

Title	〔最高裁判例研究五八〕 法律判断で無罪を言い渡した第一審判決を事実の取調をすることなく破棄し控訴裁判所がみずから有罪の判決をすることと刑訴法四〇〇条但書 猥褻文書販売、同所持被告事件 (昭和四四年一〇月一五日大法廷判決)
Sub Title	
Author	筑間, 正泰(Chikuma, Masayoshi) 刑事訴訟法研究会(Keiji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.7 (1972. 7) ,p.122- 128
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720715-0122

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁判所事例研究 五八〕

昭四四一六(最高刑集二三卷一
号一三三九九頁)

法律判断で無罪を言い渡した第一審判決を事実の取調をすることなく破棄し控訴裁判所のみずから有罪の判決をすることと刑法四〇〇条但書

猥褻文書販売、同所持被告事件(昭四四・一〇・一五大法院判決)

被告人両名は共謀のうえ、被告人Sが、性交、性戯に関する露骨にして具体的、かつ、詳細な描写記述をした一四ヶ所を含む「悪徳の栄え」の邦訳原稿を作成し、被告人Iが、これを出版し、昭和三四年二月ごろから同三五年四月ごろまでの間に、約一五〇〇冊を販売するとともに、二九一冊を販売の目的で所持した、という公訴事実に対し、一審は、当裁判所において取り調べた証拠によれば、右公訴事実のうち、本件訳書が刑法一七五条にいう「猥褻ノ文書」に該当するかどうかの点を除く、その余の事実、概ねこれを認めることができるとした。しかし、猥褻文書の意義について、チャタレー事件判決において最高裁判所が支持確認した猥褻に関する従来の裁判所伝統の解釈を是認し、猥褻文書たるためには、その内容が、(一)徒らに性欲を興奮または刺激せしめ、(二)普通人の正常な性的羞恥心を害し、(三)善良な性的道義観念に反することが要求されるが、本件訳書中検察官の指摘する一四ヶ所の性的場面の描写は、(一)と(三)の各要件は充足するが、(二)の要件は充足しないものとして無

罪を言い渡した。

検察官は、一審はチャタレー事件の見解に対する見方を誤り、ひいては刑法一七五条の解釈適用を誤つたものであるとして控訴を申し立てた。それに対して、原審は、一審の「猥褻ノ文書」の解釈を肯定したうえ、本件訳書は、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するとする要件を充足するものであることは一審の通りであつて、また(一)の徒らに(過度に)性欲を興奮または刺激せしめるに足る記述描写であると認められるから、本件訳書は結局刑法一七五条にいう猥褻の文書にあたるものといわなくてはならない、として何ら事実の取調をすることなく、一審の認定事実と同一事実の認定のもとに一審判決を破棄し、有罪を言い渡した。

これに対して、被告人側は、事実の取調をすることなく、破棄自判したのは、最判昭和三年七月一八日刑集一〇卷七号一一四七頁、最判昭和三年二月二日刑集一一卷二号九三七頁、最判昭和三年四月六日刑集一一卷四号一四九一頁、最判昭和三年二月一日刑集一一卷二号一八七頁、最判昭和三年三月一八日刑集一二卷四号六〇三頁、最判昭和三年五月三日刑集一三卷五号七七三頁、最判昭和三年六月一六日刑集一三卷六号九六九頁の各判例に違反し、同時に憲法三一条、三七条に違反するとして、上告を申し立てた。

最高裁判所大法院は、上告趣意の引用する最判昭和三年二月一日刑

集二二卷二一八七頁を除く、その余の各判例の判旨は、いずれも法律判断の対象となる事実そのものの存否について争いがあり、それさえも認定されていない事案についてのものであるが、第一審判決は、公訴事実のうち本件訳書が刑法一七五條にいう猥褻の文書に該当するかどうかの点を除く、その余の事実はおおむねこれを認めることができるかと判示しており、記録を検討すると、第一審が適法に取り調べた証拠により、公訴事実は猥褻性の判断を除きすべて十分に認定することができるから、右各判例は事案を異にし本件に適切でない。

