る。

裁判官真野毅、同小谷勝重、同島保、同藤田八郎、同谷村唯一郎、同入江俊郎の意見は次のとおりである。

弁護人岡崎一夫、同山内忠吉の上告趣意第一、二点について。

昭和二五年政令三二五号「占領目的阻害行為処罰令」はわが国の統治権が連合国の管理下にあつた当時は、日本国憲法にかかわりなく憲法外において法的効力を有したのであるが、平和条約発効と共に当然失効し、昭和二七年法律八一号により前記政令の効力を維持することは憲法に違反し、同年法律一三七号の規定は、事後立法であつて、違憲無効であり、また本件のごとき場合に限時法理論を用いることが憲法上許されないことは、昭和二七年(あ)第二八六八号同二八年七月二二日言渡大法廷判決記載の真野、小谷、島、藤田、谷村、入江六裁判官の意見のとおりである。それ故に、本件については犯罪後の法令により刑が廃止された場合にあたるものとして被告人に対し免訴の言渡をするのを相当とするから、論旨は結局理由があり、本件はその余の上告趣意に対する判断をまたずこの点において原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。

裁判官真野毅の補足意見は次のとおりである。

一　わたくしの意見は、前に掲げられたわたくし外五裁判官の共同意見の中に述べられているが、なおその他に七月二二日言渡された坂上仲夫政令三二五号違反事件（昭和二七年(あ)二八六八号）判決中に述べた補足意見を、全部そのまま本件においても引用する。この補足意見は、主として田中裁判官等の棄却説に対するわたくしの見解を述べたものであつたが、本件の補足意見としては、主として井上裁判官等の指令内容説に対するわたくしの見解を述べることによつて、われわれの意見に対する理解を深めたいと思うのである。

二　指令内容説においては、『政令三二五号の内容となつている指令といつても、単に連合国又は占領軍の利益のために



のみ発せられたものばかりではなく、わが国の秩序を維持し公共の福祉を増進するために発せられたものも存在する。このような内容をもつ指令は、連合国最高司令官から発せられたというだけの理由で、これを内容とする政令三二五号がわが国の有効な国法となり得ないとはいえない。従つて指令の内容においてわが国法として合憲的なるものは平和条約発効後においても、その指令のかぎりにおいてわが国は右政令第三二五号をわが国法として存続させることはその自由とするところである。そこで昭和二七年法律第八一号は、昭和二〇年勅令第五四二号に基く命令は、別に法律で廃止又は存続に関する措置がなされない場合においては、平和条約効力発生の日から一八〇日間に限り、法律としての効力を有する旨を規定したのであるから、この中に含まれる政令三二五号もその内容とする指令が合憲なるかぎり、右法律により有効なわが国法として存続することになつたのである。』と説いている。

しかし、この説明は、法律的理論構成からいえば、甚だあいまいであるが、その考え方の根本的な誤りと思われる点は、指令の内容と指令で補充される充実刑罰法規の内容とを混同し、両者を同一視している点に伏在している。

政令三二五号は、「占領目的に有害な行為」すなわち指令違反の行為を処罰する空白刑罰法規である。政令三二五号の内容は、かかる一般的・抽象的・形式的な指令違反の行為を処罰することを定めているに過ぎない。だから、個別的・具体的・実質的な各指令でもつて、その空白部分が補充されるに従つて、充実刑罰法規として実働的な作用が営まれるのである。これを方程式で示せば、次のごとくである。

1)　政令325号＝空白刑罰法規の一種

2)　政令325号＋指令A　＝充実刑罰法規A

3)　政令325号＋指令B　＝充実刑罰法規B

すなわち

昭和二八年一二月一六日判決　昭和二七年(あ)第六六九号　三

4) 政令325号の内容＋具体的指令の内容＝充実刑罰法規の内容この左右の項を適宜に置き換えてみると、

5) 政令325号の内容＝充実刑罰法規の内容－具体的指令の内容

6) 具体的指令の内容＝充実刑罰法規の内容－政令325号の内容

7) 充実刑罰法規の内容＝政令325号の内容＋具体的指令の内容

これで明らかなように、政令三二五号の内容は、指令の内容とは異り、また充実刑罰法規の内容とも異る。この三者は、それぞれ別箇の存在であり、指令の内容と充実刑罰法規の内容とは異る存在であるから、これを截然と区別しなければならないものである。なぜならば、前者は、後者から政令三二五号の内容を差引いた残りであり、後者は政令三二五号の内容に前者を加えたものだからである。

法律八一号は、いわゆるポツダム命令に対して法律としての効力を与えた。そして、政令三二五号もまた、ポツダム命令の一種であるから、法律としての効力を与えられた。ここに最も注意を要することは、法律八一号によつて直接法律としての効力を与えられるものは、政令三二五号の内容であつて、これと別箇の存在である指令の内容が、直接法律としての効力を与えられるわけではない。言いかえれば、政令三二五号の条文の一字一句の変更もないがままに、その法的効力だけが従来の政令から法律にまで格上げされると同時に、従来の憲法外の法的効力から憲法内の法律としての効力にまで強化されたのである。政令三二五号に関し法律八一号のもつ直接的な意義は、ただそれだけの至つて簡単明瞭なものであるに尽きる。

だが、その政令三二五号が空白刑罰法規であるという特異な性質から、その空白部分が、具体的な特定の指令で現実に補充されて出来上る特定の充実刑罰法規は、常に基本の空白刑罰法規の有する法的効力に追随し、これと同一の法的効力を有する結果となる。すなわち後者が政令であれば、前者も政令としての効力を有し、また後者が法律であれば、前者も法律としての効力を有するに至るが、これは空白刑罰法規の特異性から、間接的に生れて来る当然の結果であるに過ぎない。



従つて、法律八一号によつて直接に法律化されるものは、政令三二五号そのものであつて、指令の内容または充実刑罰法規が直接に法律化されるのではない。

かように、間接的に法律としての効力を有するに至る充実刑罰法規は、政令三二五号という要素と指令という要素の二要素から成り立つているから、特定の充実刑罰法規が果して合憲であるかを検討するに当つては、この二つの要素のものものが何れも合憲であることを究めなければならない。これに反し、特定の充実刑罰法規が違憲であるかを検討するに当つては、必ずしもこの二つの要素のものが、何れも違憲であることを究める必要はなく、何れか一方の要素が違憲であるとすれば、他の要素が合憲であるとを問わず、従つて二つの要素の双方が合憲である場合にのみ、当該充実刑罰法規は初めて合憲となるからである。

そこで、政令三二五号事件の処理に当つて、下級裁判所の多くの判決が、当該充実刑罰法規の違憲理由として、あるいは法律化した政令三二五号の違憲に、またあるいは当該指令内容の違憲に、それぞれ根拠を置いたことは、何れも正当な態度であつたということができる。

そして、指令内容説が、当該指令内容の違憲を根拠として、当該充実刑罰法規の違憲を認める限度においては、もとより正当である。しかし、指令内容説が、当該指令内容の合憲を根拠として、一足飛びに当該充実刑罰法規の合憲を認める論理は、あまりに飛躍している。前にも掲げたとおり、

政令325号＋具体的指令＝充実刑罰法規

であるから、指令の内容の合憲性の外に、法律化した政令三二五号の内容の合憲性を見究めなければ、充実刑罰法規の合憲性を論結することはできない筈である。

政令三二五号の内容は、指令違反の行為を処罰するという規範である。充実刑罰法規における最も大切な基本的要素は、空白刑罰法規における規範自体である。具体的な指令の内容は、ただ空白刑罰法規の空白部分を補充して、これを実働的ならしめるよすがとなる要素であるに過ぎない。指令の内容そのものは、政令でもなく、また法律でもなく、いわば無色の存在である。これが政令たる三二五号に嵌まりこめば、その充実刑罰法規が政令としての実働的な効力を発揮し、また法律化した三二五号に嵌まりこめば、その充実刑罰法規が法律としての実働的な効力を発揮するに過ぎない。だが、実働的な充実刑罰法規が成立した後においても、基本的な要素は、空白刑罰法規の内容たる規範であることを忘れてはならぬ。

もとより、独立後においては、指令から抽出した純粋な内容そのもの（それが違憲でない限り）を、処罰する法律を制定することを得るのは言うをまたない。しかし、かかる法律はどこにも制定されてはいない。法律八一号は、政令三二五号―指令違反の行為を処罰するという形式的な内容―を法律化しているだけのものであるから、指令内容説のいうように指令から抽出した純粋な内容そのものを処罰する趣旨の立法だとは、到底考えることができない。法律八一号制定の前後を通じて、政令三二五号の条文も、法律化された政令三二五号の条文も、全然同じなわけであつてその間一字一句の変動もないのであるから、指令違反ということが重要な要素として規定されていることには、占領中も独立後も区別があるべき筈はないのである。かかる指令の純粋な内容が、指令であるが故に、すなわち指令という効力をもつているが故に、空白刑罰法規の空白部分を補充する作用を営み得るのであり、これによつて成立する当該充実刑罰法規の犯罪構成要件が充足する場合に、当該指令違反の行為が指令違反として処罰されるのである。指令から抽出された純粋な内容そのものの違反行為が、処罰されるのではなく、それが指令違反の行為であるが故に処罰されることになるのである。それ故に、その純粋な内容が、何等かの事由によつて指令たる効力を失うようになれば、政令三二五号によつて処罰される事態は全然生ずる余地がなくなる。そして、これは政令三二五号の法律化の前後を通じて言い得ることである。



かような法的関係は、例えば、他人の登録商標と同一又は類似の商標を、同一又は類似の商品に使用することを処罰する場合の関係と極めてよく相類似している（商標法三四条一号）。これも一種の空白刑罰法規であるが、この場合登録商標から抽出された特定の純粋な図形文字の構成そのものを侵害することによつて処罰されるわけのものではない。その純粋な図形文字の構成が登録商標であるが故に、これを同一又は類似の商品に使用することが、処罰される法的関係にあるのである。その純粋な図形文字の構成が、期間の経過その他の理由によつて、登録商標たる効力を失つてしまえば、もはやそこにその侵害行為もなく、処罰もあり得ないということになる。

この場合には、純粋な図形文字の構成を超えて、それが登録商標であるところに重点があると同様に、本件の場合には、指令の純粋な内容そのものを超えて、それが最高司令官の指令であるところに重点があるというべきである。

指令内容説は、指令の内容という一点にのみ注視の眼を向けて、他の一つの指令違反の行為処罰という重要な点を看過し去つた欠陥があるように思われる。

三　政令三二五号は、占領目的に有害な行為すなわち指令違反の行為を処罰するものである。さきに坂上仲夫事件において述べたごとく、同政令はその本質において、最高司令官の占領目的達成のための手段たるものであつて、占領状態の継続ないし最高司令官の存続を前提とするものであるから、占領状態の終了によつて当然失効すべきものである。指令内容説は、「指令といつても、単に連合国又は占領軍の利益のためにのみ発せられたものばかりではなく、わが国の秩序を維持し、公共の福祉を増進するために発せられたものも存在する」といつている。しかし、指令の内容が、わが国の秩序を維持し、わが国の公共の福祉を増進するに役立つものは、当時の国会及び内閣によつて幾多の法令が制定されてあり、そして、政令三二五号の罰則は、「指令又はその指令を履行するために、日本国政府の発する法令に特別の定がある場合には適用しない」と明らかに規定されている（同政令二条三項）。すなわち、政令三二五号及びその前身たる昭和二一年勅令三一一号の罰

則は、指令又はその指令を履行するために日本国政府の発する法令に特別の定がない指令違反の行為について、例外なく日本の検察官をして起訴を強制せしめ（公訴は行わなければならないし、また公訴を取消すことはできない、同政令三条一項三項）、日本の裁判所をして裁判によつて処罰することを得せしめるために、反占領目的行為を対象として残る隈なく一面に罰則のジュウタンを敷き詰めることを目的としたものである。そして、特に留意を要することは、連合国軍総司令部からのかかる法令制定の要求に対し、当時政府は国内的立場から賛成困難を表明して折衝を重ねたが、最高司令官の口頭指令という鶴の一声で前記法令が制定施行されるに至つたことである。（この間の消息と経過は、裁判所時報一一三号六頁以下に載つている矢崎憲正裁判官の判決に丹念に詳しく書かれているとおりである。）

かように、政令三二五号の法条から見ても、また前記制定の経緯に徴しても、同政令の罰則は、占領目的の達成を完全ならしめるために設けられたものであつて、占領の終了によつて当然失効すべき本質を有するものである。従つてまた、平和独立後に同一内容の法律を制定しても、占領を前提とする最高司令官の権威と国民の指令に対する絶対服従義務を認めようとするものであるから、憲法に違反するものといわなければならぬ。

また指令内容説論者の中には、「政令三二五号もその内容が憲法に違反しない限り、平和条約発効後なおその効力を存続する」と説く者もあるが、（一）前記のごとく政令三二五号は本質上占領の終了によつて当然失効すべきものであつて、平和発効後はその効力を存続することを得ない性質のものである。（二）前述のごとく政令三二五号の内容は、指令違反の行為を処罰するというのであるから、常に憲法に違反しこの点から言つても平和発効後においては効力を存続することを得ない。また（三）憲法が定めるところとは異なつた機関や手続によつて制定された従来の法令は、内容が違憲でない限り、依然として効力を存続するや否やの一般論はしばらく措くも、後述のごとく英文を正文とする法規はその内容の如何を問わず憲法に違反し効力を存続することを得ないと言わねばならぬ。さらに（四）後述のごとく公示のない法規は憲法上拘束力を



有することはできない。以上いずれの点からいつても、政令三二五号の効力存続説には賛同することを得ない。

次に、他の指令内容説論者の中には、政令三二五号は法律八一号のような立法的措置がとられなかつたならば、平和条約発効によつて当然失効すべきものであつたが、法律八一号によつて指令の内容が適憲なる限り従前の違反行為を処罰することができるようになつた、と説く者がある。しかし、法律八一号の新立法によつて法律制定前の過去の指令違反行為を処罰するということになれば、新刑罰法規が従前の行為に遡及することになるので、それは明らかに事後法であり、罪刑法定主義に反し違憲であるといわなければならぬ。

法令の廃止の場合に、新立法において、従前の行為に対する罰則の適用については従前の例によるという規定を設けることはできる。この場合の立法の意義は、従来の罰則が従前の行為に対する相対的関係においては廃止されることなく、そのまま効力を存続する趣旨のものである。従つて、従前の行為の処罰のために新罰則が適用されるわけではないから、事後法の問題は生じない。だが、わたくしは、法律八一号がかような立法をしたものでないことは、先に坂上事件でいつたようにその法条に照らし明らかである。また仮に、かかる立法であると解しても、政令三二五号の規範内容は他で述べているとおり違憲なものであるから、平和発効後に効力を存続せしめることはできないわけである。

なお、法令の廃止の場合に、従来の罰則を廃止すると共に、新立法による新罰則で将来に向つて同一内容の行為を依然処罰する法令を制定することがある。この場合には従来の法令は、形式的には廃止によつてその効力を失うように見えるが、実質的には新旧二法令の内容の対比から、従前の行為に対する可罰性は失われていないのである。それ故、かかる立法によつて間接に従前の行為が処罰されることはあるが、この場合でも従前の罰則が従前の行為に対して適用されるのであつて、新罰則が従前の行為に遡及して適用されるのではない（判例集四巻一〇号一九八三頁以下卑見参照）。だが、政令三二五号の規範内容は、他で述べているとおり違憲であるから、平和発効後においてはいかなる立法をもつてしても政令三二五号によ

つて従前の行為を処罰することを得ないものと言わなければならない。

四　観点を変えて眺めると、元来政令三二五号の罰則は、指令違反を処罰するというだけで、極めて包括的・抽象的であまりに漠然としており、犯罪の実質的構成要件は広範囲に指令に委されている。占領統治の方式としてはまことに已むを得ないものであるが、憲法上は罪刑法定主義に反し、同政令が違憲であることは多言を要しないところである。それは、往昔大宝律令の時代に今日でいう空白刑罰法規に当る職制律において、詔勅違反を処罰する違勅の罪を定め、その刑を徒二年と定め、その後続々発せられる詔勅に違反する行為を犯罪として処罰したのと全く同巧異曲のやり方である。これは専制的統治者にとつては極めて便利重宝な法律的技術ではあるが、現代立憲制度の照射に当てて見れば、その正体は罪刑法定主義に反することを暴露するものと言わざるを得ない。そして、政令三二五号ないし法律化した三二五号が、罪刑法定主義に反する限り、適憲な内容の指令をもつて空白を充実してみたところで、充実刑罰法規は違憲たらざるを得ないことは、すでに詳述したところによつて容易に知られるであろう。

五　いままではただ、〝指令・指令〟と呼んで来たが、一体指令というものの実体は、そもそも何によつて表現されているかを究める必要がある。指令の実体は、連合国最高司令官またはその代理から、日本の総理大臣または日本国政府に宛てられた英文の書簡または覚書である。すなわち、現実の問題として指令は、英文で表現されたものである。英語の正文を離れて、真の指令はどこにも存在しない。そうだとすると、指令内容説は、この英文の指令が、独立後は日本の国法の内容として採り入れられたと主張することにならざるを得ない。しかし、日本の国法殊に刑罰法規は、日本国民が一般に理解することのできる日本語を用いて、制定されなければならない。これは、あまりにも当然すぎるほど当然なことである。英語を用いてもよいとすれば、フランス語を用いても、ドイツ語を用いても、ロシア語を用いてもよいわけではないか。それでは、一般国民にとつては全く理解のできない言葉で書かれた刑罰法令で、処罰される国民こそたまつたものではない。だから、



わが憲法は、他国語を用いて刑罰法令を制定することを、許容していないことは天日のごとく明らかである。

そこで、占領当初の一九四五年九月三日連合国最高司令官指令第二号を、回顧する必要がある（この指令の日本訳文は、翌年八月二三日の官報に載せられている）。その第四項においては、「連合国最高司令官の権限により発せられる一切の布告、命令及び指示の正文は、英語による。日本語の翻訳文も発せられ、何らかの差異が生ずる場合においては、英語の本文によるべきものとする。発せられた何らかの指示の意義に関し、疑義が生ずるときは、その発令官憲の解釈をもつて最終的のものとする」との旨が指示されている（これは、田中沢二政治活動事件判決中のわたくしの補足意見でもすでに述べておいた。判例集三巻七号九八九頁参照）。これをもつてしても、指令の正文が、英語であることは、占領中も独立後も変りがあるべき筈はない。元来、成文法は、その表現されている正文を離れては存在することを得ないものである。そして、かりにかかる英文指令を内容とする法律が設けられたとしても、それは当然違憲無効であることは前に述べたとおりである。

