「戦争の完遂」目を目的とし国家総動員法に基く価格統制令を中心として行われたものであるが、敗戦と共にその目的は失われ、しかも戦時中の統制に対する反感や政府の威信の失墜というようなその他の諸原因とも関連して戦後の経済秩序の混乱をもたらした。

かくて、従来の物価の統制は全く無力化し、その結果は生鮮食料品の統制廃止を契機として闇市場の出現となつたのである。

そこで、これに対する何等かの統制が期待されるに至り、これはもとより戦時中とは異つた方式による新たな統制であつたがこの点については戦後数ヶ月の間は政府はハッキリした態度をとることができないような状態にあつた。

ところが、GHQは昭和二十年九月二十二日の指令第三号で「日本政府は賃銀及び主要商品の価格につき確固なる統制を設定し維持すべき責任を負う」

ことを明らかにした。

そこで政府は、昭和二十一年二月十五日に「戦後物価対策基本要綱」を定め、同年三月三日所謂「ポツダム勅令」である物価統制令を制定公布し、価格統制令を廃止した。

かようにして制定された本令は第一条に規定するように

「終戦後の事態に対処し、物価の安定を確保し、社会経済秩序を確保し、国民生活の安定を図るを目的とす」

るものであつて経済秩序の混乱のさなかにあつて新しい見地から新しい統制に進まんとしたものであつた。

二、本令による統制の概略

本令による統制の基本方式を略述すれば次のようになる。

即ち、令第三条第一項本文の

「価格等はその統制額を超えてこれを契約し、支払、受領することを得ないと規定して統制の基本方式を定めた。

旧価格統制令は所謂「停止価格制」を持つたため、殆んどあらゆる価格の額が直接統制されることになつたが、本令では重点的に主要商品についてのみの統制に限りその余は民間の自主性を重んじ統制の円滑な運用を計らんとしたので、旧令と根本的に統制方式が異つていることがまず注意されなければならない。

本条の統制額には、令第四条の「指定統制額」令第五条の「認可統制額」令第七条の「他法令統制額」の三種があるのであつて、停止価格が廃止された関係上、その他のものゝ価格は自由価格となつたのである。

然しながら、戦後の急激に変化する経済状態に対応し、統制額の規定しある商品は勿論、自由価格品であつても、それが極めて「不当」に「高価」なる場合は第九条の二、第十三条の二によつて「不当高価取引」を禁止することになつたの

である。

三、本論の対象

本件の如き入場券の販売価格が問題となる事案においては、先ずその論議の対象となるべきものの範囲を明確にする必要があると思う。

その理由は同じく入場券の販売であつてもその種類によつて立論の根拠が異なるからである。

所謂ダフ屋と称せられる諸入場券の販売人達は多種多様であるがその取扱う入場券の種類によつてこれを二つに分類することができると思う。

即ち、その一つは国鉄その他鉄道運賃の乗車券、寝台券、特別急行券等の運賃に関するものを販売するものであり、その二は映画演劇、野球、相撲、プロレス、競輪等の興業に関する入場券の販売をなすものである。

この両者は厳密に区別さるべきであつて、本論において弁護人の論ずるところもこの後者のみに限られるのであるが、世上一般にこれを混同して論じている場合が多い。

（例えば、昭和三十一年十二月一日付朝日新聞夕刊、今日の問題欄）

この区別の理由は何れにあるかというに、抑々運賃は米価、炭価等と共に、物価形成の根幹をなすものであつて、運賃の最低は一般経済秩序に重大なる影響を及ぼすからである。

従つて運賃の決定については国鉄は勿論私鉄にあつても監督官庁の厳重なる規制がありその認可を要するのであつて、その価格の決定に際しては、大きく国家意思が介入するのである。

従つて、運賃に関する乗車券等の販売に際して価格超過販売があつた場合には、叙上の理由により、極めて僅かな価格超過であつても、経済秩序の根低を破壊する虞れがあるのであるから、「不当高価」として処罰さるべき理由がある。

これに反し、第二の分類に属する興行の入場券は、利潤追求の興行の採算によつて決定される価格であつて、観覧者側からすれば所得の余剰より支出される間接的娯楽費に過ぎないからである。

四、「不当」の文理解釈

令第九条の二及び第十三条の二に規定する「不当に高価なる額」という場合の「不当」という措辞は次に規定される「高価」という用辞にかかるものであることは明白である。

この「不当高価」とは、単に高価であるという丈では不十分であつて、これが「不当」と認められるほど著しいものでなければこれに該当しない。

これは、令第十条に規定される「暴利」という概念と対応するものであつて、この「暴利」の意が、単なる利潤を意味せず、非常に大きい利潤を意味することは争ないところであるが、これと同様に、著しく高価という量的判断の概念に外ならず、決して当該高価な額が正当な理由によるものではなく、不当なものであるという質的価値判断の概念ではない。