これに反し、前述昭和三十三年二月一日の第三小法廷判決は、法律判断の対象となる事実そのものの存在については争いがなく、それが認定されている事案について、第一審判決が被告人の犯罪事実の存在を確定せず無罪を言い渡した場合に、控訴裁判所がみずからならんら事実の取調をすることなく、第一審判決を破棄し、訴訟記録および第一審裁判所において取り調べた証拠のみによつて、ただちに被告事件について犯罪事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、刑法四〇〇條但書の許さないところである旨判示しているのであるから、前記原判決の判断は、右判例に相反する。しかし、法律判断の対象となる事実そのものの存在について争いがあり、それが認定されていない場合には、その事実の存否について当事者に争う機会を与え、事実の取調をして、判決をすることが直接審理主義、口頭弁論主義の原則に適合するものであることはいうまでもないが、法律判断の対象となる事実が認定されており、裁判所の法律判断だけが残されている場合には、事実について当事者に争わせ、事実の取調をする意義を認めることができないから、このような場合には、改めて事実の取調をするまでもなく、刑法四〇〇條但書によつて、控訴裁判所のみならず有罪の判決をすることができるものと解するのが相当である。そこで、同法四一〇條二項により、右判例を変更し、原判決を維持するとして、上告を棄却した。

判旨に賛成する。

本判例中猥褻文書の意義などについては、本号に刑法判例研究で取り挙げられている（八七頁以下参照）ので、本研究では一審および二審の法解釈を前提にして訴訟法の問題について検討することにする。

さて、現行刑法法における控訴審は、旧法の控訴審と異なつて、当事者の申立により又は職権によつて、一審判決に、刑法三七七條ないし三八二條及び三八三條に規定する破棄事由があるかどうかを調査する事後審であつて、右の調査をするに必要があるときは、控訴審は自ら事実の取調をすることができるのであり（三九三条一項本文）、また三九三条一項但書の場合には事実の取調が義務づけられるのである。そして、右事実の取調を含めた調査の結果、一審判決に何らかの破棄事由があるときは、原判決を破棄して（三九七條）被告事件を原裁判所に差し戻し、若しくは、管轄裁判所に移送するか、または原裁判所と同等の他の裁判所に移送して、一審裁判所をして被告事件について再審理させるのを原則とする（三九八條、三九九條、四〇〇條本文）。右調査の結果、一審判決に何らかの破棄事由があるときでも、訴訟記録並びに一審において取り調べた証拠のみにより、又はこれと前記破棄事由が存するか否かを調査するため控訴審が事実の取調をしたときは、その取り調べた証拠と相俟つて、被告事件について判決をするに熟している場合は例外として控訴審自ら被告事件について判決することができることとされている

(四〇〇条但書)。

それでは、控訴審が刑法四〇〇条但書により原判決を破棄し、被告事件について自判するにあつて、いかなる場合に事実の取調をする義務があるのかにつき判例をみてみると、加重、減輕を含めて単に量刑を是正する場合または法令の解釈適用の誤りの是正だけを行なおうとする場合は、必ずしもみずから事実の取調をする必要はないが、一審が確定していない犯罪事実を確定したり、一審が認定しなかつた事実を付加して一審認定と異なる犯罪事実を認定する場合、すなわち事実問題で一審と見解を異にし、被告人に不利益な事実を認定しようとする場合には、必ず事実の取調をしなければならぬとされている。しかし、被告人側が判例違反であると主張した最判昭和三年二月一日刑集一二卷二号一八七頁の事案⁽⁴⁾では、一審が証拠により法律判断の対象となる事実を認定し、法令解釈で罪とならないとして無罪を言い渡したのに対し、控訴審が、一審は法令の解釈適用を誤つているとしてなら事実の取調もなく破棄自判した事案について、「原審は、被告人の犯罪事実の存在を確定しないで被告人に無罪の言渡をした第一審判決を破棄し、自ら懲役三月執行猶予一年の判決を言い渡したのであるが、その審判はいわゆる書面審理に止まり事実の取調をした形跡がない。このような手続は刑訴四〇〇条但書の解釈上許されない。」と判示して、前述した分類と矛盾するものがあつたが、本件判示が判例違反の主張を容れて矛盾を解決したのは正当である。