六　次には、法律の公布という面から、問題を考えてみよう。

旧憲法下において、法律の公布については、公式令においてその方法が定められていたが、新憲法下においては、公式令は廃止されたままであつて、別段これに代る公布の方法は、定められていないのが現状である。現代立憲国において、法律が国民を拘束する効力を生ずるのは、制定のときにあるのではなく、公布のとき以後にあるべきことは、一般に承認されているところである。そして、わが憲法七条は、法律を公布することを、天皇の国事行為とすることによつて、わずかに前記の趣旨の片鱗を明らかならしめている。ただ、その方法については、いまだ新立法はないがままの状態に放置されているが、実際においては公式令当時と同様に、官報をもつて公布している。

そして、本件の法律化された政令三二五号に基く充実刑罰法規が、憲法上国民に対して法律としての拘束力を生ずるがためには、まず第一に何をおいてもその指令の内容が一般に国民の前に公示・公布されることが絶対に必要であることは、専

制主義者か独裁主義者でない限り、誰にも異議のあろう筈がない天下の公論であるということができよう。

さて、しからば、独立後には全然指令の内容の公示はなされていないから、占領中この指令について、果してどのような公示がなされたかを一応眺めてみる必要があろう。指令の内容及び種類は、相当に種々雑多なものがあつた。しかしその大部分の指令につき違反罪を犯した者は、平和条約発効と同時に、昭和二七年政令一一七号大赦令によつて赦免された。だから、これらの指令については、今は問題がない。ただ、その例外として同令一条二三号但書に掲げる(イ)ないし(ト)の各指令違反の罪については赦免されていない。これだけが問題として残されているわけである。そこで、この大赦にかからない指令の各箇について見ると何等かの公示方法が講ぜられたのは、(イ)と(ヘ)の指令だけであつて、その他の(ロ)(ハ)(ニ)(ホ)(ト)の各指令については、何等の公示方法も取られていない。(イ)の指令は、本件処罰の根拠となるべきものであるが、実は昭和二〇年九月一〇日附のものであつて、政令三二五号の旧令に当る「昭和二一年勅令三一一号に関する件」として、昭和二一年八月二四日附官報の彙報の欄に(法令の欄にではなく)、日本政府で訳した日本語の訳文(前記指令二号でいう最高司令官が英語による指令と共に発した日本語の翻訳文ではない)を掲げているに過ぎない。また、(ヘ)の二つの指令は、先に言渡した政令三二五号違反坂上仲夫事件処罰の根拠となるべきものであるが、「昭和二一年勅令三一一号の施行に関する件」として、昭和二五年六月二六日及び同年七月一八日附官報の官庁事項の欄に、英文及日本語の訳文を掲げている。その他の(ロ)(ハ)(ニ)(ホ)(ト)の各指令については、占領中及び独立後を通じて全然その内容の公示がなされていない。

そこで、かように全然指令の公示がなくても、占領中は憲法外の法的効力として、指令違反の行為が処罰されたことは、已むを得ないところであつた。がしかし、独立後においては、何等公示・公布のない前記(ロ)(ハ)(ニ)(ホ)(ト)の指令の内容が、法律化された政令三二五号の充実刑罰法規の内容となつて、憲法上拘束力を有するに至るものとは到底考えることができない。



次に、前記(イ)の指令は、指令の正文たる英文ではなく、単にその日本訳文が掲げられたに過ぎないものであるから、法律内容としての指令の公示・公布があつたものとは認めることができない。

元来英文と日本訳文とでは、両国の間で意味の受取り方が、非常に異る場合が起るのは当然である。けだし、文字の意義は、普通その国民の風俗・習慣・伝統にもとずく社会通念によつて決定さるべきものだからである。だから、前記指令二号では、〝指令の正文は英語による〟〝日本語の訳文をも附けて指令を発した場合に、英文と日本文との間に差異があるときは、英語の正文による〟〝指令の意義の解釈は、発令官憲の解釈が最終的の権威を有する〟と宣明し、三段構えの態勢で指令の文字解釈の専権をしつかりと握つている。

そこで、例えば、前記指令(ハ)の一では、"I direct that your government take the necessary measures to cause publication of AKAHATA to be suspended for a period of thirty days."と指令し、また指令(ハ)の二では、"I direct that your government……maintain indefinitely the suspensions heretofore imposed upon publication of Akahata and its successors and affiliates……"と指令している。そして、この publication の意義は、編集、印刷、頒布、発売もしくは運搬し、又は頒布の目的をもつて所持する一切の行為を含むものと、発令官憲の最終的解釈において示されていた。この publication の日本訳は「発行」とされているが、日本語の発行が、前記所持を含むかどうかは甚だ疑わしい。いな、わたくしは、これを含まないと解するのが日本国民の常識であり、一般通念でもあると考える。

また、例えば、前記指令(イ)では、"Subjects which cannot be discussed include Allied troop movements which have not been officially released, false or destructive criticism of the Allied Powers, and rumors."

と指令している。そして、この discuss の意義は文書の頒布及び頒布の目的をもつて所持することを含むものと、発令官憲の最終的解釈において示されていた。この discuss の日本訳は「論議する」とされているが、日本語の論議が、前記頒布又は所持を含むかどうかはこれまた甚だ疑問である。いな、わたくしは、この場合にもむしろこれを含まないと解するのが、日本国民の常識であり、一般通念でもあると考える。

これらの具体的事例が示すように、指令が、英語の正文であるか、日本訳であるかは、国民の利害休戚に大きな関係をもつことは極めて明白である。

法律八一号によつて法律化された政令三二五号のそれと全然同じものである。しかるに、その空白を補充する作用をなす指令の正文は、占領中は英文であつたが、独立後は俄かに日本訳文に自動的に変化するという奇態な現象が、厳正な法律解釈の場で許さるべきものとは、わたくしには思われない。だから、(イ)の指令については、国法の内容としての適法な公示がないわけである。

また、前記(ハ)の指令については、英文も日本訳文も掲げられているから、法律内容としての指令の公示・公布があつたものと、仮りに認め得るものとしても、わが国法の内容が英文で書かれることは、前にも述べたとおり、わが憲法の許さないところであるから、それ自体が違憲無効である。

さて、昭和二一年八月二三日附官報は、終戦連絡中央事務局の名義で、彙報欄の官庁事項の中に、次のように掲げている。

『昭和二一年勅令第三一一号（連合国占領軍の占領目的に有害な行為に対する処罰等に関する勅令）施行につき国民の知らなければならない連合国最高司令官の発した指令に関する件

右勅令は、昭和二一年六月一二日公布され同年七月一五日より施行されたについて、右施行以前発せられた連合国最高司





令官の日本政府に対する指令のうちで、広く一般国民がその内容を知り違反せぬよう注意しなければならぬものにつき、以下その日本訳を発表する。

尚ほ、発表の準備が出来次第次に追加発表を行ふ。

又連合国最高司令官の指令を施行するために連合国占領軍の軍、軍団、又は師団の各司令官の発した命令で、その内容を国民に知つて貰わねばならぬものの中、第八軍司令官の命令は官報に、その他は各関係地域の府県令（註、原文に府県令とある）に発表がある予定である。』と掲げ、なお同日の官報に、前に触れた昭和二〇年九月三日附指令第二号の日本訳文が掲げられた。そして、これまでに至つた経緯と消息について、当時実際の局に当つた者の語るところによると、〝この勅令三一一号の制定に関連して、国内法制化されない指令で、比較的多数の国民に関係のあるものについては、せめてこれを官報に公示することにし、少しでも罪刑法定主義の原則に副おうという計らいがなされた。その方針は、三一一号制定と同時に、昭和二一年六月一八日の閣議で「昭和二〇年勅令第五四二号ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基く連合国占領軍の占領目的に有害な行為に対する処罰に関する勅令の実施に伴い連合国最高司令官の指令等を国民に周知徹底させる措置に関する件」として決定され、八月二三日附官報の彙報欄において宣明されたのであるが、これに基いて多くの指令が官報に公示されている。もつとも、この公示は単なる便宜上の措置であつて、何等法的効果を伴うものではない。また公示されるものとされないものとの区別の基準について、精密に定められたものはなかつた。」というのである（自治研究二八巻六号二四頁、佐藤達夫氏ポツダム命令についての私録参照）。

しかし、前に指摘したことでも判るように、折角右の閣議決定があつたにもかかわらず、その実際において指令が官報に公示されたのは、むしろ稀有の事例に過ぎなかつたようである。その上、(い)かかる「単なる便宜上の措置」として、官報の隅つこに掲げられた、(ろ)「何等法的効果を伴うものではない」として載せられた公示が、後日法律化した政令三二五

号に基く充実刑罰法規の空白を補充する要素としての指令の、適法な公示方法と認めるに足る意義と価値があるであろうか。しかも、(は)その公示は、法律化した政令三二五号に基く充実刑罰法規を補充する指令として公示されたのでもなく、また政令三二五号に基く充実刑罰法規を補充する指令として公示されたのでもない。ただわずかに、政令三二五号の旧令にあたる昭和二一年勅令三一一号に基く充実刑罰法規を補充する指令として公示されているに過ぎない。しかも、(に)それは、官報の法令欄に公示されたのではなく、官報の彙報欄又は官庁事項欄に載せられたというに過ぎない。しかもな お、(ほ)法律八一号が施行されたのは平和条約発行の日であるのに、前記指令が官報に掲げられたのは、昭和二一年八月二四日、同二五年六月二六日、同年七月一八日のことであって、約六年ないし二年も前の掲載である。かような掲載があつただけでは、法律八一号で法律化した政令三二五号の空白部分を補充する指令の公示として適法であると認めるわけにはいかないのである。かような公示方法の安易な流用は国民を処罰する刑罰法規の新立法の方法としては許されないものと言わなければならぬ。

裁判官井上登、同河村又介、同小林俊三の意見は次のとおりである。

昭和二五年政令三二五号の内容を充足する指令であり且つ本件に適用ある昭和二〇年九月一〇日附連合国最高司令官の「言論及ビ新聞ノ自由」と題する覚書第三項のうち「公式ニ発表セラレザル連合国軍隊ノ動静」を「論議スルコト」を禁止し処罰する部分は、憲法二一条に違反するから右指令を適用する限りにおいては、右政令は昭和二七年法律八一号及び同年法律一三七号にかかわらず、平和条約発効と同時に国法たる効力を失う。従つて本件は原判決後に刑の廃止があつた場合にあたるから、原判決を破棄しなければ著しく正義に反する。よつて上告趣意に対する判断をする迄もなく原判決及び第一審判決を破棄し被告人を免訴すべきものである。

裁判官井上登の補足意見は次のとおりである。



私は政令三二五号がその廃止前の事件につき独立後なお適用され得べきや否やはその白地部分を充足する各指令の内容が合憲なりや否やによつて定まるものとする者であり、その理由は昭和二七年(あ)第二八六八号同二八年七月二二日言渡大法廷判決において河村、栗山、小林三裁判官と連名で書いた意見及私が単独で書いた意見のとおりであるが、左に少しく附言したい。

政令三二五号によつて適用される指令は既に発せられて居り、そして独立後は指令が発せられるということはないから、その内容は今日においては確定し動かないものとなつて居る。換言すれば三二五号の白地部分は既に充足され、同令の内容は確定不動のものとなつて居るのであつて不確定漠然たるものではない。この既に内容の定まれる三二五号に対して法律八一号は法律たる効力を与え、また法律第一三七号は三二五号を廃止すると同時にその廃止前の行為についてなお可罰性を認めて居るのである。私達は右の既に内容確定し、且純然たる国内法である法律八一号によつて法律化された三二五号及法律一三七号について判断して居るのであり、内容漠然たる儘の三二五号、単なる司令官の指令に基いて発せられた政令に過ぎない三二五号について判断して居るのではないのである。三二五号の内容が既に確定して居り、そして完全に自由な立場に立つて国会が右二法律を制定公布して居る以上、裁判所は「三二五号の様な内容漠然たる政令は許されない」とか「日本は独立したのだから進駐軍の指令に反する行為を罰するなんてことは考えられない」とかいう様な単純な理論乃至民族的感情だけで簡単にかたずけることは出来ないのである。内容が漠然として居るから無効だということは制定当時においていうなら格別、一旦効力が認められた(憲法外のものとして効力を有したことは当裁判所大法廷の確定した処である)以上、内容が充足せられ確定した今日においていうのは当らない。(なお此点については河村裁判官の説明を引用したい)又当初は司令官の意思に基いて制定されたものであつても国会が自由な立場において制定した八一号によつて法律としての効力が与えられた以上、裁判所はこれを無視することは出来ないのであつて、一々各指令によつて充足された三二五号について審

査し、その充足された内容が違憲である場合に限り憲法九八条に従つて、その効力を否定し得るだけである。仮令成立の過程において初めは司令官の意思に基いたものであつても亦本来の性質が占領の便宜の為めのものであつたとしても、苟くもその内容が違憲でない限り裁判所は国会の制定した法律によつて法律と同じ効力を与えられた法規を無効とすることは許されないのである。（此点についても河村裁判官の政令二〇一号に関する当裁判所の判例を引いての説明を引用したい）各指令を離れて三二五号だけを論ずることの無意味であることは前記判決の井上の意見に書いたとおりである。

そこで本件指令の内容が違憲なりや否やを考えて見るに、「表現の自由」は憲法二一条の保障する処であり、公共の福祉の為め必要の場合以外これを制限することは許されないのである。しかるに本件指令は連合国軍の行動（特に公表されたものの外―以下同じ）を少しでも論議することを禁ずるものであつて、これは全く司令官が連合国軍の便宜、安全の為めに発したものと見るの外なく、日本を占領する外国の軍隊の行動を論議することを本指令の如く無制限に禁ずるというが如きことは、特別の事情なき限り（かかる事情ありや否やは各場合につき一々検討して見なければならない）独立後の日本において公共の福祉の為め必要なものとは到底考えられない。そして本件指令の場合これを合憲ならしむべき何等特別の事情も認められないから、該指令は憲法二一条に反する違憲のものというの外なく、独立後においては三二五号によつて右指令を適用して被告人を罰することは許されなくなつたものといわなければならない。それ故本件は刑の廃止の場合に準じて免訴の言渡をすべきであり、此の点において真野裁判官外五名の裁判官の意見と一致し、裁判所の多数意見となるものである。

（前記大法廷判決記載私の意見参照）

裁判官河村又介の補足意見は次のとおりである。

本件政令三二五号に関する私の意見は、略ぼ当裁判所の昭和二七年(あ)二八六八号同二八年七月二二日大法廷判決において井上、栗山、小林の三裁判官と私との共同意見並に私の補足意見として示したとおりであるが、なお理解されていない節があるようであるから、ここにまとめて述べておきたい。

旧憲法下において制定された法令については、それが一旦国法として有効に成立したものである以上、新憲法に定めるところとは異なつた機関や手続によつて制定されたものであつても、その法令の定めている内容が新憲法の条規に違反するようなものでない限り、当然無効とはならない。憲法九八条一項はこのように解すべきである。（昭和二五年(れ)第七二三号同二七年一二月二四日大法廷判決における入江裁判官及び私の補足意見、集六巻一一号一三五五頁以下、参照）。このように解せられるのはこの場合だけではない。革命によつて国家の根本組織が変革せられたときでも、革命後の憲法が定めるところとは異なつた機関や手続によつて制定せられた従来の法令は、その内容が新憲法と矛盾しない限り当然無効となるのではなく、新憲法がその廃止を明言するか又は廃止せられたと認むべき特別の理由がある場合の外、依然として存続するものと認められる例である。またある領土が割譲せられたときには新に割譲を受けた国家は、特に廃止を明示したものの外なお従来の法令がこの地に行われる旨を宣言するであろうけれども、このような宣言がなくとも原則として従来の法令が行われるものと解すべきである。そうでなくて、ある法令の内容が新体制下において存続させて差支えないものであるにかかわらず、これを制定した機関や手続が新しい規定と異なるというだけの理由で当然無効となるというのでは、徒らに無用の混乱を生ずるのみで、秩序の維持は甚だしく困難となるであろう。明治憲法と新憲法との関係についてみれば、両者同じく「法律」という言葉を用いてはいるけれども、これを制定する機関も手続（参議院と貴族院とは別箇のものであり、衆議院の組織も異なり、且つ天皇の裁可という制度は全然なくなつた）も異なるのであるから、明治憲法下の法律は新憲法下では悉く無効となるということになろう。このような無用の混乱を避けるためには、憲法の変革があつても、従来の法令はその内容が新憲法に違反しない限り存続するものと解しなければならない。これは憲法変更の場合一般に通ずる原則であること上に挙げた例に照らしてみて明らかであろう。

昭和二八年一二月一六日判決　昭和二七年(あ)第六六九号　一九

さて占領中連合国の権力によつて制限を受けていた日本国憲法が講和条約の発効によつて全面的にその効力を回復したことは、広義において憲法変革の一つの場合である。それ故に上述の通則に従うならば、本件政令三二五号もその内容が憲法に違反しない限り平和条約発効後なおその効力を存続するものと解しなければならないことになるのであるが、この場合にはこの通則の行われることを妨げる特別の理由があるであろうか？

政令三二五号が最初に施行された時から占領終結に至る迄の間のある時点に立つてこれを観ると、この政令は二種類の法規範を含んでいる。第一にそれはその時までに連合国司令官が発した指令の趣旨に服従することを命ずる法規範である。この場合にはそれは既存の指令と合体して既に内容の確定した法規範となつているという点において他のいわゆるポツダム命令とその性質を同じくする。第二にはそれは将来発せられるであろうところの指令の趣旨に服従することを命ずる法規範である。この政令が白地刑法たる性質を有つものとされるのは、この第二の法規範を含んでいるためである。さてこの時点が移動して占領終結に近ずくに従つて、第一種の法規範の分量は漸次増大し、第二種のものは漸次減少し、終に占領終結の瞬間に至れば第二のものは零となり、第一のもののみが残存する。それ故に平和条約発効後政令三二五号の効力が存続するか否かという問題は、事実上は右の第一種の法規範が存続するか否かという問題に外ならない。

(一)　平和条約発効後は連合国最高司令官の指令なるものは存在しないのであるから政令三二五号は無意義又は不能に帰したものであるとの説がある。しかしそれは上述第二種の法規範についてのみ言えることであつて、第一種の法規範は無意義にもならなければ不能にもならない。ある法令の一部分が不能になつたからとて、その法令の全部が無効となるものではないから少くとも第一種の法規範の存続を妨げる理由とはならない。

(二)　政令三二五号は空白刑法たる性質を有するから罪刑法定主義に反するものとして無効であるという説がある。私はある法令の内容が違憲でない限りこれを制定した機関や手続が違憲であつてもその法令は無効とはならないことをくりかえし



述べた。このことはしばしば内容の違憲と形式の違憲という言葉を以て説明される。要するに後者はある法令を制定する迄の手続の問題であり、前者は成立した法令の規定の内容の問題である。そこでこの問題を政令三二五号について観ると、この政令は、憲法の定めているところとは違つた方法によつて制定されたものであるのみならず、この法令の定めているところは一見したところ白地刑法的性質を有している。この点においてはこの政令は内容も違憲であり、従つて平和条約発効と共に失効したものと解すべきもののように見える。