このことは、本令の体裁からみても、第九条の二は利潤の多寡を問わず契約面から契約額自体が「不当高価」なるものを抑制し、第十条が、契約面を度外視しその利潤面からその不当なるものを抑制せんとして規定されたことよりみても明瞭である。

質的価値判断を示す場合には、自ら、法令上の用法があるのであつて「正当の事由なく」或は「正当の事由ある場合を除く」等の立言を用うるのが通常である。

叙上の理由により、「不当高価販売」は「販売方法が不当である」というが如きを意味しないし、仮に、入場券を買占めて販売するが如き場合も、令第十四条所定の「買占禁止」の規定の適用は別として、この場合の販売価格が「不当高価」でない限り本条の適用はない。

五、現行入場券の窓口販売価格自体が「不当性」を決定する基準となり得るか。

原判決は、窓口における観覧券の売渡価格のみが通常の取引価格であり、適正価格であつて、これを超過する額はその多寡にかかわりなく不当高価であるというのであるが、この窓口売渡価格が如何なる価格であれ正当なりとなし、この価格が不当性決定の基準たり得ると簡単に論定する点には多大の疑問が存する。

抑々これら観覧券の価格は、運賃等の価格の決定と異り物価秩序、経済秩序の面から国家意思が介入し慎重に決定したものでは全然ない。

単に興行者の利潤追求から企業採算上決定された価格にすぎないのである。

試みに我々の周囲を見よ。

都内中心の大劇場では、大企業である興行者が、ロードショウと称して独占的の公開を行い、千円、八百円という入場料を定めているし、プロレス、ボクシングのリンクサイドの席が二千円、三千円というのは稀でない。

此の如く我々のさゝやかな経済からみて「不当高価」と思われる価格を決定しているかと思うと、一方、都内周辺の場末館では五十円で三本立興行というが如き価格の決定も珍らしくはない。

この前者の場合の如きは、まさに、独占的な方法により、供給数量の限定性を利用し、不特定人の窮迫に乗じて高価販売による利得を得るものでなくして何であるか。

所謂ダフ屋の場合であれば、高いダフ屋を避け、より安いダフ屋から入手する可能性もあるのであるが独占企業の場合には、かかる余地は全然なく、観覧者は、一方的に興行者の決定した価格に従うか、然らざれば観覧の意思を抛棄せざるを得ないのであつて、その窮迫は一層甚しいものがあるのである。

かかる現象は、ひとり娯楽面のみではなく、生活必需品、医薬品の面においても同様であつて、これが自由主義経済の

実相であらう。

従つて窓口売渡価格は必ず公正であるという立論は大企業等の利益追求による価格決定に対し批判的機能を抛棄したものというべきであつて、これは暴論というの外はない。

映画等のみならず、相撲の一マス一日五千円、一万円というが如き不当高価な入場価格が定められており、その不合理性が屢々識者によつて指摘されているのは周知のとおりであるが、これらは何れも、吾人の余剰所得を以て充てられるところの間接的娯楽費の部面であるから特に社会問題、法律違反の問題として取り上げられることはないのである。

以上の如く、これらの入場価格は、興行者の利益追求、企業採算の点のみより決定された価格であつて、必ずしも凡ての窓口売渡価格自体が公正なるものであると断定することはできない。

従つて、これらの窓口売渡価格自体が「不当性」を決定する基準となり得ると単純に論ずることはできないし、仮にその基準たり得たとしても「不当性」を認定するためには著しく大きな価格超過がなければならぬのである。

即ち、その「不当性」を判断するためには、相当高度の経済秩序違反、物価秩序違反が見られるものでなければならぬ。

六、「不当」の実質的解釈

扨、本令第九条の二の「不当」が文理上「高価」に冠せられたものであるとして、この「不当」という概念自体が一般的概念であるためにその内容は補促しがたい。

例えば、昭和二十三年三芳書房発行法務庁経済第一課長長戸寛美氏著「経済統制法令の解説」によれば「単に高価であるという丈ではたらず一般社会通念に照して不当と思われる程高価である云々」と説明してあり必ずしも明確でない、凡そ、法規の概念構成には少くとも（三箇の方法）があると思う。

その一は、法規の中から理解し得る客観的価値の見地

その二は、社会の一般的文化観の見地

その三は、裁判官若くは、研究者の主観的見地

である。

而して、犯罪概念構成の選択原理となるべき価値とは如何なる価値かといえば、単に抽象的な価値ではなく法規の目的である、然るに、法規の目的は「社会的価値の保護」ということであり、この法的保護が与えられることにより、「生活財」及び「文化財」が法益若しくは保護目的となる。