以上の点について学説をみてみると、(一)、法令の解釈適用の誤り

を是正するために破棄自判する場合には事実の取調は要しないとする点では一致しているが、量刑に影響を及ぼすものとみとめられるときはこの限りではないとするものもある。(二)、犯罪事実について被告人の不利益に破棄自判する場合には事実の取調を要する点ではほぼ一致しているが、当事者に利益であつても事実の取調が必要であるとするものもある一方、不利益な事実誤認として破棄自判する場合について、一審が公判廷における証人、被告人の供述で主として心証を形成している事件では、その供述調書だけで破棄自判することは許されず、重要と考えられる証人、または被告人の供述を改めて自ら聴かなければならないが(例えば、単純取賄被告事件で金員授受の点につき)、一審で公判廷の供述が主たる証拠となつていない場合(伝聞証拠の同意(三三二)等)は、書面審査で異なつた心証を得ることも不当ではないとして各場合につき具体的に考察すべきとするもの、事実の取調をすらかどうかはあくまで運用上の妥当性の問題であるとするものもある。(三)、量刑の是正のために破棄自判する場合、被告人に利益・不利益を問わず事実の取調を要しないとするもの、重く変更する場合には事実の取調を要するもの⁽¹²⁾、また控訴審の不当な量刑不当の判断を防止し、被告側にも裁判の引き延ばしはとくになるという誤つた考えを泡かせないために利益・不利益を問わず厳格な証明を必要とするものもある。このように、刑訴法四〇〇条但書によつて破棄自判する場合に、事実の取調が義務つけられるか否か問題となるのは、自判が統審の構造をとり、したがつて審判の対象は原判決の当否ではなく、犯罪事実そのもので

あり、あらたに *Contra* としての事実の取調を必要とする¹⁴⁾と解されるからである。

さて、控訴審は、基本的構造としては事後審として規定されたのであるが、現実には統審化の傾向にあることは周知の通りである¹⁵⁾。ところで、覆審とは一審判決とはまったく無関係に手続も起訴状の朗読から開始され証拠調を経て形成された自らの心証の上に判決をすることであるのに対し、元来統審は現行民訴の控訴審の構造であるが、その場合、まず必要な限度で再審理を行ない、その結果得心証と一審判決を比較し、合致していれば控訴を棄却し、合致していなければ取消自判するのが建前であるが、現行刑訴は、伝聞証拠の排斥、一審を軽視せしめないこと、上告審の負担過重の軽減等から、控訴審は事後審化されることになつた。事後審であるから自ら心証を形成する必要なしに原判決の当否を判断するもので、確かに、事実誤認により破棄自判する場合には自らの心証に基づいて事実の認定をするので右の意味での統審というるが、量刑不当、法令適用の誤りにより破棄自判する場合には常に自ら事実点についての心証を形成し、それに基づいて自判しているかは疑問であること¹⁶⁾、また被告人の関心事は国家刑罰権の存否にあることを考えると、直接審理主義と口頭弁論主義の原則は、もっぱら犯罪事実、すなわち国家刑罰権の存否を基礎づける事実の認定に作用する原則と解すべきであるから、かかる原則をみたしているかどうかで事実の取調の義務があるかどうかを検討すればよいことになる。したがつて、控訴審が犯罪事実について被告人に利益に破棄自判する場合は

もちろんのこと、不利益に破棄自判する場合でも各場合について具体的に考察して、直接審理主義、口頭弁論主義の原則をみたしておれば事実の取調をする義務はないし、一審が適法に確定した事実のもとに、法令の解釈・適用の誤りだけを是正するために原判決を破棄する場合には、直接審理主義、口頭弁論主義の原則はみたされているので、控訴裁判所は、ならん事実の取調をすることなしに破棄自判しうるわけであり、また量刑についても右と同じ理由と同時に、刑の量定がその分量については行政作用的妥当性の判断を含み、その質についても経験的直感的判断が強く、その判断が裁判官に依存するという意味では一種の法令適用の問題といふべきものであるから、ならん事実の取調をすることなく、被告人に不利益に破棄自判しても違法の問題とはならず、せいぜい妥当性の問題であるといふことがいえよう。