しかしつぶさに観察すれば、このことは前にも述べたとおり右の第二種の法規範についてのみ言えることであつて第一種の法規範についてはあてはまらない。

尤も一部の論者のように政令三二五号は占領終了と共に一応消滅すべきだが、昭和二七年法律八一号によつてあらためて存続させられたものであると解するならば、切替えられたものが、政令三二五号それ自体のみであるか、又は指令によつて充足されたものとしてであるかについて疑義を生ずる余地もあろうが、占領中に成立した法規範はその内容が違憲でない限りすべてそのまま存続するという通則に従うならば、このような疑義を生ずる余地もなく、政令三二五号と各箇の指令とが合体して存続すると解するに何等の妨げもないであろう。この見解の下においては、右の法律八一号の意義は、この政令の存続を念のため確認したこと及び一八〇日後に失効することを規定したことに存する。

(三)　平和条約発効後もなお政令三二五号の存続を認めることは、連合国最高司令官の権威を認めることとなるから、主権を回復した独立国として容認できないという説がある。しかし形式的に観れば政令三二五号も日本の国法として制定されたものである。その実質について観れば、その他のいわゆるポツダム命令も連合国最高司令官の要求又は指令に応ずるために制定されたものである。それ故に少くとも上述第一種の法規範に関する限り政令三二五号とその他のポツダム命令とを区別する理由はない。しかるに他のポツダム命令について当裁判所が、これを当然無効に帰したものとする立場をとつていないこ

とは、昭和二三年政令二〇一号違反事件の判決（昭和二四年(れ)第六八五号同二八年四月八日大法廷判決、集七巻四号七七五頁）において、平和条約発効後に有罪の言渡しをしたことによつてみても明らかである。この政令二〇一号は明らかに連合国最高司令官の要求に応ずるために制定されたものである。これを有効としながら、独り政令三二五号（就中その第一種の法規範）についてのみは、これを有効としては独立国としての主権が害されるというのは一貫した態度とは言えないであろう。右の判決における立場を変更しない限り、政令三二五号についても平和条約発効後もなおその効力を存続するものと解しなければならない。

上述したところによつて政令三二五号が平和条約発効と共に当然全面的に失効するという説には従うことができない。唯々憲法が全面的にその効力を発揮するようになつてからは、憲法の条規に牴触する内容を有つ法令はその存続を許されないから、政令三二五号の内容をなす指令の趣旨が憲法に違反するか否かを個々に具体的に検討しなければならない。このように検討した結果、本件に適用されている指令第三項中「公式ニ発表セラレサル連合国軍隊ノ動静」を「論議スルコト」を禁止し処罰する部分が憲法の保障する言論の自由を侵害するものであるから無効であるという点においては、私は井上裁判官の意見と同じである。

裁判官小林俊三の補足意見は次のとおりである。

原判決の維持する第一審判決が、判示認定の事実によつて被告人を政令第三二五号違反に問うところの指令は、昭和二〇年（一九四五年）九月一〇日連合国軍最高司令官から日本帝国政府に発せられた訳名「言論及ビ新聞ノ自由」と題する覚書（以下本件覚書又は単に覚書という）であつて、特にその第三項の「公式ニ発表セラレザル連合国軍隊ノ動静、連合国ニ対スル虚偽又ハ破壊的批評及ビ風説ハ之ヲ論議スルコトヲ得ズ」の趣旨に違反したとするのであり、事実としては「公式ニ発表セラレザル連合国軍隊ノ動静」を「論議」（以下単に摘示部分という）したと認定したのであることは、判示によつて明らかである。ところで平和条約発効に伴う昭和二七年法律第八一号及び同年法律第一三七号と政令第三二五号との関係については、昭和二七年(あ)第二八六八号同二八年七月二二日言渡大法廷判決における井上、栗山、河村の三裁判官と私の共同意見及び私の補足意見のとおりであるから、ここにその説明を引用するとともに、その結論に示したように、違反指令の内容が現に合憲であると認められなければ、その指令に関するかぎり政令第三二五号は法律第八一号によつても国法として効力を存続するに由なく、本件被告人に対し刑の廃止があつた場合に当ると解するのほかないのであるから、前記覚書第三項摘示部分が現在わが憲法に適合する法規と認められるか否かを検討してみなければならない。

(一)　言論の自由はいうまでもなくわが憲法二一条に定める一切の表現の自由に属する基本的人権の一つであつて、人身の自由と相並び民主国家を形成するためのもつとも基本的な部分であり、これが近代民主国家の憲法に確立するに至つたのは、多くの先進の人々の多年にわたる犠牲と努力の成果であると共に、国民はこれを将来永久にわたつて保持する責任を負うことは、歴史に現われた事跡やその他の文献を挙げるまでもなく、このことはわが憲法の前文の外いくつかの条規（一一条一二条一三条九七条等）を通じてうかがえるところである。そしてわが憲法は言論の自由の基本的な考え方として、それは人間が人間として本来具えている本質的な自由であり、また民主的政治組織が自動するための不可欠な機能的要素であるという見地に立つていると解すべきである。従つてこの意味において言論の自由はわが民主主義的国家構造の基本の一部を形成するものであり、その本質において、かの専制国家より立憲国家に移る過程において現われた拘束されたものより解放される意味の自由でなく、いいかえればすでに存在する自由ではないと考えなければならない（旧憲法二九条参照）。この点は言論の自由の解釈にあたり常に留意すべき重要な事項であると考える。それゆえ言論の自由のこの性質から、憲法二一条にいう保障とは、成文憲法以前の本来の自由を憲法によつて特に確認する趣旨と共に、これに対するあらゆる制限又は妨害を止めることを憲法が自ら誓言する趣旨をもつているのである。従つて後に述べるように、言論

の自由にある制限が認められる場合があるのは、自由そのものの存立に危険を及ぼすためにその限度において可能なのであつて、結局その制限は自由そのものの存立のための自律作用に過ぎないともいえるのである。従つてまた言論の自由をある方向において制限する立法が成立した場合でも、制限する根底に次に述べる本質と限界があることが確認されないかぎり、その制限従つてその法律は違憲であり結局その効力を否定される運命をもつているのである。

(三)　言論の自由はこのような性質をもつているけれども、人間が社会的生物であるという運命的本質を脱することができない以上、人間が全く孤独の生活を送ることは不可能であり、また全く孤独の個人にとつては言論の自由もなんの意義も生じない。すなわち人間個人は社会と必然的な相互依存の関係に立つのであるから、言論の自由といえども社会の安全が保持されることによつて自由そのものの存立が確保されるのであり、またその自由の展開する場としての社会が健全に存立してゆくのである。従つて言論の自由は、社会の安全を脅かさないぎりぎりの線を限界としそこに均衡を保つて存立することができると解すべきであつて、個人の自由の比重が不当に増加するときは、社会の安全はそれに対応して影響を受けることを免れず、両者の均衡はここに崩れ、遂には逆転して自由そのものの存立に危害を及ぼすこととなるであろう。ここに至れば自由はもはや限界を越えたのであつて、社会はその自律作用により求心的に自由を制限する現象をおのずから示すに至るのである。この現象は法治国組織を確立した近代民主国家においては法律現象として現われ、立法となりまた間接には裁判の形においても現われてくる。(自由と制限の対立が逆な場合でも反対の形で同様な現象が起る。)ここにいう社会の安全はいいかえれば国家の秩序であり、さらにこれが憲法にいうところの公共の福祉にほかならない。それゆえ公共の福祉は別な面からいえば国民が一定の秩序の下に基本的人権を妨げなく享有している状態であり、また一切の表現の自由を含む基本的人権の享有が円満に保障されている形態でもある。それは決して言論の自由と対立しこれを制限すべき前提でもなければ条件でもなく、むしろ基本的人権を包摂しこれを保障し発展せしめる観念である。従つてこの意義を伴わない事項は、その外



観内容が積極的福利的であるからといつて直ちに安易にこれを公共の福祉と断ずることは危険である。公共の福祉ということに触れて判示している当裁判所大法廷の判決の趣旨はこの意味に解すべきものと考える。(昭和二三年(れ)第一三〇八号二四年五月一八日言渡、集三巻六号八三九頁、昭和二四年(れ)第一六〇一号同二五年一〇月一一日言渡、集四巻一〇号二〇一二頁参照)

(三)　言論の自由のような特に尊重されなければならない基本的人権も、公共の福祉のためには制限を受ける場合があることは右に述べたとおりである。しかしながら公共の福祉という言葉自体になんら具体的な意義は含まれずいわば各場合にこの言葉に適合する事実の容器として在るに過ぎない。それゆえ公共の福祉が尺度として用いられる場合、ある事実がこれに適合するかどうかは客観的に厳正な検討を経なければならないのである。本来公共の福祉というような弾性に富む観念は、その当時の法治体制と社会状態によつて、個人の自由との均衡に移動を生ずることを免れず、その限界に一定不動の線を引くことは困難であるから、特にその標語的力によつて基本的人権が安易に後退を強いられることがないように戒心しなければならない。かく考えてくると言論の自由の意義又は価値というものも、連合国軍の占領状態に在つた期間と独立によつて憲法が全面的に効力を発動した今日とにおいては格段の差異を生じたのであつて、現在その本来の高度と重量とを回復したと見なければならない。従つて今日言論の自由とこれを制限するに適合すべき公共の福祉が本件覚書第三項に含まれるかどうかの関係も、占領期間中の既成観念をすべて払拭し今日の価値を尺度として判断することを要するのである。

(四)　そこで本件の「言論及ヒ新聞ノ自由」に関する覚書について考えてみるに、これは連合国軍最高司令官がわが国に進駐して間もなく(昭和二〇年(一九四五年)九月一〇日)言論に関する指針を示したものであつて、全体の文意は、報道は常に真実に符合し公安を害しないことを要請しつつ、言論の自由を強調した趣旨であると解せられ、ただその第三項がいわば連合国軍の軍機保護法的な禁止規定として示されていることが認められるのである。この関係からいえば、第一審判決及

び原判決は本件被告人の行為につき右第三項の一部分を摘示するのみであるが、右のような覚書全体の趣旨目的を離れて第三項特に摘示部分のみを孤立的に解することの許されないことは直ちに読みとれるところである。よつてこの趣旨のもとにさらに進んで「公表セラレザル連合国軍隊ノ動静ノ論議」の禁止を現にわが憲法に照合して合憲であるかどうかを考えなければならないのである。そしてこの問題は要するに前に述べた言論の自由の尊貴と、これをしも制限することあるべき公共の福祉（ここでは前記の軍隊の動静の関係に限局する）との関係について考究することに外ならないことは、ことさらに説くを用いないであろう。

(五)　一般に国家の軍備とこれに関する言論を制限することあるべき公共の福祉というものについて考えて見る。先ず(1)近代憲法を有する独立の民主国家は、国の生存権を防衛保持するため軍備をもつことを常例とするが、その国の生存権を確保する意味における公共の福祉の限界において、いわゆる軍機の秘密を保持するため、言論の自由にある制限を加える立法をしても、これを違憲とされないことはすでに常識といつていいであろう。しかしこの関係の議論はわが国の現状に適切でないから考察の単なる過程とするに止める。(2)次に本件における合憲性を思考するにあたつては「連合国軍隊」の当時における状態と性質に即するほか、独立後のわが国に即しても考えなければならないのは当然であつて、この後の場合には「連合国軍隊」はすでにないのであるからこれを「連合せる外国軍隊」と置き替えてみるのが適当であろう。ところでわが国民が未だ公表されない外国軍隊の動静を論議する言論の自由をもつかどうかの問題について二つの場合が考えられる。その一は、二つ又は二つ以上の国が通常の国際交通関係における友交関係より以上の特殊な関係例えば軍事同盟条約、相互安全保障条約又は同種の条約を結んでいる場合である。わが国が特定の外国とこのような条約関係にある場合は、その外国との条約に軍機の秘密を保持する条項を明らかに定めた場合（相互的であると否とを問わない）はもちろん、かかる直接の定めがなくとも、条約の性質上かかる必要と責務が当然認められるかぎり、その外国軍隊が本国に在ると或はその他の国に在ると、さらに又わが国に駐在するとを問わず、わが国民が未だ公式に発表されないその動静を論議することを制限する立法をしても、これを違憲ということはできないであろう（条約に明らかな定めのある場合は、すでにその効力によつて違憲の問題は生じないという論もあろうが、本件では憲法と条約との効力の先後については触れず単に憲法の問題として考える。）。現在のわが国と米国駐留軍との関係は、正に右の場合に当り、日米安全保障条約、条約第三条に基く行政協定及び行政協定に伴う刑事特別法の系列により、刑事特別法六条ないし八条は合衆国軍隊の機密を侵す罪を定めている。そしてこの規定は憲法に違反し言論の自由を制限するものということはできないのである。そしてかかる場合言論の自由の制限を合憲なりとする根拠は、もとより公共の福祉に存するのであつて、その理由をさらに委しく解明してみれば、二つ又は二つ以上の国が相共に国の生存権を防衛する共通の利害を有し、一方又は相互の軍機の秘密を保持することがその国又は国民の安危に重大な関係があると認められる場合は、これがすなわち言論の自由が限界として接する公共の福祉であつて、これを越えることは尊重せらるべき基本的人権たる言論の自由といえども、譲歩しなければ自由そのものの存立に危険が生ずるおそれがあるがためにほかならない。しかしながらその二の場合、すなわち外国がわが国と友交関係にはあるが単に通常の国際交通関係に立つに止まる場合は事情を異にし、別の考察をしなければならない。この種の国と国との間においては、前述のような国家生存権を防衛する共通の利害をもつという意味において直ちに軍機の秘密の保持に重大な公共の福祉の観念を与えることは困難である。すなわちかかる外国軍隊の動静は未だ公表されないものであつても、これを論議することは国民の自由であつてなんら制限されるべき理由は考えられない。例えばわが国の軍事評論家が自己の知り得た資料によつて単に友交関係にある某国が現在原子爆弾を何十個有しその製造能力が一月何個であるというような評論をすることはなんら妨げられることではない。従つてかかる事項について論議することを理由なく制限する立法があつたとすれば、それはすなわち言論の自由を保障する憲法の規定に違反するものである。この関係もまた、かかる外国の軍隊が、その本国に在ると、その他の国（わ

が国を含む）に在るとによつて理を異にしない（例えばその外国軍隊が特定の目的地に行く途中わが国に寄港した場合でも同じである）。わが国はかかる外国に対しその国の軍機の秘密を保持すべき必要も責務もないことは前に述べた理由により明らかであろう。

右に述べたような理由は特に本件覚書第三項の摘示部分に即していえば、前記一又は二のいずれの場合であつても、公表されない外国軍隊の動静そのものを論議すること、いいかえれば軍機の秘密を具体的に公表議論することに関していうのであつて、なんらそのことを具体的に論議するのでなく、政治上の意見（例えば再軍備論、軍備廃止論、軍備縮少論、軍備拡張論）を述べるに当りこれを強めるため単に概括的に又は断片的に外国の軍備を引用するに過ぎないような場合は右にいう外国軍隊の動静の論議にあたらない。このような政治上の意見はこれを全体として有機的に考察すべきであつて、その中に示されたきわめて小部分の外国軍隊に関する引用を捉えこれをいわゆる論議と解し、もつて全体の政治上の議論そのものを制限する理由とすることは許されない。

(六)　以上のような見地から本件覚書の第三項摘示部分を検討してみると、これを現在わが国の合憲な法規と認めることはできないと考える。すなわち(1)本件覚書は連合国軍がわが国を占領していた外国軍隊である。(3)占領期間中の連合国軍とわが国との関係は、わが国の政府も国民も連合国軍最高司令官が降服条項を実施するため適当と認めた措置に無条件に服従する義務があり、このかぎりにおいてわが国は連合国軍最高司令官の統治の権限の下に在つたのであるから、前記覚書第三項摘示部分に対してもわが憲法に適合すると否とを問わずわが国の政府及び国民はこれに服従する義務があつた。（昭和二四年(れ)第六八五号同二八年四月八日大法廷判決、刑集七巻四号七七五頁参照。）(4)当時の連合国とわが国との間は、降服文書に基く条約的関係に在つたとはいえ、それはわが国が連合国と対等の独立国として真実に自由な地位に立つて結んだ条約関係ではな



く、まして連合国と対等の関係において相共に国家の生存権を防衛する共通の利害をもつていたのでもない。(5)「言論及ビ新聞ノ自由」の覚書は、それ自体当時の連合国軍最高司令官の命令に過ぎないが、前述のようにそのねらいは、報道の秩序を維持すると同時に、言論の自由を強調したのであつて、このかぎりにおいては独立後のわが国の法規範としても妥当する部分があることは否めないが第三項（特に摘示部分についていう）のみは覚書の発せられた時期と内容からいつて、もつぱら連合国軍の狭義の占領目的と利益のために発せられた命令と見るのが相当である。(6)連合国軍がわが国を占領した後の任務にはわが国の秩序と安全を維持することを含み次第にその方向に移行し、本件発生当時は相当にその面の責務を遂行していたことは認められるが、未だもつて当時公式に発表されない連合国軍の動静を論議することが直ちにわが国わが国民それ自身の安全に危険を及ぼす事項となつたとは認められず、また当時すでにわが国が実質的な意味においても連合国軍の軍機の秘密を保持すべき自主独立の利害と責務をもつていたとは認められない。

以上(一)ないし(六)の理由により本件覚書第三項摘示部分は、現在改めてわが憲法と照合して考えてみると、言論の自由を制限すべき合憲的根拠を認めることはできない。されば平和条約発効によつて連合国軍最高司令官の地位は消滅し、従つてその覚書に対する服従義務も消滅した以上、本件覚書第三項摘示部分は法律第八一号によつてもその効力を存続することはできないのである。

(七)　以上をもつて本件覚書第三項摘示部分の合憲性を認めることのできない理由はつきるのであるが、なお別な角度からの意見を附加する。本件被告人の行為の面から本件覚書第三項摘示部分の合憲性を考究してみるに、本件ビラの全文は表題の「平和の為に愛国者諸君に訴ふ」以下これを通読すれば、終始いわゆる戦争反対の政治的主張であつて、「ヨコハマの各所に高射砲陣地が国際港都法の美名にかくれて建設されている」の文句も、その後につづく「電通省などでは兵役調査が開始され」と対句的表現をなすと見るのが相当であり、全文の趣旨として了解されるところは、いわゆる反戦ビラに過ぎない