この保護法益が犯罪概念の選択原理である。故に、我々は、個々の犯罪構成事実の標徴をその保護法益に関係せしめて、犯罪概念の内容範囲を定めることができる。

その順序は、まず第一に如何なる法益が当該規範の刑罰的保護の対象となつているかを明らかにし、第二に、刑罰法規に対して立法者によつて与えられた機能たるこの法益保護の目的を達するには何を必要とするかを決定するのである。

これを為すためには、法規の成文をあくまで尊重し、これに拘束せられなければならないこと当然である。

それによつて適用を受ける個人の自由が保護されるからである。

個々の刑罰法規には、その第一条に当該法規の目的を明示することがある。

これ即ち、前述の法的保護を与えらるべき目的を明示したものであつて、此の如き場合個々の概念構成について当該法規の基本的目的としてこれが先ず第一の選択原理となるべきは疑を容れない故にこの見地からすれば本令により刑罰的保護を受くべき対象となる保護法益は「物価秩序、経済秩序の安定」であることは明白といえよう。

故に、本令における「不当」概念もこの保護法益に関係せしめてその内容範囲を定めるべきであるし、特に第一条に

は、「終戦後の事態に対処し」というが如き時間的制約もあるのであるからこの解釈は極めて謙抑的でなければならぬこと当然であり、これを超えた恣意的解釈は罪刑法定主義の原則に反し明文上の限界を破壊し、本令の目的に反するものといわねばならぬ。

もし不当な拡張解釈によらざれば、法益保護の目的を達し得られないということになれば、立法的手段によつて、規定の改正を行うより外にない。

叙上の理由により、弁護人主張の如く本令の保護法益を「物価秩序、経済秩序の安定」と理解すれば、第九条の二に規定する「不当」とは「現在の物価秩序、経済秩序の安定」を破ると認められる程高度の経済秩序違反の場合のみを指すものといえよう。

戦後、十年以上を閲し、経済情勢の変転はあつたが、現在においては本令による価格統制は全部廃止せられ、国民生活に必要な物資は潤沢に出廻り、物価は安定し、社会経済秩序は確立し、所謂資本主義乃至は契約自由の原則、私的自治の法則を基盤とする社会経済秩序は回復されているのである。

私有財産権の絶対は憲法によつて保障され、凡ゆる商品の取引が自由に行われ、その価格は自由に決定されているのが現状である、本件入場券の如く本来流通証券でないものであつても、需要を生ずれば転々流通するという事例は他にも存しその転売自体は決して違法でない、需要のあるところ供給を生じ、この間にあつて利益を得て生計を営むというのは自由主義経済の基本的機構から生ずる現象に過ぎない。

所謂ダフ屋と雖もこの例に洩れないのであつて、仮りに観客が百円の入場券の購入に際し、千円、二千円とダフ屋に吹掛けられゝば、買手はこの価格を「不当」と判断し更に安い売手と交渉し、二百円という申出があれば、自己の経費を計算し「不当高価」でないと判断してその対価を支払うのである。

需給のバランスがこの間を調整しているのであつて、検察当局が檀に「不当概念」を樹立する前に普通人は健全に判断しているのであつて、これが所謂社会通念であり所謂不当高価な額で入場券の販売をなしても顧客が受付けず、ダフ屋の商売は成立しないのである。

これは一面、これらの支出が余剰所得からの間接的娯楽費であつて、何にも代えて入手したいという生存の必需品ではないからである。

所謂ダフ屋の販売価格が「物価秩序、経済秩序の安定」という本令の保護法益を破る程度に高価な秩序違反でないとこるに彼等の商売の成り立つ理由があるのである。

従つて、被告人の財産権の処分は、公共の福祉に反しないものであつて、憲法に保障さるべきものであり、これに反する原審の判断は排斥さるべきである。

又、被告人の如き所謂ダフ屋なる職業も決して好ましいものではないが、一面、かゝる商取引によりその生計を営み得ているのであつて、若し然らざれば、恐喝、傷害等の犯罪の世界に転落する可能性を有する者達であつて、最低限の生活を営んでいるに過ぎぬ。

従つて、被告等がこの職業によつて、生計を営み得ていることは一面刑事政策的意味も存するのであつて、憲法によつて保障された職業選択の自由は当然被告人も享有出来るものと信ずる。

これに反する判断をなした原判決は、この点でも破棄を免れないものと信ずる。

七、他物価の形成について

我々は、生命を救うに必要な医薬品、生命の保持に必要な食糧品又は、研究に必要な書籍等に対しては、仮令その価格が、我々の所得からみて「不当」に高価であると考えても入手せざるを得ない場合が多々ある。