以上の一般的考察のもとに本件を検討することにす。さて、本件のリーディングケースとしては、一審が無罪を言い渡した事案において、一審が罪となるべき事実を適法に認定しているものとしてならん事実の取調をすることなく控訴審が有罪とした有名なチャタレー事件の判例(最判昭三・三・三三刑集一・三・九九七頁)を挙げることができ、右事案では販売者が一審で有罪とされ、翻訳者が無罪とされたが、控訴審でならん事実の取調をすることなしに共同正犯として翻訳者を有罪とした事案なので、一審で罪となるべき事実が厳格な証明によつて認定されたものといふのに反し、本件事案では、翻訳者および販売者(出版者)とも一審で無罪とさ

れ、控訴審でなんら事実の取調をすることなく原審で取り調べた証拠と訴訟記録にも⁽¹⁸⁾ついて一審で認定したと思われる事実と同じ事実を認定しているのであるが、一審が「当裁判所において取り調べた証拠によれば、右公訴事実のうち、本件訳書が刑法一七五条にいう『猥褻ノ文書』に該当するかどうかの点を除く、その余の事實は、概ねこれを認めることができる」(傍点、評釈者)としているので、果して「罪となるべき事実」が適法に認定されたかどうか疑問が起るが、「概ね」という言葉は軽い意味で使用されたものといふべく、直接審理主義、口頭弁論主義の原則は充足されているものといふことができ、控訴審がなんら事実の取調をすることなく「被告人兩名が、共謀のうへ、被告人Sが、性交、性戯に関する露骨にして具体的、かつ、詳細な描写記述をした一四か所を含む本件訳書の邦訳原稿を作成し、被告人Iが、これを出版し、昭和三四年一月ごろから同三五年四月ごろまでの間に、約一五〇〇冊を販売するとともに、二九一冊を販売の目的で所持した。」という事実を認定したのは適法といふことができよう。

これに反し、もし、猥褻文書の意義について読者が猥褻行為に駆り立てられることを要件としたり、もし、相対的猥褻概念を採用し、相対的に猥褻文書であるか否かがさまつてくるような事案について考えると、単に右のような事実が確定されているだけでは十分でなく、そのほかに、たとえば、販売の相手方が特定の部類に属する人であつた⁽¹⁹⁾ということ、その文書に芸術的・思想的等の社会的価値のないこと、その文書の作成者の態度、販売、宣伝を含めた公表

の方法なども具体的に確定されなければならないことになるであろう。

次に、記述的構成要件要素の場合は、解釈内容が確定すれば、認定事実がそれにあたるかどうかについてはとくに判断を必要としないので、⁽²⁰⁾「猥褻」という構成要件要素は規範的構成要件要素であるので、たとえ解釈内容が確定し、右に述べた事実が適法に認定されてもはたして認定事実が猥褻にあたるかどうかの判断が必要となるものといわなければならない。このような点から、中山教授は、『猥褻』という規範的要素の『社会的意味』の確定がどうしても必要となるのである。しかも重要なことは、この規範的要素の存在の確定が事実的要素のそれと合体して、まさに『犯罪事実の存在の確定』として事実認定の対象とされねばならない⁽²¹⁾と主張するのであるが、社会的意味を基礎づける一般人の読後感⁽²²⁾は一種の鑑定といふべきで、文書が猥褻性をもつかどうかの判断主体は裁判官であり、裁判官がその文書自体につき社会通念にしたがつて判断することを要するが、一般人の読後感をきくことなどは、あくまでも参考としての意味をもつに過ぎないのであるから、一般人の読後感等がどのようなものであるかというようなことは、右の事実に含まれない⁽²²⁾といふことができる。

最後に、量刑の是正という点から、本件の場合、破棄自判するにあつて、事実の取調を要するとする見解があるが、直接審理主義、口頭弁論主義の原則は、前述したように、もつぱら国家刑罰権を基礎づける事実を確定するための原則と解するのでなんら事実の