のである。従つて原判決がビラ全文の趣旨を離れその摘示する内容の一小部分にかかわり「未タ発表セラレサル連合国軍隊ノ動静」を「論議」したと認めるのは、この全文が反戦の政治的言論に過ぎないことを観過するものといわなければならない。しかるに言論の自由のうち現在もつとも尊重せらるべきは政治的言論であることは、この自由が近代憲法の一原理として確立するに至つた歴史的過程を顧れば容易に解し得るところであつて、ともすればその時の統治勢力がその意思に副わない政治的言論を抑圧する危険より解放し、あらゆる面における国策の動向も進路も国民の自由な批判によつて誤りなき決定に到達することを期待する民主主義的政治原則は、政治的言論をもつてむしろ国家の活力の生ずる源泉であり、また国策の進展に加わる必要的機能と見るのである（政治的言論といえども無制約でないことは㈡に述べたとおりである）。従つて本件ビラがこれを全体として有機的に見れば政治的言論と認めなければならない以上、その一部に単にその主張を強調するために引用した断片的文句が本件覚書第三項の「論議」と認められその趣旨に違反すると解されるならば、前に述べた理由にもましてなお言論の自由のうちもつとも高く評価せらるべき政治的言論を不当に制限するに帰し、憲法二一条に違反するものと認めなければならない（憲法八二条二項但書参照）。

以上述べた理由の結論として本件覚書第三項摘示部分の内容は憲法二一条の保障する言論の自由に違反し、この覚書摘示部分を充足するかぎりにおいて政令第三二五号は法律第八一号によつても有効な国法として存続することはできないといわなければならない。されば本件は原判決後に刑の廃止があつた場合にあたると解すべく、原判決及び第一審判決を破棄し被告人を免訴するのを相当とするのである。

裁判官栗山茂の無罪の意見は次のとおりである。

私の意見は、本件において適用された政令三二五号の内容となつている言論及び新聞の自由に関する一九四五年九月一〇日附連合国最高司令官の覚書は、憲法二一条に違反するところがないと同時に、本件下級審の判決は、罪とならない事実を



有罪とした法令の解釈適用を誤つた違法があるから、当裁判所としては右下級審の判決を破棄した上無罪を言渡すべしというのである。その理由をのべると同時に、昭和二七年(あ)二八六八号、同二八年七月二二日の政令三二五号違反被告事件の大法廷判決中、私が他の三裁判官と連署した意見（以下四裁判官の意見という）をここで補足しておきたい。

国際法上占領者は、絶対的な支障がない限り、被占領地の現行法律を尊重しなければならないとされている（ヘーグ陸戦の法規慣例に関する条約四三条）、連合国軍が今度の戦争で独乙、伊太利で基本的な諸法律を廃止したのはナチ、ファッショの制度を打倒することが占領上絶対に必要であつたと弁明されているから、（オッペンハイム著国際法第七版第二巻四四七頁参照）わが国で占領軍が広範囲に亘つた法律の改廃を指令したのも軍国主義を根絶して新秩序を建設することが占領上絶対に必要であつたと弁明されるに相違ない。仮に占領上の必要即ち占領軍からすればその正当な権力行使であつたとしても、軍事行動である限時的性質をもつている占領軍の権力行使で被占領国に恒久的性質の法秩序を設定するのは行過ぎと認めざるをえないから、占領終了後は主権の自由を回復した被占領国としては占領軍のすべての立法措置の効力を必しもそのまま承認しなければならないものとは解せられない。ことにわが国においては連合国最高司令官の日本国政府に対する指令に基いて、わが国の法秩序としてポツダム命令が制定されていたのであるから、占領終了と共に主権の自由を回復した以上わが国が同一法秩序の内にある右ポツダム命令を憲法のわく内に還元して存続せしめるか否かは一にその立法政策によつて定まるところであることは明である。而してこの政策に基いて昭和二七年法律八一号が制定せられているのである。（このことと占領中ポツダム命令が憲法外の法源によつて制定せられたために憲法にかかわりなく効力があつたこととは別個の問題である。）又仮りに政令三二五号の指令違反行為の処罰規定がわが法秩序の外にあつたとしても即ち「憲法外の法的効力を有しただけのものであつた。」（真野裁判官補足意見）としても若しくは「その本質上占領状態の終了従つて最高司令官そのものの解消と共に、当然にその効力を失うべきものである」（真野裁判官を含む六裁判官の意見）としても占領状態の

終了と共にそれをわが立法権の作用として憲法のわく内に取入れることができないものではない。それ故裁判所としては、法律八一号によつて法律として取入れられた政令三二五号の内容をなす連合国最高司令官の指令の合憲性を判断できるだけである。これが私に関する限り前記四裁判官の意見の趣旨であると思う。いつたい政令三二五号にいう「占領目的に有害な行為」というのはわが国会の立法政策からいえば新秩序建設に有害な行為ということであつて、何もその文字にとらわれるに及ばないのである。同政令一条によると「占領目的に有害な行為」の中には連合国最高司令官の「指令を履行するために日本国政府の発する法令に違反する行為」も含まれているから、政令三二五号が占領軍の解消と共に消滅すべきものとすれば、ただに同政令ばかりでなくポツダム政令のすべてが同一運命にあかれなければならない結論に達すべきである。而して仮りに同政令三二五号が占領軍の解消と共に失効するものとしても、そのことだけでは同政令は憲法違反として失効するものではない。それは憲法の「条規に反する法律、命令……の全部又は一部は、その効力を有しない」（憲法八九条）のであるから、憲法の条規に反することが明にされなければならないからである。憲法違反の故に失効するのではなく、ただ占領軍の解消の故に失効すべき法令については、占領終了後もその効力を存続させわが憲法のわく内に入れることのできることは前に述べたとおりである。

以上述べた私の考え方は本件政令三二五号違反被告事件についてもかわるところがない。本件において被告人の判示所為は連合国軍隊の動静に関するものであつて、一九四五年九月一〇日附連合国最高司令官の「言論及び新聞の自由」に関する覚書の趣旨に違反して占領目的に有害な行為をしたものであるという理由で、昭和二五年政令三二五号一条、二条二項により処断せられたのであるから、同政令の内容をなす右覚書の当該趣旨が憲法二一条に適合するかどうかを判断することとする。

よつて一九四五年九月一〇日附連合国最高司令官の「言論及び新聞の自由」に関する覚書を検討してみると、同覚書は、





その第二項で「連合国司令官ハ言論ノ自由ニ関シテハ最少限度ノ制限ヲ為スベキ旨ヲ命ジタリ、日本ノ将来ニ関スル事項ノ討論ノ自由ハ……新ナル国家トシテ出発セントスル日本ノ努力ニ有害ナラザル限リ連合国ニヨリ奨励セラルベシ」とし、その次に第三項として「公式ニ発表セラレザル連合国軍隊ノ動静（中略）ハ之ヲ論議スルコトヲ得ズ」と述べている。かように言論の自由を最少限度に制限すべしとする同覚書の趣旨からすれば、公式に発表せられざる連合国軍隊の動静の論議というのは、実質的に占領軍の安全に危険を及ぼす程度の論議にあることは明である。それならば実質的に占領軍の安全に危険を及す程度の論議であつても、その禁止は単に連合国軍隊だけの利益の擁護であつて、従つて占領軍だけの法秩序というべきであるかどうかを考えてみる必要がある。然るに占領軍は被占領地の治安を維持する義務があるのである（ヘーグ陸戦の法規慣例に関する条約四三条）。これは被占領地の住民の利益のために認められた原則である。占領中といえども連合国軍の安全の確保はわが国の安全の確保と利害が共通していた実状であつたのである。このことは占領状態の終了後、日本国とアメリカ国との間の安全保障条約三条に基く行政協定に伴う刑事特別法六条の存在理由があるとすれば、自衛力も警察力も否定されていたわが国の占領中においては、より強い理由で、その治安維持の責務がある連合国軍の安全は同時にわが国の安全に多大の影響があるから前者の確保は又後者の確保となることは明である。されば実質的に連合国軍隊の安全を危険に陥れる程度に、公式に発表せられざる同軍隊の動静を論議するのは、同時にわが国の安全をも危険に陥れる性質のものであるから前記覚書はわが憲法にかかわりなく連合国軍隊だけの利益を擁護した言論の自由の取締ではなく、かかる論議は占領中といえどもわが憲法二一条の保障する言論の自由の濫用に外ならない。然らば政令三二五号の右論議を禁ずる指令違反の処罰規定は、占領中でも憲法二一条の保障を侵したものとはならないなおさら占領状態の終了と共にその合憲性を失うべきいわれがないこと明である。

以上説示したところにより、本件被告人の弁護人岡崎一夫同山内忠吉がその上告趣意とする政令三二五号並に前記覚書の

違憲性に関する論旨はすべて理由ないものである。しかし職権を以て調査すると原判決の肯認した第一審判決は被告人は昭和二六年一月二六日午前八時三〇分頃横浜市中区山下町一六三番地横浜地方貯金局入口附近及び同町浩中学校附近の路上において、右貯金局員青木栄一、同石塚信一、及び通行人等数十名に対し、日本共産党中央委員会の名を以て「平和のために愛国者諸君に訴ふ」と題し、その内容において「ヨコハマの各所に高射砲陣地が国際港都法の美名にかくれて建設されている」旨未だ公式に発表されていない連合国軍隊の動静を論議したビラ数枚を配布したという事実を認定し、右は言論及び新聞の自由に関する一九四五年九月一〇日附連合国最高司令官覚書、（SOAPIN一六号）の趣旨に違反するものとして政令三二五号を以て処断しているのである。そして第一審判決は右の事実を領置にかかるビラ二枚（昭和二六年押第一六七号の一）の存在及び記載内容その他の証拠によつて認定しているのであるが、右領置にかかる文書には第一審判決が摘示している文句が記載されていることは明であるけれども、右の文句は前後の文章と一体をなすものであつて、それ自体独立した意味をもつものではない。右の文句の次に「電通省などでは兵役調査が開始され日本人徴兵の下準備が着々と進んでいる」という文句があつて、これ等を受けて「このようにすべてが戦争え戦争えとかりたてられている」と結んでいる。つまりこの結語を導びき出すために高射砲陣地とか電通省の兵役調査とかを一つの事情として例示的にあげたことがうかがわれるのであつて、寧ろ第一審判決摘示の文句の前後を通じ同章句の主眼とするところは日本共産党独自の反戦的見解の表示であることがわかるのである。而して本件連合国最高司令官覚書第三項が禁止した公式に発表せられざる連合国軍隊の動静の論議というのは、軍の安全に実質的に危険を及ぼす虞がある連合国軍隊の動静の論議にあるものと解すべきこと前に説示したとおりである。従つて本件日本国の将来に関する反戦的政見中の高射砲陣地に関する記述は右覚書の全趣旨から考えれば同第三項にいわゆる連合国軍隊の動静の論議に該当しないものと解するのを相当とする。されば原判決及び第一審判決は罪とならない事実を有罪とした法令適用の誤りがあるものというべく、右の違法は刑訴四一一条一号に該当するものとして他の論





点を判断するまでもなく原判決及び第一審判決はとうてい破棄を免れない。そして本件は同四一三条但書により当裁判所において直ちに裁判できる場合であるから、同三三六条により被告人に対し無罪を言渡すべきものと思料する。

裁判官田中耕太郎、同霜山精一、同斎藤悠輔、同本村善太郎の上告棄却の意見は次のとおりである。

弁護人岡崎一夫、同山内忠吉の上告趣意第一点について。

昭和二五年政令三二五号は、所論のごとく昭和二〇年勅令五四二号に基き制定されたいわゆるポツダム命令であつて、連合国最高司令官の日本国政府に対する指令の趣旨に反する行為、その指令を施行又は履行するための同令一条所定のその他の行為をした者を処罰することを規定したものである。しかし、連合国最高司令官は、降伏条項を実施するためには、日本国憲法にかかわりなく法律上全く自由に自ら適当と認める措置をとり、日本の官庁職員及び日本国民に対し指令を発してこれを遵守せしめることを得ること、並びに、右勅令五四二号は、日本国憲法にかかわりなく、同憲法施行後も右憲法外において法的効力を有することは、当裁判所大法廷の判例の示すところであるから、（昭和二四年(れ)六八五号同二八年四月八日宣告大法廷判決中弁護人森長英三郎の上告趣意第二点についての判断参照）、同政令もまた日本国憲法にかかわりなく、憲法外において法的効力を有するものといわなければならない。そして、右政令は、それ自体には処罰の対象となる行為を何等具体的に挙示するところなく、所謂空白刑罰法規というべきであるが、その空白を補充すべき個々の指令は、前述のごとく連合国司令官において日本国憲法にかかわりなく法律上全く自由にこれを発し、その都度適当と認める方法によりこれを公示するものであるから、既に現実にこれが発布あつた以上その内容は充たされて完全な法的効力を有し、従つて、その内容が仮りに憲法に違反するとしても、その遵守を拒否し得ないこと論を俟たない。されば、同政令が所論憲法各条規に反するとの論旨は、採用できない。

同第二点について。

第一審判決の確定した事実は、被告人は、昭和二六年一月二六日午前八時三十分頃未だ公式に発表されていない連合国軍隊の動静を論議したビラ数枚を配布し以て言論及び新聞の自由に関する連合国最高司令官発覚書の趣旨に違反し、連合国占領軍の占領目的に有害な行為をしたというのである。されば、被告人の所為は、論旨第一点について説明したとおり右犯行当時法的に有効に存在した昭和二五年政令三二五号第一条、一九四五年九月一〇日附連合国最高司令官発「言論及び新聞の自由に関する覚書」に違反し、同令二条一項に該当すること明らかであるから、被告人は、同条項所定の処罰を免れないものといわなければならない。しかるに、所論は、昭和二七年四月二八日講和発効と同時に前記政令三二五号は廃止されたと認むべきものであるから本件は当然免訴さるべきであると主張する。

しかし、刑訴三三七条二号の免訴事由である「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき」とは、読んで字のごとく、犯罪後の法令により積極的に既成の刑罰権を特に放棄したとき、すなわち、特に刑を廃止する旨の国家意思の発現があつたことを指すものであること竝びに単なる事情の変更又は時間の経過によつて単に将来に向つて失効するに過ぎない。いわゆる限時法的性格の法令は、その立法と同時にその法令失効後もなお失効前の違反行為に対し罰則を適用する旨の明文を予め設けてあると否とを問わず、犯罪後の法令により特に刑を廃止するといえないものであることは、昭和二七年(あ)二八六八号昭和二八年七月二二日宣告当裁判所大法廷判決中の弁護人上田誠吉の上告趣意第三点についてのわれわれの判断において説明したとおりである。また本件政令三二五号は、初めから占領中だけ有効に存在する、いわゆる限時法的性格の法令であつて、本件犯罪後これが刑罰を特に廃止したと認むべき国家意思の発現もなく（本件指令違反の犯罪につき大赦がなかつたことはその一端を示している。）むしろ、昭和二七年法律八一号、同法律一三七号一連の法律は（前者が新らたな国内法律として有効であるか否かは別として）、犯罪後において却つてその刑罰（右法律施行前にした行為に対する罰則そのものを含む）を特に廃止しない旨の明確な国家意思を表明していると見るべきこと、竝びに、かかる一連の立法は、刑訴三三七条二号若しくは四一一条五号のごとき訴訟法規定を適用しないとの立法であつて、一旦失効した刑罰法規そのものを失効後再び有効な法規として復活させるものでないから、憲法三九条の禁止するところでないこと、及び本件のように平和条約発効前たる昭和二六年一月二六日本件政令三二五号に違反したとの問題は、平和条約発効後である昭和二七年四月二九日以降同年五月七日までの間における同年法律八一号の違反行為ありや否やの問題ではないから、同法律が憲法に違反するか否かを論ずる必要のないこともすべて前記われわれの判決理由において説明したとおりである。されば、本件については、犯罪後の法令により刑の廃止はないのであるから、所論は、刑訴四一一条五号の職権発動事由としても採用し難い。



斎藤裁判官は、本件につき次の意見を附加する。

刑法六条は、旧刑法三条と同じく、実体刑法上犯罪行為時法を適用するのが当然であつて新法を遡及適用すべきでない原則に対し犯罪者に対する恩恵上一大例外を認めたものであるから、その立法趣旨に照しこれを狭く厳格に解すべく、広く類推して拡張解釈すべきでないことはいうまでもない。（元来、わが刑事法では、後に述べるドイツ刑法二条a第一項と同じく、行為の可罰性とこれに科すべき刑罰は、判決時法によらずに、行為時法によるべき原則を採用していることは、罪刑法定主義を採つていることと刑法六条、刑訴三三七条二号等の特別の規定があることにより明白である。若しも科刑に関し判決時法主義を採つているならば、曾つて発表された「刑法改正ノ綱領」四十（犯罪終了後ニ刑ノ変更アリタルトキハ判決時法ニ依ルヘキ規定ヲ設クルコト但シ行為時法ニ於テ定メラレタル刑ノ最上限ヲ超エサルモノトスルコト）のごとき決議の必要もなく、また、刑法六条は、「改正刑法仮案」六条のように、「犯罪後法律ノ変更アリタルトキハ新法ヲ適用ス但シ旧法ニ定メタルモノヨリ重ク処断スルコトヲ得ス保安処分ニ付テハ新法ニ従フ。」のごとく規定すべきであつたであろう。）刑法六条は、その法文上明らかなように、単に、「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキハ其軽キモノヲ適用ス」

と規定して犯罪行為時の刑が犯罪成立又は完結後の法律に因り変更されたときに限り規定したに止まり、ドイツ旧刑法二条第二項のように犯罪の時から判決言渡の時までの間いやしくも実体刑法規定の変更があつたときは、犯罪者に最も寛大な結果を生ずべき一切の規定（従つて、刑を規定した法規そのものが廃止された場合をも含むと解釈すべき余地があつた）を適用する趣旨の立法ではない。すなわち、刑法六条は、犯罪者の犯罪行為が成立（即時犯）又は完結（継続犯）後判決言渡までの間において、その犯罪者の行為規範の違反に対し科すべく予定した法律効果を規定した法規（実体刑法各本条）に変更を生じたときは、罪刑法定主義の建前からすれば、当然行為当時の刑罰を科すべきであるに、立法者の犯罪者に対する量刑観念の変化に伴う最も寛大な立法意思の表現である最も軽い法律効果を規定した新法を適用すべきものとして、特に軽い刑を規定した新法の遡及効（すなわち軽い事後法の適用。）又は既に失効した最も軽い刑を規定してあつた中間法の復活適用（すなわち恩恵的のものであつて、行為時法主義でも判決時法主義でもない。）を認めたに過ぎないものである。従つて、同条は、ドイツ刑法二条a第二項後段のように、判決言渡の時に行為が最早科刑されなくなつたとき（行為当時の刑罰法規が判決言渡の時に廃止され又は消滅して）、裁判所の裁量によつて刑罰法規を適用しないで無罪たらしめ得るという趣旨の実体刑法規定でないのは勿論、刑訴三三七条二号にいわゆる「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき。」とある訴訟法規定をも包含した規定でもない。しかるに、刑の廃止は、刑法六条にいわゆる刑の変更の最も軽い極限に当るから、同条の「刑ノ変更」の中には狭義の刑の変更と刑の廃止（刑訴四一一条五号）を含むものと解する説がある。しかし、刑法六条は、その明文の示すとおり、刑の変更の場合に限り軽い法律を適用するという法律適用に関する規定であつて、実体刑法を適用しないで無罪又は免訴をする場合の規定ではない。そもそも、現行刑訴にいわゆる「刑の廃止」とは、旧旧刑訴一六五条六号にいわゆる「罪の全免」と同義であつて、刑を規定した法令そのものの廃止を指すものではなく（この廃止が同時に暗黙に既成の刑罰権を放棄したと推定される場合のあることは別として）、既に発生、成立した科刑権の廃止を意味し、犯