取調をすることなく被告人に不利益に量刑しても違法の問題とはならず、せいぜい妥当性の問題であるということができよう。

以上の理由により判旨に賛成する。

- (1) 最判昭三〇・六・二三(刑集九・八・一一八九(無期懲役↓死刑)、最判昭三一・七・一八(刑集一〇・七・一一七三(執行猶予↓実刑)、最判昭三一・四・一七(刑集一一・四・一三八五(懲役五年↓無期懲役)、最判昭三五・三・一七(刑集一四・七・八四七頁(公民権不停止↓停止)
- (2) 最判昭三二・三・二三(刑集一一・三・九九七(チャタレイ事件一審無罪↓有罪)、最判昭三五・一・一八(刑集一四・一・一七二三(国鉄の貨車運行業務の妨害は威力業務妨害にあたらぬとして一審無罪↓二審あたるとして有罪)、本件。
- (3) 最判昭三一・七・一八(刑集一〇・七・一一四七、最判昭三一・九・二六(刑集一〇・九・一三九一、最判昭三二・二・二二(刑集一一・二・九三七、最判昭三二・四・二六(刑集一一・四・一四九一、最判昭三二・六・二二(刑集一一・六・一七二二(傷害↓強姦致傷)、最判昭三三・三・一八(刑集一二・四・六〇三、最判昭三四・五・二三(刑集一三・五・七七三、最判昭三四・六・一六(刑集一三・六・九六九、最判昭四一・二・二三(刑集二〇・一〇・一二三三(傷害致死↓殺人)、最判昭四五・二・二三(刑集二四・一・三・一八七二(傷害致死↓殺人)。
- (4) 外国人登録法違反被告事件で、不法入国したものは登録義務がないとしたものを、外国人登録法は身分関係・住居関係を明確にする趣旨の法であるから密入国者も登録義務を負うとしたもの。
- (5) 青柳・新訂刑訴法通論八七二頁。岩田・ジュリスト一一六号一〇頁、柏木・刑訴法三七七頁、高田・刑訴法(現代法律学全集)四九三頁、平野・刑訴法(全集)三二二頁など。

判例研究

- (6) 岸・刑訴法要義三五七頁、団藤・刑訴法七訂版五四三頁、中山・判タ二四二号一三頁など。
- (7) 岩田・前掲九頁、高田・前掲四九五頁、平野・刑訴法概説二一八頁。
- (8) 岸・前掲三六〇頁。
- (9) 青柳・「遅すぎる裁判とわが国の上訴制度」法律のひろば二卷一 二号三〇頁。
- (10) 柏木・前掲三七九頁。
- (11) 青柳・日本判訴法論二四八頁、岩田・前掲二頁、柏木・前掲三七九頁。
- (12) 高田・前掲四九五頁、平野・前掲概説二一八頁。
- (13) 岸・前掲三五八頁。
- (14) 青柳・「事後審の理論と実際」法曹時報二卷一 号三頁以下。
- (15) 青柳・「上訴審の構造」刑訴法講座三七二頁以下。
- (16) 岩田・前掲二頁、桜井・法学研究四二卷一〇号一二三頁。
- (17) 桜井・前掲一一三頁。
- (18) 青柳・「現行刑訴の控訴審における事実の取調」法曹時報三卷二二 号二二頁は「以上の限度においてはであるが、原判決の認定した事実点に拘束力があるということはいえるから、例えば量刑不当で原判決を破棄する場合には、原判決の適法に確定した事実には法律を適用、量刑すべきであつて、原判決を引用して更に自ら同一の事実を認定することは、違法とはいえないにしても妥当を欠く措置と思われる、としている。反対 団藤・「控訴審の構造について」裁判官特別研究叢書三四号四〇 頁。
- (19) 坂本・「本件解説」最高裁判例解説刑事編昭四四年度五二二頁以下。
- (20) 団藤・「チャタレイ裁判の批判」中央公論昭三三・八号五二二頁以

判例研究

- 下、注釈刑法(4)二九〇頁。
(21) 中山・前掲二三頁。
(22) 坂本・前掲五二三頁。
(23) 註6参照。

(筑間 正泰)