罪の成立を認めて刑罰だけを廃止する場合と刑罰ばかりでなく行為の犯罪性（可罰性）をも全免する場合とを含むといわれている。されば、わが刑訴法においては、刑の廃止と刑の変更とを明確に区別して規定し、両者とも控訴理由若しくは上告審における職権破棄事由となるけれども、刑の変更の場合は免訴の事由にはならないのである。（刑訴三八三条二号、四一一条五号、三三七条二号参照）。従つて、刑法六条の刑の変更が刑訴三三七条二号又は刑訴四一一条五号中の刑の廃止を含まないことは、明文上一点の疑もないのである。それ故、論者の説は、明白な類推でなければ極めて顕著な歪曲である。しかのみならず、刑訴三三七条二号は、読んで字のごとく、「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき。」と規定している。従つて、「刑の廃止」とは、既成の科刑権の廃止であり既成の「罪の全免」であるが、仮りに刑を規定した刑罰法規そのものを将来に向つて廃止する場合をも含むものと仮定しても、それが「犯罪後の法令（刑法六条とは異り法律だけではない。）により」なされなければならないのである。換言すれば、特に廃止する旨の明白な国家意思の表明を必要とするのである。本件でいえば、犯罪後の法令により少くとも昭和二二年勅令五四二号又は昭和二五年政令三二五号はこれを廃止するとの明文を必要とするのである。（昭和二七年法律八一号同一三七号一連の法律は廃止する旨の明文を置くと同時に、前者はこれに基く既成の命令の効力を存置し、後者は罰則の適用については従前の例によらしめており、また、本件指令違反の罪については大赦を行つていないことは顕著な事実である。）しかるに、廃止する旨の明文もないのに、単に独自の見解で平和条約の発効により当然失効するとか又は平和条約発効後憲法違反の規定となるというだけでは、（この両説は、いずれも、わが刑事法では行為時法主義ではなく、判決時法主義を採るとの見解に立つものであることというまでもない。）犯罪後の法令により刑が廃止されたとはいえないのである。だが、いましばらく、右のごとく特に犯罪後の法令により又は少くとも刑罰法規を廃止する旨の明文がないときでも、刑を規定した刑罰法規が将来に向つて失効したと思われる場合に、刑法六条を類推適用して刑の廃止があつたと見ることが妥当であるか否かを一応検討して見ることとする。刑法六条は、理論上当然の規

定ではなく、論者もいうがごとく、従前の犯罪者に対する恩恵、寛容、仁愛、慈悲の精神によつたものであることは、敢て争わない。（但し、論者の羅列列挙中公平とあるのは、根拠なき独断である。若し、公平の精神によるものならば、行為が実行の時に違法であつた以上判決時に刑が重く変更されたときでも重きに従わねばならぬ筈である。単に恩恵的のものであるからこそドイツ刑法二条a第二項でも同条項を適用すると否とを裁判所の裁量に任かせているのであり、また、刑法六条を適用しない立法を設けるか否か等は自由な立法政策の問題でもあるのである。なぜならばわが憲法は少しも軽き事後法の適用を強制してはいないからである。）しかし、元来、刑を規定した刑罰法規そのものの廃止又は失効の動機又は理由は、必ずしも、従前の犯罪者に対する恩恵的精神によるものではない。その動機又は理由は、或いは、立法者の側における法的観念、刑法的価値判断に変更を生じ、従前認められていた刑罰法上の可罰性を認むべきでないとするような場合もあり、或いは単なる事情の変更乃至時間の経過に因るに過ぎないような場合もあるのである。前の場合にはその法規失効の理由に鑑み恩恵、寛容、仁愛、慈悲の精神を拡張して失効と同時に既成の刑罰を廃止したもの、すなわち、既に発生成立した科刑権をも同時に放棄したものと類推、推定しても妥当を欠くとはいえないが、後の場合にはかかる類推や推定を許す妥当性がないのである。従つて、後の場合は、罪刑法定主義当然の約束によつて、行為時法に従い可罰性を認め行為時法所定の刑罰を科するのが当り前なのである。されば、ドイツ刑法二条a第一項は、先ず行為の可罰性並びに刑罰は行為時法によるべき原則を規定し、その第二項前段に判決時法が行為時法より軽き場合は裁判所の裁量により軽き法を適用し得る旨竝びにその後段に判決時に行為が最早科刑されなくなつたときは裁判所の裁量により処罰しないことができる旨それぞれ規定すると共に、その第三項にいわゆる純然たる限時法の場合は法規失効後も必ずこれを適用しなければならないとの裁量禁止規定を設けて、第一項の原則に復帰すべきことを規定したのである。だから、ドイツ刑法の限時法に関する規定は行為時法の原則に対する例外規定ではなく、これが原則への復帰を示したものに過ぎないものであつて、何等例外の拡張ではないのである。こ





れがわが国においても、限時法的性格の法令（単なる事情の変更乃至時間の経過に因り廃止し又は失効するに過ぎない法令）は、特に明確な例外的国家意思がない限り行為時法の原則に依るのが当然であると主張する所以である。従つて、ドイツ刑法二条a第二項後段（前段の規定の外特に後段の規定を設けてあることに注意を要する）のごとき規定のないわが刑法六条の解釈として、ドイツ法と同様の結論（しかも、ドイツ刑法においては裁判所の任意裁量である点を無視して）をとる論者こそ、その根本において刑法六条などの立法趣旨を全く誤解しているばかりでなく、原則と例外とを顛倒した見解といわなければならない。なお、「旧法（令）廃止前にした行為に対する罰則の適用については、なお、従前の例による」という風の規定は、単に将来に向つて廃止の効果を及ぼし、既成の効果を廃止しないという注意的な規定であつて、刑罰法令の適用は判決時法によるとの原則を示したものではないのである。そしてかかる規定は、その前提として必ず先ず犯罪後の法令によつて該刑罰法令そのものを廃止する旨の明文あることはいうまでもないのである。わたくしは、少くとも刑を規定した刑罰法令を廃止する旨の明文なくしては、既成の刑罰権放棄の国家意思を推定することはできないと主張するのであり、また、かかる明文なくして刑法六条や刑訴三三七条二号等を限時法的性格の法令にまで類推適用することは誤りであるというのである。

この点に関し、法令が合憲であることはすべてに先行するもので裁判時においてその法令が違憲であれば刑の廃止と見る外はないとの説がある。この説も結局科刑については行為時法を適用すべきではなく、裁判時法を適用すべきものとする見解に帰するであろう。わたくしは、第一に或る法令が合憲であるか否かは行為時において決すべく、裁判時において定むべきでないと考える。そして、本件では犯罪行為時において昭和二五年政令三二五号は憲法（正確にいえば憲法九八条第一項）にかかわりなく有効であつて、占領中かかる有効性のあることはわが憲法もその九八条二項において是認しているのである。従つて、本件政令は行為時において広義の合憲性をも有していたのである。第二に、刑の廃止ありと見るには犯罪後

の法令により既成の刑罰権を放棄する国家意思の表現あることを要するものであり、少くとも刑を定めた刑罰法令を廃止する旨の新らたな国家意思の表明を要するものと考える。そして、その法令中には法律ばかりでなく、憲法（又は条約）も含むであろう。従つて、厳密に言えば、犯罪後少くとも刑罰法令を廃止する趣旨の新らたな憲法（又は条約）の制定乃至改正を要するであろう。そして、本件では犯罪後かかる憲法の制定乃至改正（又は条約の締結）のないことはいうまでもないのである。なるほど、平和条約の発効と同時に憲法は全面的に回復されるであろう。しかし、憲法九八条二項は占領中に有効に存在した過去の例外的な法律秩序を占領後も有効に残存することをも是認しているものと考えるのである。まして、昭和二七年法律八一号、同一三七号一連の法律は、本件の過去における法秩序が占領後も有効に残存することを是認していることが明白であることは先に述べたとおりである。そして、実行の時に違法であつた行為は犯罪後の法令により大赦乃至刑の廃止がない限りこれに対し科刑することが法の秩序を重んずる憲法の精神であり、正に憲法三九条の前提であると思うのである。占領中の指令違反行為に対し平和条約発効後の裁判時において違憲審査を行うがごときは、いわゆる死児の齢を算えるの類であつて、恐るべき法秩序の空白乃至破壊を来すであろう。われわれは、占領中におけるすべての立法、就中論者の金科玉条とする憲法の制定それ自身すら占領的拘束を受けたものであり、しかも、その拘束が占領終了後も依然有効に残存するものであることを忘れてはならないのである。わたくしは、わが国が半ば自主的地位を回復したからといつて、濫りに大陸棚的主張を為す者を戒めざるを得ないのである。第三に、仮りに百歩を譲り平和条約発効後憲法二一条が回復してこれに反する既往の効果を放棄したと見ることが正しいと仮定しても、本件指令が憲法二一条に違反すると見ることについても異見を有する。同条の保障は、公共の福祉に反するときはこれが制限を受けることのあるのは当然でありまた、占領目的に有益な指令が同時にわが国の公共の福祉を維持するに必要なものも存するのであつて、本件指令のごときはこれに属し憲法二一条に反するものとは思われないのである。この点に関し論者とその客観的事態に関する認識を異にするを遺憾とする。





要するに、多数説は、「犯罪後の法令」によらずに、却つて、犯罪後の前記法律八一号又は一三七号の明文に反し、擅に刑の廃止を認めるものであつて、法律の拘束を勝手に逸脱しそれ自身憲法七六条三項に反する違憲の裁判というべきである。その他免訴の裁判が合議の本質上失当であることも（特に、違憲の判断は、最高裁判所裁判事務処理規則一二条所定の定数を欠く無効のもので、裁判所法四条の拘束力を生じ得ないこと勿論である。）、昭和二七年(あ)二八六八号事件の判決中のわたくしの意見に示したとおりである。

検察官　佐藤藤佐、草鹿浅之介、福原忠男出席

昭和二八年一二月一六日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　田中耕太郎

裁判官　霜山精一

裁判官　井上登

裁判官　栗山茂

裁判官　真野毅

裁判官　小谷勝重

裁判官　島保

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　藤田八郎

裁判官　河村又介

昭和二八年一二月一六日判決　昭和二七年(あ)第六六九号

裁判官　谷村唯一郎
裁判官　小林俊三
裁判官　本村善太郎
裁判官　入江俊郎





昭和二七年(あ)第六六九号

弁護人岡崎一夫、同山内忠吉の上告趣意

第一点　昭和二五年政令第三二五号（以下政令三二五号と称す）は違憲無効である。

原判決は被告人の処為を政令三二五号を適用して処罰すべきものとなしたが、政令三二五号は憲法の諸条規に反し効力を有しないものであるから原判決は破棄を免れない。

一、政令三二五号の基をなす昭和二十年勅令第五四二号は、広汎な包括委任をもつて行政権の専断を許すもので、旧憲法第八条の権限を越脱した違法がある。

その後実施された日本国憲法に照らせば同法第七三条第六号が政令を制定しうる場合を限定しているところに合致しないし、同号但書の罰則を設けるについての制限規定を無視することゝなる。少くとも新憲法下においては、右勅令は効力を有し得ない。

無効な勅令によつて制定された政令三二五号は効力を生じ得ぬものである。

勅令五四二号は新憲法の下においても有効であるとなす最高裁判所昭和二二年(れ)第二七九号事件の判決は、右勅令の如き広汎な範囲の委任立法は占領下として「まことに已むを得ないところ」であると説いているが、「已むを得ない」ということだけでは適法であるとの説明にはならない。「まことに已むを得ない」場合であつても、その措置が憲法の条規に反すれば違憲たるを免れない。同判決は更に右勅令は「降伏文書に基く法律上の義務の履行であるから新憲法の条規に反するところはない」としているが、法律上の義務の履行であることから、直に新憲法の条規に反しないと結論ずけることはできない。論旨には飛躍がある。

二、政令三二五号は、最高司令官の日本国政府に対する指令の趣旨等に違反する行為を占領目的に有害な行為として処罰することを規定しており、政令自体には処罰の対象となる行為を何等具体的に挙示するところなく、所謂空白刑罰法規というべきものである。しかるにこの空白を充足すべき最高司令官の指令は、日本の国内法規とは何の係りなく、いかなる内容をも盛ることができるのであるから日本国憲法が国民に保障する基本的人権を制約することもあり得る。現に本件の罰条とされる一九四五年九月一〇日付覚書は言論の自由を制限していること極めて明白である。憲法の保障する行為を平然と処罰の対象とする政令三二五号は、個々の場合に憲法第二一条その他の諸条規に背反するばかりでなく、一般的には憲法第一一条、第一三条の規定に違反する。指令の趣旨は憲法の条規如何にかゝわらず貫かれねばならぬとすればそれは他の方法によつて実現が図らるべきであり憲法に違反する国内立法をもつて強行することは許されない。憲法の存する限り政令三二五号の効力を認めることはできないのである。

三、政令三二五号を実効あらしめる最高司令官の指令は、憲法の定める国の唯一の立法機関たる国会とは何のかゝわりも持たずに無限につくられる。国民はその指令の趣旨に違反したことによつて処罰されるのだから政令三二五号の存在は憲法第四一条、同第三一条の規定と全く相容れない。

又、国民は外枠だけの政令三二五号の存在を知らされているだけで、その中味をなす政府に対する最高司令官の指令のすべてを告知されているものではなく、事実知悉している筈もないのだから、いつなん時、どんな行為のために政令三二五号違反に問われるかも分らぬ、危険な状態におかれるのである。このことは憲法第三一条に反するし、この様な政令の遵守を強うることは同法第一一条、第一三条の規定からも許されぬところである。

右のように憲法の諸条規に反する政令三二五号は到底効力を有するものであるとなすことができない。

## 第二点　講和発効後に政令三二五号を適用する余地はない。



一、これまで多くの裁判所は政令三二五号が憲法に合致しないことを認めながら有効説を固持してきた。その論拠は多様であるが、帰するところその最後の根拠を「占領下であるから」との一点にもとめていた。その支柱は一九五二年四月二八日に取払われた、占領の存在を前提とし、占領政策の遂行を唯一の目的とする政令三二五号はそれ自体の性質にかんがみ講和発効と同時にその目的を完全に喪失して死滅したものと断ぜざるを得ない。

更に平和条約第一条は、占領の終結と主権の完全恢復を規定しているのであるから、これと相容れぬ政令三二五号は平和条約の発効によつて形式的にも廃止されたものというべきである。

二、昭和二七年法律第八一号はポツダム命令のうち法律による措置のとられないものは、なお百八十日間その効力を存続する旨を規定しているが、前述の如く講和発効と同時に実質的に消滅し形式的にも廃止された政令三二五号に関しては、この法律は何等の影響を及ぼすものではない。

昭和二七年法律第一三七号は、その第二条で政令三二五号を廃止すると規定しているが、それが何等かの意味をもち得るとせば講和発効と同時に失効した政令三二五号の結末を宣言したものと解するの他なく、政令三二五号がこの規定のなされる迄効力を存続したものとなすことはできない。それであるから、同法第三条の規定は政令三二五号には何のかゝわり合いもない。

なお、この第三条の規定は廃止すべき法令を一定の範囲内で、なお存続させる趣旨であるとするには論理的に矛盾があり、文理解釈上も無理である。しからば、この規定は廃止した法令と同じ内容のものを新に制定することゝなるから事後立法であり、憲法第三九条の禁ずるところである。

三、政令三二五号は限時法であるから、廃止後も廃止前の違反行為に適用するを妨げぬとの議論は失当である。

刑罰法規の改廃に当つてとられる措置は、刑法第六条、刑事訴訟法第三三七条第二号に定められている。これは近代

法治国家にあまねく共通する原則に基く処と信ずる。

限時法の観念はこの原則に対する挑戦であるが、それは刑法理論の一歩前進ではなく後退・逆転である。この理論はナチス・ドイツ、軍閥日本の興隆と時を同うして出現したもので、野蛮な報復観念を基とし、威嚇、暴力によるファッショ支配の一環をなすものである。

自由主義的、民主々義的刑法理論、刑罰制度の擁護のため速かに粉砕されねばならぬ危険物である。

その論拠の一つである廃止前に処罰されたものとの均衡を失するというのは、廃止後の行為者との均衡を考えることの方がより公平であることを忘れたものである。すでに社会意識が不必要としている刑罰を加えることによつて既処罰者を満足させようとするのは浅墓な復讐観念で、いさゝかも合理的ではない。

秩序維持の立場から廃止前の違反者を免れしめる訳にはゆかぬというのは、廃止によつて既に変更された旧秩序を固執せんとするに過ぎず、廃止後の新なる秩序には何の加うるところもないのである。

政令三二五号は、制定の趣旨から見ても廃止後の処罰を予想していたとは考えられない。それを必要とした最高司令官は、占領が終ればこの統裁する一切の占領制度と共に日本から姿を消すことが約束されていたのである。

政令三二五号の遵守を強いられていた日本国民の社会的意識も、もと〳〵占領の速かな終結を念願し、占領下であるからこそ違反者の処罰も「まことに已むを得ぬところ」と忍従していたのであり、占領終結後にまで占領中の違反者が処罰されよう等とは毛頭考えていなかつた。又、唯一人そのようなことを望んではいなかつたのである。

更に、廃止後も処罰しうることゝして置かなければ政令の効果を発揮できなかつたであろうと思われるような実証的根拠は何もない。限時法理論自体が誤りであるのみならず、更に政令三二五号を限時法的観念で律することはできないのである。



仮りに限時法論者のいう如く、法令制定当時の社会意識から見て廃止後も施行中の違反を処罰するのが妥当であり、且つそうするのでなければ法令の実効を期し難いという場合があるとすれば、その際にはあらかじめ法令そのものに、その旨を明定してこそ幾分の合理性を主張しうるのである。廃止の時に至つて、にわかに廃止後の処罰を規定するのは罪刑法定主義の建前からも許されない。況んや何等の規定がなくても法令の性格から当然処罰できるとなす暴論に至つては近代法治主義の完全な抹殺を試みるものというの他はない。

四、昭和二七年法律第一三七号第三条に従い廃止前の違反行為に政令三二五号を適用するとせば、如何なる結果になるであろうか。

指令の存在が政令三二五号の存続要件であり、具体的な指令を挙示することなしに政令三二五号を適用し得ないことは、東京高等裁判所昭和二六年(う)第二四三八号の判決（昭和二六年九月二八日第三刑事部）も之を明かにしている。同判決は控訴趣意書第三点の判断として「原判決が本件所為に対する罰条として単に昭和二五年政令第三二五号第一条、第二条を掲げたのみで前記覚書の掲記を遺脱しているのは違法である」となして第一審判決を破棄した。占領が終り、最高司令官が存在しなくなつた時に政令三二五号を充足すべき指令をどこから持ち出して来ようとするのであろうか、占領終了後も指令が国内法的に効力をもつという根拠は全くないのである。

法律一三七号第三条が政令三一五号そのものの余命をつなぎうるとしても、平和条約第一条によつてはつきりと全面的にその効力を喪失したこと疑いのない最高司令官の指令を、今更ら独立日本に横行濶歩させる力までは断じてもち合わさぬのである。

占領下における指令の効力について東京高等裁判所昭和二六年(う)第四〇〇九号事件の判決（昭和二六年一二月一〇日第七刑事部」は「ポツダム宣言を受諾し連合国の管理下に置かれているわが国の現状においては、連合国最高司令官の

指令が、国内法と同等もしくはそれ以上の法的拘束力を裁判官に対して有することはいうまでもない」と述べている。

もとより論旨に承服するものではないが、占領下にあつて指令の国内法的効力の根拠を「占領」のみにもとめていた有効論者にとつては「占領」の終つた瞬間から指令は国内法の圏内から消え去つて永劫に還り来ぬという以外の結論はあり得ぬのである。指令を失つた政令三二五号は中味のないぬけがらである。絶対に適用する余地のない法令を法令として存在させることがどうして許されるのであろうか。

講和後において政令三二五号の効力を認めることは如何なる魔術をもつてするも不可能なのである。

すでに効力を失い、廃止されたと認めるべき政令三二五号を適用法令とする本件は当然免訴さるべきである。

以　上



検察官提出の答弁書は次の通りである。

最高検察庁検事草鹿浅之介、同福原忠男の答弁書

右の者に対する昭和二五年政令第三二五号違反被告事件につき、上告人弁護人岡崎一夫、同山内忠吉の提出にかかる上告趣意書記載の上告理由に対して次のように答弁する。

第一点　昭和二五年政令第三二五号が違憲であるという点について。

昭和二五年政令第三二五号はその形式内容共に何ら憲法に牴触するところはない。すなわち

(1)　同政令は、その立法の形式は旧憲法第八条の規定により発せられた緊急勅令「ポツダム宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件」（昭和二〇年勅令第五四二号）に基いて制定された委任命令の一であるから、その合憲性を論ずるに当つては先づ右の緊急勅令が憲法に違背するものでないことを確認しなければならない。然るところこの点については既に最高裁判所において判断を下し、右緊急勅令が旧憲法下にあつては勿論、新憲法下においてもその条規に反するところなく合憲性を有するものであることを明確にしている。（昭和二三年六月二三日最高裁判所判例集二巻七号七二二頁以下）

(2)　右緊急勅令は広汎な範囲の立法を命令に委任しているが、それは降伏条項の誠実な実施のために必要な規定であり、「降伏条項の誠実な実施は、降伏文書に基く法律上の義務の履行であるから新憲法上の条規に反するところはない」（右判決）のであつて、その委任に基き制定された政令第三二五号はその形式において合憲有効な法令であることは疑のないところである。

(3)　次いで同政令の規定の内容を検討するに、同政令は連合国最高司令官の日本国政府に対する指令に違反する行為を概



被告人　渡辺誠一郎

括的に「占領目的に有害な行為」として処罰の対象としたものであるが、これはわが国がポツダム宣言の受諾及び降伏文書の調印に基いて最高司令官の占領管理下におかれていた特殊異常な事態に対処するため同司令官の発する指令が直接国民に対して国内法上の拘束力を取得し、その指令違反を処罰することができるように定めたものである。この場合に指令の内容が国民の基本的人権を制約するようなものであつても、同政令は憲法第十二条、第十三条に規定する公共の福祉の枠内において肯認できるものであり憲法に違背するものではない。すなわち最高司令官の指令は降伏条項を実施するために適当と認めて発せられたものであり、その指令を遵守することはポツダム宣言の誠実な履行を確約したわが国としての国際信義上の義務であり、国際信義を保持することはわが国の公共の福祉に合するものであるからである。

更に又本件について言えば、「言論及び新聞の自由」に関する指令は、「公式に発表せられざる連合国軍隊の動静」乃至は「連合国に対する虚偽又は破壊的批評」等を論議することを禁じているものであるが、それは敗戦から立ち直つて世界の平和愛好国家の仲間入りする資格を有する国家として出発すべく努力している占領下のわが国において、その育成と指導に当つている連合国の安全及びその政策の推進に対する妨害を排除する趣旨に出たものであり、そのことは直ちに再建途上のわが国にとつてその公共の福祉を維持するものであると理解することができるのであるから、同指令が憲法に違背するとの主張は当らざるものと言うべきである。

第二点　平和条約発効後における政令第三二五号の適用について。

政令第三二五号は昭和二七年法律第八一号第二項により平和条約の発効の日以後百八十日に限り法律としての効力を有するものとされ、更に同年法律第一三七号第二条により同年五月七日廃止されたものであるが、右法律第一三七号第三条第一項の規定により、同法施行前にした違反行為に対してはなお従前通り罰則を適用することができるものと法律の明文をもつて定められている。この点について同政令の内容に関連して異見を挟む主張がなされているので以下これを分説する。

(1)　政令第三二五号を憲法に違背する法令であると断じ、唯占領下においては連合国最高司令官の日本占領管理権に基き超憲法的な効力のあるものとしてその有効性を認められたに過ぎず、今や、平和条約の発効により形式的にも実質的にも廃止され全く適用の余地のない法令となつたものであるとの主張は、上述の如き同政令の合憲性を確信するものとして到底容認し得ないところである。

(2)　前示昭和二七年法律第一三七号第三条第一項の「罰則の適用については、同法により廃止された政令がいずれも後述する如くいわゆる限時法的性格を有するものであることを宣明し、廃止前の政令による処罰の対象とされていた既存の行為につきその政令の廃止後もなおこれを処罰することができることを明らかにしたものであり、従前適法行為とされていたものを遡つて処罰できるとする事後立法に該当するものではない。

(3)　なお政令第三二五号は最高司令官の発する指令の履行を確保するため制定されたものであり、その指令は平和条約により占領状態が終了したのでそれ以後失効するものであるが、そのために政令そのものが当然失効することとなるものでない。当該政令を廃止するためには、その旨の法令の制定を必要とするものであり、本件では右の法律第一三七号がこれに当るものである。

(4)　政令第三二五号は判例にいうところの「国家社会ガ戦争、事変、天災其ノ他ノ異常変則ニシテ、而モ早晩終熄経過シ去ルベキ事態ニ当面シ、其ノ臨時的必要ニ対処センガタメニ制定シタル暫行的刑罰法令」（昭和二二年四月五日大審院刑事連合部判決、昭和二五年一〇月一一日最高裁判所大法廷判決参照）に該当するものであることは明かでありいわゆる限時法的性格を有する法令と解すべきものである。かような刑罰法令はその異常事態が解消すると共にその臨時の必要もまた消滅するので必然的に改廃される性質のものであるけれども、その改廃されるまでの同法令違反の行為につい

ては、その改廃により遡つて処罰価値を喪失する理由がないから、その改廃後もなお行為当時の法令に照して処罰することができるものとされている。右は改廃前に処罰された者と違反者であつて未処罰のものとの均衡を図る趣旨からそのように解釈されるというような為政者の恣意的な運用の問題でなくてこの種法令に内在する本質的のものとして理解されるのである。

なお政令第三二五号は昭和二七年法律第一三七号により廃止されたが、これは国家の法律的見解の変更に基くものでなくして占領状態の終了により必然的に廃止されたものであるから、その廃止前の違反行為に対しては、これを処罰し得ることは同政令が限時法的性格を有する法令であることの当然の帰結であり、従つて同法第三条の経過規定はこの点を明確にしたものである。然るに本件上告理由においては、最高司令官の指令が政令第三二五号違反の罪の存続要件であるとして平和条約発効後指令の失効に伴い従前の右政令違反の罪は成立せざる旨を主張するのであるが、行為時において有効な指令がありその趣旨に反した行為があれば、当該指令の失効後においてもその違反行為を処罰し得ることは同政令の限時法的性格によるものであり、裁判時における指令の効力を問題にする必要は毫もないものである。

仍つて本件上告申立の各理由はこれを認むべき何等の根拠もないので本件上告は棄却せられるを相当と思料する。

以　上



昭和二七年(あ)第二二二六号

判　決

本　籍　千葉県夷隅郡勝浦町勝浦一一二番地
住　居　同県同郡同町墨名七八三番地
豆腐売子　土　肥　喜　八　明治四一年一一月二七日生

右の被告人に対する昭和二五年政令第三二五号違反被告事件について、昭和二七年一月一八日東京高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人から上告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決及び第一審判決を破棄する。
被告人を免訴する。

理　由

弁護人上田誠吉の上告趣意及び被告人の上告趣意は末尾添附のとおりである。
裁判官真野毅、同小谷勝重、同島保、同藤田八郎、同谷村唯一郎、同入江俊郎及び裁判官井上登、同栗山茂、同河村又介、同小林俊三の意見は、本件は原判決後に刑が廃止されたときにあたるとするにあるから、刑訴四一一条五号、四一三条但書、三三七条二号により主文のとおり判決する。
裁判官田中耕太郎、同霜山精一、同斎藤悠輔、同本村善太郎は上告棄却の意見である。

昭和二八年一二月一六日判決　昭和二七年(あ)第二二二六号

裁判官真野毅、同小谷勝重、同島保、同藤田八郎、同谷村唯一郎、同入江俊郎の意見は次のとおりである。

弁護人上田誠吉の上告趣意第一、二点について。

昭和二五年政令三二五号「占領目的阻害行為処罰令」は、わが国の統治権が連合国の管理下にあつた当時は、日本国憲法にかかわりなく憲法外において法的効力を有したのであるが、平和条約発効と共に当然失効し、昭和二七年法律八一号により前記政令の効力を維持することは憲法に違反し、同年法律一三七号の規定は、事後立法であつて、違憲無効であり、また本件のごとき場合に限時法理論を用いることが憲法上許されないことは、昭和二七年(あ)第二八六八号同二八年七月二二日言渡大法廷判決記載の真野、小谷、島、藤田、谷村、入江、六裁判官の意見のとおりである。それ故に、本件については犯罪後の法令により刑が廃止された場合にあたるものとして被告人に対し免訴の言渡をするのを相当とするから、論旨は結局理由があり、本件はその余の上告趣意に対する判断をまたずこの点において原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。

裁判官井上登、同栗山茂、同河村又介、同小林俊三の意見は次のとおりである。

弁護人上田誠吉の上告趣意第一、二点及び第四点について。

昭和二五年政令三二五号は、前記日本国との平和条約が発効するまでは日本国憲法にかかわりなく憲法外において全面的に有効であつたが、右平和条約の発効後は、本件に適用されている昭和二五年六月二六日附及び同年七月一八日附連合国最高司令官の指令はその内容が憲法二一条に違反するから、右政令第三二五号は前記指令を適用するかぎりにおいて右平和条約発効と共に失効したものである。従つて本件は原判決後の法令により刑の廃止があつた場合に準ずべきものであること昭和二七年(あ)第二八六八号事件の大法廷判決記載の井上、栗山、河村、小林四裁判官の意見のとおりである。故に本件は原判決を破棄しなければ著しく正義に反するから、その余の同弁護人並びに被告人の上告趣意に対する判断をするまでもなく、原





判決及び第一審判決を破棄し被告人を免訴すべきである。

裁判官田中耕太郎、同霜山精一、同斎藤悠輔、同本村善太郎の上告棄却の意見は次のとおりである。

弁護人上田誠吉の上告趣意第一、二点について。

刑訴四一一条五号にいわゆる「判決があつた後に刑の廃止があつたこと。」とあるのは、刑訴三三七条二号にいわゆる「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき。」と同義であつて、犯罪後の法令により積極的に既成の刑罰権を特に放棄したとき、すなわち、特にこれを廃止する国家意思の発現があつたときを指すものであること、並びに、単なる事情の変更又は時間の経過によつて単に将来に向つて失効するに過ぎないいわゆる限時法的性格の法令は、その立法と同時にその法令失効後もなお失効前の違反行為に対し罰則を適用する旨の明文を予め設けてあると否とを問わず、犯罪後の法令により特に刑を廃止する旨の明文がない限り既成の刑罰を廃止しないものであることは、昭和二七年(あ)二八六八号同二八年七月二二日宣告当裁判所大法廷判決中の同弁護人の上告趣意第三点についてのわれわれの判断において説明したとおりである。そして、本件昭和二五年政令三二五号占領目的阻害行為処罰令は、占領中のみに限り有効に存在する限時法的性格の法令であつて、本件犯罪後これが刑罰を廃止したと認むべき法令に因る特別の国家意思の発現もなく（本件指令の趣旨に反する同令違反につき大赦がなかつたことは、その一端を示している。）、むしろ、昭和二七年法律八一号、同法律一三七号の一連の法律は、（法律八一号が新らたな国内法律として有効であるか否かは別として）、却つてその刑罰を廃止しない旨の明確な国家意思を表明していると見るべきこと、かゝる立法は、刑法六条又は刑訴法の規定を適用しない旨の立法であつて、一旦失効した刑罰法規を失効後再び有効な法規としてこれを復活させるものでないから、憲法三九条の禁止するところでないこと、及び、本件のように平和条約発効前たる昭和二五年一二月末頃から同二六年一月末頃までの間に右政令三二五号に違反したとの問題は、平和条約発効後である昭和二七年四月二八日以降同年五月七日までの間における法律

八一号の違反行為ありや否やの問題ではないから、同法律が憲法に違反するか否かを論ずる必要のないこともすべて前記判決においてわれわれが説明したとおりである。されば、いずれの点からしても、本件については犯罪後の法令に因り刑の廃止はないのであるから、所論は、刑訴四一一条五号の職権発動事由としても採用し難い。

同第三点、第四点について。

連合国最高司令官は、降伏条項を実施するためには、日本国憲法にかかわりなく法律上全く自由に自ら適当と認める措置をとり、日本の官庁職員及び日本国民に対し指令を発してこれを遵守せしめることを得るものであることは当裁判所大法廷の判例の示すところである。(昭和二四年(れ)六八五号同二八年四月八日宣告大法廷判決弁護人森長英三郎の上告趣意第二点についての判断参照)。されば、所論昭和二五年六月二六日附及び同年七月一八日附指令が憲法一九条又は同二一条に違反するとの主張並びにこれを前提とする同三一条違反の主張は、採用することができない。なお、平和条約が発効したからといつて、前記指令が憲法に反するか否かを判断するの要ないことは論旨第一、二点についての説明において述べたとおりである。

同第五点乃至第九点について。

昭和二五年六月二六日附及び同年七月一八日附の連合国最高司令官の指令には、発行停止される出版物として「アカハタ及びその後継紙並に同類紙」と明らかに指定されているばかりでなく、原判決は、証拠に基き「平和のこえ」がその論説、記事、主義主張等の内容自体によりアカハタの後継紙たるの要件を備え且つ最高司令官の委任を受けた法務総裁から「アカハタ」の後継紙として停刊された事実に徴し前記指令にいわゆる「アカハタ」の後継紙に該当するものと認めたのである。また、前記指令を読めば、アカハタ及びその後継紙等は、日本の政党の合法的な機関紙ではなく、日本国民の間に、特に今回は日本にいる多数の朝鮮人の間に、人心をかく乱して公共の安寧と福祉とを侵害することを目的とした、悪意のある、虚



偽のせん動宣伝を広めるために用いられる国外の破壊勢力の道具であるという事実を証明しているというのであるから、同指令にいわゆる発行行為(Publication)とは、アカハタ及びその後継紙並に同類紙を一般人に宣伝、播布するためにする一切の行為を指し、その編集、印刷、発売、頒布、運搬、頒布目的の所持等をも包含すること明らかであり、従つて、原判決が「頒布してその発行行為を為し、以て前記指令の趣旨に違反し、占領目的に有害な行為を為したものである」との第一審判決の判示を是認したのは正当である。されば論旨第五、第六点は、違憲をいうが、結局指令の解釈乃至原判決の認定を非難するに帰し、同第八点は事実誤認の主張に過ぎないものであり、同第七点は、違憲をいうが、原審の真意をほしいまゝに憶測し、独自の解釈を行つたものであつて、その違憲の前提を欠くものであり、同第九点は、量刑不当の主張であつて、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

被告人本人の上告趣意について。

「平和のこえ」が「アカハタの後継紙」であること、並びに、本件指令にいわゆる発行行為の意義については、弁護人の論旨について説明したとおりである。その余の論旨は、第一審判決が証拠に基き適法に認定した事実の誤認、単なる訴訟法違反、量刑不当の主張を出でないものであつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

斎藤裁判官は、本件につき次の意見を附加する。

刑法六条は、旧刑法三条と同じく、実体刑法上犯罪行為時法を適用するのが当然であつて新法を遡及適用すべきでない原則に対し犯罪者に対する恩恵上一大例外を認めたものであるから、その立法趣旨に照しこれを狭く厳格に解すべく、広く類推して拡張解釈すべきでないことはいうまでもない。(元来、わが刑事法では、後に述べるドイツ刑法二条a第一項と同じく、行為の可罰性とこれに科すべき刑罰は、判決時法によらずに、行為時法によるべき原則を採用していることは、罪刑法定主義を採つていることと刑法六条、刑訴三三七条二号等の特別の規定があることとにより明白である。若しも科刑に関し



昭和二八年一二月一六日判決　昭和二七年(あ)第二二二六号

判決時法主義を採つているならば、曾つて発表された「刑法改正ノ綱領」四十（犯罪終了後ニ刑ノ変更アリタルトキハ判決時法ニ依ルヘキ規定ヲ設クルコト但シ行為時法ニ於テ定メラレタル刑ノ最上限ヲ超エサルモノトスルコト）のごとき決議の必要もなく、また、刑法六条は、「改正刑法仮案」六条のように、「犯罪後法律ノ変更アリタルトキハ新法ヲ適用ス但シ旧法ニ定メタルモノヨリ重ク処断スルコトヲ得ス保安処分ニ付テハ新法ニ従フ。」のごとく規定すべきであつたであろう。）刑法六条は、その法文上明らかなように、単に、「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキハ其軽キモノヲ適用ス」と規定して犯罪行為時の刑が犯罪成立又は完結後の法律に因り変更されたときに限り規定したに止まり、ドイツ旧刑法二条第二項のように犯罪の時から判決言渡の時までの間いやしくも実体刑法規定の変更があつたときは、犯罪者に最も寛大な結果を生ずべき一切の規定（従つて、刑を規定した法規そのものが廃止された場合をも含むと解釈すべき余地があつた）を適用する趣旨の立法ではない。すなわち、刑法六条は、犯罪者の犯罪行為が成立（即時犯）又は完結（継続犯）後判決言渡までの間において、その犯罪者の行為規範の違反に対し科すべく予定した法律効果を規定した法規（実体刑法各本条）に変更を生じたときは、罪刑法定主義の建前からすれば、当然行為当時の刑罰を科すべきであるに、立法者の犯罪者に対する量刑観念の変化に伴う最も寛大な立法意思の表現である最も軽い法律効果を規定した法規を適用すべきものとして、特に軽い刑を規定した新法の遡及効（すなわち軽い事後法の適用。）又は既に失効した最も軽い刑を規定してあつた中間法の復活適用（すなわち恩恵的のものであつて、行為時法主義でも判決時法主義でもない。）を認めたに過ぎないものである。従つて、同条は、ドイツ刑法二条a第二項後段のように、判決言渡の時に行為が最早科刑されなくなつたとき（行為当時の刑罰法規が判決言渡の時に廃止され又は消滅して）、裁判所の裁量によつて刑罰法規を適用しないで無罪たらしめ得るという趣旨の実体刑法規定でないのは勿論、刑訴三三七条二号にいわゆる「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき。」とある訴訟法規定をも包含した規定でもない。しかるに、刑の廃止は、刑法六条にいわゆる刑の変更の最も軽い極限に当るから、同条の「刑ノ変更」



の中には狭義の刑の変更と刑の廃止（刑訴四一一条五号）を含むものと解する説がある。しかし、刑法六条は、その明文の示すとおり、刑の変更の場合に限り軽い法律を適用するという法律適用に関する規定であつて、実体刑法を適用しないで無罪又は免訴をする場合の規定ではない。そもそも、現行刑訴にいわゆる「刑の廃止」とは、旧旧刑訴一六五条六号にいわゆる「罪の全免」と同義であつて、刑を規定した法令そのものの廃止を指すものではなく（この廃止が同時に暗黙に既成の刑罰権を放棄したと推定される場合のあることは別として）、既に発生、成立した科刑権の廃止を意味し、犯罪の成立を認めて刑罰だけを廃止する場合と刑罰ばかりでなく行為の犯罪性（可罰性）をも全免する場合とを含むといわれている。されば、わが刑訴法においては、刑の廃止と刑の変更とを明確に区別して規定し、両者とも控訴理由若しくは上告審における職権破棄事由となるけれども、刑の変更の場合は免訴の事由にはならないのである。（刑訴三八三条二号、四一一条五号、三三七条二号参照）。従つて、刑法六条の刑の変更が刑訴三三七条二号又は刑訴四一一条五号中の刑の廃止を含まないことは、明文上一点の疑もないのである。それ故、論者の説は、明白な類推でなければ極めて顕著な歪曲である。しかのみならず、刑訴三三七条二号は、読んで字のごとく、「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき。」と規定している。従つて、「刑の廃止」とは、既成の科刑権の廃止であり既成の「罪の全免」であるが、仮りに刑を規定した刑罰法規そのものを将来に向つて廃止する場合をも含むものと仮定しても、それが「犯罪後の法令（刑法六条とは異り法律だけではない。）により」なされなければならないのである。換言すれば、特に廃止する旨の明白な国家意思の表明を必要とするのである。本件でいえば、犯罪後の法令により少くとも昭和二二年勅令五四二号又は昭和二五年政令三二五号はこれを廃止するとの明文を必要とするのである。（昭和二七年法律八一号同一三七号一連の法律は廃止する旨の明文を置くと同時に、前者はこれに基く既成の命令の効力を存置し、後者は罰則の適用については従前の例によらしめており、また、本件指令違反の罪については大赦を行つていないことは顕著な事実である。）しかるに、廃止する旨の明文もないのに、単に独自の見解で平和条約の発効により当然

失効するとか又は平和条約発効後憲法違反の規定となるというだけでは、（この両説は、いずれも、わが刑事法では行為時法主義ではなく、判決時法主義を採るとの見解に立つものであることというまでもない。）犯罪後の法令により刑が廃止されたとはいえないのである。だが、いましばらく、右のごとく特に犯罪後の法令により又は少くとも刑罰法規を廃止する旨の明文がないときでも、刑を規定した刑罰法規が将来に向つて失効したと思われる場合に、刑法六条を類推適用して刑の廃止があつたと見ることが妥当であるか否かを一応検討して見ることとする。刑法六条は、理論上当然の規定ではなく、論者もいうがごとく、従前の犯罪者に対する恩恵、寛容、仁愛、慈悲の精神によつたものであることは、敢て争わない。（但し、論者の羅列列挙中公平とあるのは、根拠なき独断である。若し、公平の精神によるものならば、行為が実行の時に違法であつた以上判決時に刑が重く変更されたときでも重きに従わねばならぬ筈である。単に恩恵的のものであるからこそドイツ刑法二条a第二項でも同条項を適用すると否とを裁判所の裁量に任かせているのであり、また、刑法六条を適用しない立法を設けるか否か等は自由な立法政策の問題でもあるのである。なぜなら、わが憲法は少しも軽き事後法の適用を強制してはいないからである。）しかし、元来、刑を規定した刑罰法規そのものの廃止又は失効の動機又は理由は、必ずしも、従前の犯罪者に対する恩恵的精神によるものではない。その動機又は理由は、或いは、立法者の側における法的観念、刑法的価値判断に変更を生じ、従前認められていた刑罰法上の可罰性を認むべきでないとするような場合もあり、或いは、単なる事情の変更乃至時間の経過に因るに過ぎないような場合もあるのである。前の場合にはその法規失効の理由に鑑み恩恵、寛容、仁愛、慈悲の精神を拡張して失効と同時に既成の刑罰を廃止したもの、すなわち、既に発生成立した科刑権をも同時に放棄したものと類推、推定しても妥当を欠くとはいえないが、後の場合にはかかる類推や推定を許す妥当性がないのである。従つて、後の場合は、罪刑法定主義当然の約束によつて、行為時法に従い可罰性を認め行為時法所定の刑罰を科するのが当り前なのである。されば、ドイツ刑法二条a第一項は、先ず行為の可罰性並びに刑罰は行為時法によるべき原則を規定し、その





第二項前段に判決時法が行為時法より軽き場合は裁判所の裁量により軽き法を適用し得る旨並びにその後段に判決時に行為が最早科刑されなくなつたときは裁判所の裁量により処罰しないことができる旨それぞれ規定すると共に、その第三項にいわゆる純然たる限時法の場合は法規失効後も必ずこれを適用しなければならないとの裁量禁止規定を設けて、第一項の原則に復帰すべきことを規定したのである。だから、ドイツ刑法の限時法に関する規定は行為時法の原則に対する例外規定ではなく、これが原則への復帰を示したものに過ぎないものであつて、何等例外の拡張ではないのである。これがわが国において、限時法的性格の法令（単なる事情の変更乃至時間の経過に因り廃止し又は失効するに過ぎない法令）は、特に明確な例外的国家意思がない限り行為時法の原則に依るのが当然であると主張する所以である。従つて、ドイツ刑法二条a第二項後段（前段の規定の外特に後段の規定を設けてあることに注意を要する）のごとき規定のないわが刑法六条の解釈として、ドイツ法と同様の結論（しかも、ドイツ刑法においては裁判所の任意裁量である点を無視して）をとる論者こそ、その根本において刑法六条などの立法趣旨を全く誤解しているばかりでなく、原則と例外とを顛倒した見解といわなければならない。なお、「旧法（令）廃止前にした行為に対する罰則の適用については、なお、従前の例による」といつた風の規定は、単に将来に向つて廃止の効果を及ぼし、既成の効果を廃止しないという注意的な規定であつて、刑罰法令の適用は判決時法によるとの原則を示したものではないのである。そしてかゝる規定は、その前提として必ず先ず犯罪後の法令によつて該刑罰法令そのものを廃止する旨の明文あることはいうまでもないのである。わたくしは、少くとも刑を規定した刑罰法令を廃止する旨の明文なくしては、既成の刑罰権放棄の国家意思を推定することはできないと主張するのであり、また、かゝる明文なくして刑法六条や刑訴三三七条二号等を限時法的性格の法令にまで類推適用することは誤りであるというのである。

この点に関し、法令が合憲であることはすべてに先行するもので裁判時においてその法令が違憲であれば刑の廃止と見る外はないとの説がある。この説も結局科刑については行為時法を適用すべきではなく、裁判時法を適用すべきものとする見

解に帰するであろう。わたくしは、第一に或る法令が合憲であるか否かは行為時において決すべく、裁判時において定むべきでないと考える。そして、本件では犯罪行為時において昭和二五年政令三二五号は憲法（正確にいえば憲法九八条第一項）にかかわりなく有効であつて、占領中かゝる有効性のあることはわが憲法もその九八条二項において是認しているのである。従つて、本件政令は行為時において広義の合憲性をも有していたのである。第二に、刑の廃止ありと見るには犯罪後の法令により既成の刑罰権を放棄する国家意思の表現あることを要するものであり、少くとも刑を定めた刑罰法令を廃止する旨の新らたな国家意思の表明を要するものと考える。そして、その法令中には法律ばかりでなく、憲法（又は条約）も含むであろう。従つて、厳密に云えば、犯罪後少くとも刑罰法令を廃止する趣旨の新らたな憲法（又は条約）の制定乃至改正を要するであろう。そして、本件では犯罪後かゝる憲法の制定乃至改正（又は条約の締結）のないことはいうまでもないのである。なるほど、平和条約の発効と同時に憲法は全面的に回復されるであろう。しかし、憲法九八条二項は占領中に有効に存在した過去の例外的な法律秩序を占領後も有効に残存することをも是認しているものと考えるのである。まして、昭和二七年法律八一号、同一三七号一連の法律は、本件の過去における法秩序が占領後も有効に残存することを是認していることが明白であることは先に述べたとおりである。そして、実行の時に違法であつた行為は犯罪後の法令により大赦乃至刑の廃止がない限りこれに対し科刑することが法の秩序を重んずる憲法の精神であり、正に憲法三九条の前提であると思うのである。占領中の指令違反行為に対し平和条約発効後の裁判時において違憲審査を行うがごときは、いわゆる死児の齢を算えるの類であつて、恐るべき法秩序の空白乃至破壊を来すであろう。われわれは、占領中におけるすべての立法、就中論者の金科玉条とする憲法の制定それ自身すら占領的拘束を受けたものであり、しかも、その拘束が占領終了後も依然有効に残存するものであることを忘れてはならないのである。わたくしは、わが国が半ば自主的地位を回復したからといつて、濫りに大陸棚的主張を為す者を戒めざるを得ないのである。第三に、仮りに百歩を譲り平和条約発効後憲法二一条が回復してこれに反する既住の効果を放棄したと見ることが正しいと仮定しても、本件指令が憲法二一条に違反すると見ることについても異見を有する。同条の保障は、公共の福祉に反するときはこれが制限を受けることのあるのは当然であり、また、占領目的に有益な指令が同時にわが国の公共の福祉を維持するに必要なものも存するのであつて、本件指令のごときはこれに属し憲法二一条に反するものとは思われないのである。この点に関し論者とその客観的事態に関する認識を異にするを遺憾とする。



要するに、多数説は、「犯罪後の法令」によらずに、却つて、犯罪後の前記法律八一号又は一三七号の明文に反し、擅に刑の廃止を認めるものであつて、法律の拘束を勝手に逸脱しそれ自身憲法七六条三項に反する違憲の裁判というべきである。その他免訴の裁判が合議の本質上失当であることも（特に、違憲の判断は、最高裁判所裁判事務処理規則一二条所定の定数を欠く無効のもので、裁判所法四条の拘束力を生じ得ないこと勿論である。）、昭和二七年(あ)二八六八号事件の判決中のわたくしの意見に示したとおりである。

裁判官真野毅の補足意見は、昭和二七年(あ)第六六九号被告人渡辺誠一郎に対する昭和二五年政令三二五号違反被告事件の同二八年一二月一六日言渡大法廷判決中に記載の同裁判官の補足意見のとおりである。

裁判官井上登、同河村又介の各補足意見は、前記昭和二七年(あ)第二八六八号被告人坂上仲夫に対する同政令違反被告事件の同二八年七月二二日言渡大法廷判決記載の右両裁判官の各補足意見及び前記昭和二七年(あ)第六六九号（被告人渡辺誠一郎）の大法廷判決記載の右両裁判官の各補足意見中、本件政令三二五号の講和条約発効後の効力に関する部分のとおりである。

裁判官栗山茂の補足意見は、前記昭和二七年(あ)第六六九号（被告人渡辺誠一郎）の大法廷判決記載の同裁判官の意見中本件政令三二五号の講和条約発効後の効力に関する部分のとおりである。

裁判官小林俊三の補足意見は、前記昭和二七年(あ)第二八六八号（被告人坂上仲夫）の大法廷判決記載の同裁判官の補足意見のとおりである。

昭和二八年一二月一六日判決　昭和二七年(あ)第二二二六号

見のとおりである。

検察官佐藤藤佐、草鹿浅之介、福原忠男出席

昭和二八年一二月一六日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　田　中　耕　太　郎

裁判官　霜　山　精　一

裁判官　井　上　登

裁判官　栗　山　茂

裁判官　真　野　毅

裁判官　小　谷　勝　重

裁判官　島　保

裁判官　斎　藤　悠　輔

裁判官　藤　田　八　郎

裁判官　河　村　又　介

裁判官　谷　村　唯　一　郎

裁判官　小　林　俊　三

裁判官　本　村　善　太　郎

裁判官　入　江　俊　郎





被告人　土　肥　喜　八

被告人の上告趣意

一、起訴状には平和のこえ紙がアカハタの後継紙であるとあるが之に就ては根本的に当局及党としての見解の相違あり甚だ不明瞭でありますので自分としても納得行かない点であります。

一、起訴状には自分がアカハタの後継紙である事を認知しながらとありますが自分は之点に関しては認知しては居りませんでした。

一、発行々為に就ての不明瞭なる点。

一、証人鈴木信二氏は法廷に於て自分が二人連にてワラ半紙大のガリ版刷の新聞一部持つて来たと述たが、法廷に提出されたる平和の声紙を見ても、大きさに格段の相違ある事がお覚りの事と思います。他の証人の証言も不明瞭な点が多々あります。

一、高裁に提出したる趣意書にもある如く私は生れて法律上の犯罪を犯したる事なく誠実に今日迄生きて参りました。鉄道在職中に於ても物凄い土砂崩壊にて一時に多数の乗客の生命を護りたる事ありて今日も豆腐屋の売子をして重りたる負債を負いながら極貧の裡に親子五人の生活を支へる為妻の支援と相俟つて辛じてその日その日を過して居ります。

良しく御賢察被下れん事を懇請する次第であります。

以　上

被告人　土　肥　喜　八

弁護人上田誠吉の上告趣意

第一点　原判決は判決後に刑の廃止があつたから、これを破棄して被告人に対し免訴の判決をなすべきである。

一、連合国と日本国との平和条約は原判決の後たる昭和二十七年四月二十八日にその効力を発した。同条約第一条は「連合国は、日本国及びその領水に対する日本国民の完全な主権を承認する」と定め、占領の終結を明らかにした。

二、右条約の発効に伴う占領の終結により昭和二十年勅令第五四二号「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件の廃止に関する法律」第一条はこの件」は当然に失効した。

昭和二十七年法律第八十一号「ポツダム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件の廃止に関する法律」第一条はこの理を宣言的に明らかにした。

三、条約の発効並びにそれに伴う勅令第五四二号の失効により、昭和二十五年政令第三二五号は昭和二十七年四月二十八日に失効した。

即ち政令第三二五号は占領目的の存在を前提とし、専ら占領政策の遂行のみを保護法益とするものであるから占領の終結は、この政令の規定の対象を消滅させた。換言すれば最高指令官の指令それ自体が存在しえなくなつたと同時に、かつて発せられた指令もまた日本国及び国民に対する一切の法的拘束力を失つたのである。従つて政令第三二五号は当然に失効した。

更に政令第三二五号は、勅令第五四二号の授権に基いて定められた委任命令であつて、委任の基礎たる前記勅令が失効すれば政令第三二五号もまたその基礎を失つて当然に失効するものというべきである。

また政令第三二五号は本来その制定の趣旨にてらしその効力の存在期間が平和条約の発効までという、いわば不確定期限付きのものであつたから、条約は期限の到来を意味するのであつて、従つて失効するものと考える他はないのである。

四、もつとも昭和二十七年法律第八十一号は「勅令第五四二号に基く命令は別に法律で廃止又は存続に関する措置がなされない場合においてはこの法律施行の日から起算して百八十日間に限り法律としての効力を有するものとする」と定める。従つて、政令第三二五号もまた昭和二十七年四月二十八日以降法律としての効力をもつに至つたかという疑問があるが。

然し乍ら右規定もまた政令第三二五号の失効を左右するものではない。即ち法律第八十一号の前記条項はいわゆるポツタム命令の各条項をそのまゝ内容とする法律を新たに制定することを企図したものであるが、この条項は、端的にいうならば、最高司令官の「要求」（勅令第五四二号にいう）が条約発効後尚日本を拘束する旨を法律的で定めたことを意味するのであつて、かゝる立法は平和条約第一条(a)、(b)に違反するから無効であるといわねばならない。更に政令第三二五号の場合には、昭和二十七年四月二十八日以降、連合国最高司令官の指令そのものが存在しえなくなり、かつてなされた指令もまた失効するのであるから、この政令に法律としての効力をもたせても構成要件該当事実そのものがなくなるのであるから、かゝる法律を立法しても、これを有効であると考えることは到底できない。

五、かくて政令第三二五は昭和二十七年四月二十八日に失効した。昭和二七年五月七日公布施行、法律第一三七号「ポツタム宣言の受諾に伴い発する命令に関する件に基く法務府関係法命令の措置に関する法律」第二条はこの法理を宣言的に明らかにした。

六、ところで右法律第一三七号第三条「この法律の施行前にした行為に対する罰則の適用についてはなお従前の例による」との規定は、憲法三九条に違反し事後立法禁止の原則を破つたものであるから無効である。即ち政令第三二五号は昭和二十七年四月二十八日に当然失効したのであるから、同年五月七日に改めて右規定を設けるのは、明らかに四月二十八日から五月七日の間に適法であつた行為を事後に処罰せんとするものであり、また四月二十八日前の行為については、既に「無罪とされた行為」に対し事後に刑事上の責任を問うものであるから何れにしても憲法違反である。因みに憲法第三九条に「既に無罪とされた行為」という場合、無罪とは刑訴法上の無罪とは同義でなく、広く刑罰法規の廃止による免訴をも含むものと解すべきであり、しかも「既に無罪とされた」とは、既に刑罰法規の廃止により免訴の判決の言渡をうくべき法律上の地位にたつた場合をも含むと解すべきである。

かくて法律一三七号第三条は憲法違反であつて無効である。

七、従つて政令第三二五号については既に廃止されたものという他はなく、原判決は破棄さるべく、免訴の自判を求めるものである。

第二点　原判決は判決後に刑の廃止があつたからこれを破棄して免訴の判決をなすべきである。

前第一点で論じたことは、また次の観点からも同じ結論を導くことができる。

もし、政令第三二五号が仮に昭和二十七年四月二十八日以降、五月七日まで、同年法律第八十一号によつて法律としての効力をもち、法律一三七号によつて始めて廃止されたと仮定しても、本来政令第三二五号はいわゆる空白刑罰法規の一種であつて、むしろ実体的な規定は連合国最高司令官等の「指令」にあり、政令第三二五号はこの「指令」違反を処罰するための規定であるにすぎない。

従前の政令第三二五号違反事件の判決が法令の適用として連合国最高司令官等の「指令」と政令第三二五号の両者を挙げたのもこのためであつた。

しかるに、この指令の日本国民に対する拘束力の根拠は専らポツダム宣言の受諾に伴う降伏条項の承認にあり、日本国内法とは全く法源を異にするものなのである。

従つて法律第八十一号がいくら政令第三二五号に法律としての効力を与えたとしても、この政令の空白を埋める「指令」に法律としての効力が賦与されたわけではなく、「指令」はいかなる意味においても四月二十八日その効力を失い、更に、法律第一三七号第三条が「従前の例による」と規定して、廃止前の行為については尚政令を廃止しない旨を規定しても、かんじんの「指令」そのものは、もはやいかなる意味においても日本国民、日本国裁判所も拘束する力をもちうべくもないのである。

従つて政令第三二五号に関する限り、「従前の例による」という規定はもはや運用しうべくもない死文である。空白刑罰法規の空白は、四月二十八日前の行為についても埋めようがなく、従つて政令第三二五号は十全な刑罰法規としては廃止されたものと同じである。よつて原判決は破棄さるべきであり、免訴の判決をなすべきである。

第三点　原判決は憲法三十一条に違反する。

一、昭和二十五年七月十八日付マッカーサー元帥の書簡は、全く何らの理由なく、独断と偏見にもとづいて、アカハタを虚偽的、破壊的、煽動的な共産主義者の宣伝紙ときめこんで、言論の自由を弾圧したものであるから憲法二十一条に違反する。

ましてその発行を停止するに止まらず、後継紙、同類紙の発行をも禁止するに至つては日本国憲法の保障する基本的人権をその権力の強大をたのんでぢうりんしたものといわねばならぬ。従つて無効である。

二、われわれは昭和二十五年法律第一三七号第三条によつて「従前の例による」とされたその従前の政令による政令第三二五号、及びアカハタ発行停止に関するマッカーサー元帥の書簡をいまや厳正に憲法にてらして違憲であるか否かを判





断することの自由をえた。そして、前記書簡が憲法二十一条に違反するは火をみるより明らかであつて、違憲にして無効の法令を適用して被告人を処断した原判決は憲法三十一条に違反する。

第四点　原判決は憲法第十九条、同二十一条に違反する。

一、民主主義社会は思想の自由競争を原則とする。思想は本来的に自由であり、人はその懐く思想の故をもつて如何なる社会的不利益をも甘受する義務をもたない、憲法第十九条はこのことを保障する。思想の自由は当然に表現の自由を伴う。思想はそれぞれの方法によつてその正当性を主張し、これを宣伝することの自由を保障されている。（同法第二十一条）一人でも多くの多数人を獲得した思想が、その時代の権力者の思想となる。そして多数人を獲得するための言論もまた本来的に自由である。

二、歴史的にみて、その自由を抑圧された言論は、常に少数者のそれであり、かつ時の権力者に反対するものそれである。多数者の言論が政府権力によつて抑圧されたことはなく、時の政治権力に親しむ言論は未だかつてその自由を奪われたことがない。第二次大戦前、日本国民を悲惨な戦争にひき込もうとする言論は完全に自由であり、権力の手厚い保護をうけたにも拘らず、戦争に反対し、時の政策を批判する言論は、血腥い弾圧をうけたのであつた。時の政治権力の側にたつ言論は本来、あらためて、国の基本法によつてこれを保障する旨を規定しなくても、それは抑圧される心配は少しもない。従つて日本国憲法が、明治憲法下の激しい言論弾圧が日本を戦争にたゝきこんだ大きな原因であつた事実を反省し、二度とかゝる事態に至ることを防止する決意の下に、その第二十一条において言論の自由を保障する旨を定めた所以は、他ならぬ反対少数者の言論をこそ保障せんとするにあることは多言を要しないといわねばならぬ。

三、本件「平和のこえ」紙は、朝鮮事変が起つて以来、頓にはげしくなつた戦争政策に反対し、警察予備隊の増強と軍需

工業の復活に警告を発しつづけて来たものであつて、まさしく、時の政治権力に反対する言論であつたのである。

憲法第二十一条は「戦争のこえ」に反対する「平和のこえ」の言論の自由を保障するものと解するのでなければ全くナンセンスであるというべきである。

四、原判決は、この理を無視し、「公共の福祉」をもつて、本件弾圧を合法化した。

しかしながら「公共の福祉」は「言論の自由」の保障によつてのみもたらされるものであつて、基本的人権を制限する場合に、これを合理化する理論として用いられることは許されない。

前述の如く、「言論の自由」は今日の社会がなり立つための基本的原理であつて、これを破壊することは、同時に今日の社会そのもの存在に向かつて、挑戦するものである。

原判決のいう「公共の福祉」は一部少数権力者の「福祉」であつて、戦争に利益を感じ、国民の「平和のこえ」に脅威を感ずる者の「幸福」をいんぺいするためのものである。

ナチズムはワイマール憲法の保障した基本的人権を侵奪するために、「公共の福祉」論を百パーセントに利用した。

「公益優先」の語はナチスから輸入されて日本でもつい先頃まで流行していた言葉であることを想起すべきである。

「平和のこえ」を弾圧したのは、明らかに戦争を強行しようとする権力であつた。それはアメリカ国内の軍国主義勢力と結びつき、アメリカ国内でも激しい批判をうけている一部軍人と融合した日本反動勢力であつて、更に端的にいえば、吉田自由党内閣であつた。原判決はこの政策を合理化するために、「公共の福祉」論が利用していることは一見明瞭であるといわねばならぬ。もし真に、「平和のこえ」紙の内容が徒らに「人心を惑わす」ものであつて、その発行が許されないものであるというのであれば、裁判所は、十分にその内容を検討し、そのしかる所以を論証すべきであり、この点について何ら実体的な判断をも行わずに「公共の福祉」論をふり廻すことは、絶対に許されないと考える。



五、よつて原判決は真向から憲法第十九条、同二十一条に違反した違憲判決であつて破毀すべきである。

第五点　原判決は憲法三十一条に違反する。

一、「平和のこえ」紙についてはその発行を停止する最高司令官の指令がない。新聞の発行を停止する管理法上の基本法は一九四五年九月十日付「言論及新聞の自由に関する覚書」であつて、しかも新聞を特定することを要するは右覚書にてらして明らかである。

二、しかるに昭和二十五年七月十八日付書簡はアカハタを特定するのみで、他はその後継紙並びに同類紙並びに同類紙というだけであり、何が後継紙又は同類紙に当るかについては何もふれていない。

従つて同じく「平和のこえ」紙についても何もふれていない。

三、後継紙並びに同類紙というは、何がそれらに該るかについて発令者以外の者の判断を介在せしめる必要があるから、発行停止の対象たる新聞の特定としては不十分である。

こと言論の自由に関する以上、発行停止の対象たる新聞の特定は、命令自体の記載からして、他の者の判断を介入せしめる要なく、自明でなければならないのである。

四、従つて「平和のこえ」については、連合国最高司令官の指令がないに帰するから、原判決は法令なきに拘らず、被告人を処罰したものとして、憲法第三十一条に違反する。

第六点　原判決は憲法第三十一条に違反する。

一、原判決は被告人の頒布行為を処罰したものであるが、頒布については何もふれていない。最高司令官の前記書簡は、ただ「発行」を禁止するのみであつて頒布については何ら法令がない。

二、原判決は「平和のこえ」発行停止の根拠となつた最高司令官の前記指令は虚偽、煽動的、破壊的な共産主義者の宣伝

の播布を阻止する目的をもつてなされたものであることは明らかであるから、右新聞の編集、印刷、出版、運搬、頒布その他右宣伝の播布のためにする一切の行為を包含するものと解せられるから、原判決が被告人の頒布行為をもつて指令に所謂発行々為と解したのは相当であるというけれども、原判決のこの部分は、全く何人を説得するに足らない。即ち、仮に前記書簡を原判決のいう如く解釈するのが正しいとしても、共産主義者の宣伝の播布を阻止するために、何故頒布者をも処罰する必要があるのかは、何ら説明されないのである。

問題は、新聞の発行（言葉の正確な意味において）を停止せしめるにある。「新聞紙」が日の目をみる前にとめればそれで必要にしてかつ十分なのである。当該新聞が発行されてから、それを運搬、頒布する者をも処罰する合理的理由は何処にもない。前記書簡が「発行を停止する」という語を用いたのも、本来、言葉の本来の意味における発行者のみを処罰することを予期したものといわねばならぬ。それにも拘らず、処罰の範囲をかくも拡張して、頒布者、運搬者、掲示者、所持者をも処罰するは、明かに必要以上に人を処罰して、平和運動を弾圧せんとする吉田自由党内閣の政治的意図に裁判所が屈従したものである。

三、従つて原判決は所詮罰条なきに人を処罰せんとするに帰するものであつて、憲法第三十一条に違反するは明白であるといわねばならぬ。

四、発行とは頒布をも含むといういわゆる有権解釈が最高裁の事務局から各裁判所に流されていたが、今日かゝる解釈を有権的なものとするいかなる理由もないことを付言する。

日本国は独立国である。

第七点　原判決は憲法第七十六条第三項に違反する。

一、憲法の右条項は裁判官に対し「その良心に従い独立してその職権を行い、この憲法及び法律にのみ拘束される」ことを要求する。



二、前記第三点に指摘した如き「発行々為」の拡張解釈を行つた原審裁判官は明らかにその良心に従つて独立してその職務を行う憲法上の義務に違反し、占領軍と吉田内閣の反共政策に迎合し、これに盲従したものと考える他はない。

三、原審裁判官は占領軍の反共政策に追従し、被占領者の思惑から占領者の真意をほしいまゝに憶測し、これをできるだけ広く解釈すれば問題は起るまい、その卑屈な心情から前記解釈を行つたものであつて、これを黙過することは許されないと考える。

第八点　原判決は「平和のこえ」をもつてアカハタの後継紙と誤認したが、この誤認は判決に影響を及ぼす重大なものであつて、原判決はこれ破棄しなければ到底正義の要求に応えることはできないと考える。

一、後継紙たるの立証のためには具体的に、かつ詳細に「平和のこえ」の記事内容がアカハタのそれと同一傾向であることをまづ明らかにしなければならない。しかるにこれらの両紙は一方が共産党の中央機関紙として党の政策を何らの修飾もなく表現して、全党を指導していたのに比較し、「平和のこえ」は大衆新聞として国民の平和を求めるこえを忠実に報導し、日本の軍事基地他の事象を平和の観点から論評していたにすぎないのである。

二、本件記録には、この点につき後継紙たるを首肯せしめるに足るものは何もない。アカハタは、戦後においても一千号以上に及び発行を続けてきたもので、その中からほしいまゝにしかも僅かに数部をとりあげて、これと「平和のこえ」との比較を論ずること自体刑事裁判所における事実認定の厳密性を著しく無視するものである。

三、「平和のこえ」がアカハタの後継紙というは明らかに事実の誤認であつて、この誤認は被告人の有罪、無罪を決するものであるから極めて重大なものである。「原判決を破棄しなければ著しく正義に反する」に至るは自明である。

第九点　原判決の量刑は不当に重く、これを破棄せざれば著しく正義に反すると考える。

一、日本は独立した。占領目的はなくなつた。今日、被告人を実刑八月に処する合理的理由は何処にもない。

二、後継紙の頒布者が実刑の言渡をうけている今日、本家本元のアカハタは、いまや完全な合法紙として巷間に売り出されている。本件被告人を実刑をもつて処罰するは公平の観念がこれを許さない。

三、被告人は「平和のこえ」を数部配つたといつてどれほど占領目的を害したというのであらうか。独立した裁判所は今日、この問題を再評価する責任を国民に対して負担する。

裁判所は条約発効に伴う大赦令が注意深く本件事犯を除外した政治的目的に屈従すべきではない。

四、国鉄解雇後、妻子をかゝえて、つゝましく豆腐をうりながら生活を営む被告人を、今日実刑に処することは恐らく国民の何人をも納得させないであらう。

以　上





検察官提出の答弁書は次のとおりである。

最高検察庁検事草鹿浅之介、同福原忠男の答弁書

右の者に対する昭和二五年政令第三二五号違反被告事件につき、被告人及び弁護人上田誠吉よりそれぞれ提出にかかる上告趣意書記載の上告理由に対し、次のように答弁する。

第一、被告本人の提出にかゝる上告趣意書記載の上告申立の理由は措辞必しも明白でなく、主とし原審の事実認定を争うものゝ如く、その間法令の解釈に関する事項について争う如く認められる部分もあるが、適法な上告理由として採り上げるべきものとは認められない。

第二、弁護人上田誠吉の提出にかゝる上告趣意書記載の上告申立理由について。

第一、二点　本件につき刑の廃止があつたとの主張について。

昭和二五年政令第三二五号は昭和二七年法律第八一号第二項により平和条約の発効の日以後百八十日間を限り法律としての効力を有するものとされ、更に同年法律第一三七号第二条により同年五月七日廃止されたものであるが、右法律第一三七号第三条第一項の規定により同法施行前にした違反行為に対してはなお従前通り罰則を適用することができるものとされている。この点について同政令の内容に関連して異見を狭む主張がなされているので、これに対する意見を分説する。

(1)　まず弁護人は政令第三二五号に委任命令でありその授権の基礎である昭和二〇年勅令第五四二号の廃止により当然失効したものであるから平和条約発効以後は同政令の失効により刑の廃止があつたものと解すべしというのであるが、これは同政令がいわゆる限時法的性格を有する法令であることを知らざることに其因する立論というべきである。すなわ

ち「国家社会ガ戦争、事変、天災其ノ他ノ異常変則ニシテ、而モ早晩終熄経過シ去ルベキ事態ニ当面シ其ノ臨時的必要ニ対処センカ為ニ制定シタル暫行的刑罰法令」は限時法的性格を有するものであり、かゝる刑罰法令は、その異常事態が解消すると共にその臨時の必要もまた消滅するので必然的に改廃される性質のものであるけれども、その改廃される までの同法令違反の行為については、その改廃により遡つて処罰価値を喪失する理由がないから、その改廃後もなお行為当時の法令に照して処罰することができるものとされている。（昭和二二年四月五日大審院刑事連合部判決、昭和二五年一〇月一一日最高裁判所大法廷判決参照）

政令第三二五号はポツダム宣言の受諾に伴い連合国軍の占領下におかれたわが国が、その異常な事態における臨時的必要に対処するために制定した一連の法令の一であり、平和条約が締結されその発効を見るときは当然改廃されるべき性質の政令であることは明かなところであつて限時法的性格を有する法令と解すべきものである。従つて同政令は前示法律第一三七号により廃止されたが、これは国家の法律的見解の変更に基くものでなくて、占領状態の終了により必然的に廃止されたものであるから、その廃止前の違反行為に対しては、これを処罰し得ることは、同政令の限時法的性格に因る当然の帰結であり、右法律第三条第一項において同法施行前にした違反行為に対する経過規定を定めているのは、その当然の事由を明示したものというべきである。

(2) 次いで弁護人は同政令が廃止されながらその罰則の適用についてなお従前の例によるとの右法律第三条の規定を目して事後立法的性質のものであり、憲法第三九条に牴触すると主張するのであるが、右規定は廃止前の政令により処罰の対象であつた既存の行為につき政令の廃止後もなおこれを処罰することができる旨を定めたものであつて従前適法行為とされていたものを遡つて処罰できるとする如き事後立法に当るものでない。

(3) 更に弁護人は最高司令官の指令が政令第三二五号違反の罪の構成要件であるから平和条約発効後指令の失効に伴い昭





和二七年法律第八一号第二項又は法律第一三七号第三条第一項の規定により従前の行為を処罰しようとしても、構成要件を欠くこととなり犯罪の成立を認め得ないものの如く主張するが、本政令の如き限時法的性格を有するものにあつては、その廃止された後に、それ以前の行為時において有効な指令があればそれに違反する行為を処罰し得るのであり裁判時になお構成要件としてその指令が引続き有効たることを要するものではない。このことは価格等統制令違反における主務大臣の告示が裁判時になお有効であることを要しなかつたと同様に理解されるものである。

第三、四点　本件につき憲法第一九条及び第二一条違反があるとの主張について。

政令第三二五号は最高司令官の指令を前提としその指令の趣旨に反する行為を処罰するのであるが、本件においてはその指令は昭和二五年七月一八日附「アカハタ及びその後継紙並びに同類紙の無期限発行停止に関するマッカーサー元帥の内閣総理大臣あて書簡」がこの指令に該当するのであり、本件上告理由では右書簡を思想の自由乃至は表現の自由に対する不当な抑圧であるとしてその憲法違反なることを論難している。しかしながら

(1) 政令第三二五号の規定の内容を検討するに、同政令は連合国最高司令官の日本国政府に対する指令に違反する行為を概括的に「占領目的に有害な行為」として処罰の対象としたものであるが、これはわが国がポツダム宣言の受諾及び降伏文書の調印に基いて最高司令官の占領管理下におかれていた特殊異常な事態に対処するため同司令官の発する指令が直接国民に対して国内法上の拘束力を取得し、その指令違反を処罰することができるように定めたものである。この場合に指令の内容が国民の基本的人権を制約するようなものであつても、同政令は次に詳述する如く憲法第十二条、第十三条に規定する公共の福祉の枠内において肯認できるものであり憲法に違背するものではない。

(2) 弁護人は思想の自由乃至は表現の自由に対する制限に対して公共の福祉の理論をもつて理由付けることは不当であるとの主張を掲げているが、憲法の保障するこれらの自由といえども無制限のものでなくて公共の福祉のために制約を受

けることは勿論である。即ちその内容又は発表の形式が特に他の法益の侵害を伴う如き言論が取締の対象となることは刑法に名誉毀損罪の規定がある等のことからも明かである。しかして本件について言うならばその処罰の基礎とせられる前示昭和二五年七月一八日附マッカーサー元帥の書簡による指令は、朝鮮事変の勃発する前後において、わが国の共産主義者が言論の自由を濫用してアカハタ及びその後継紙、同類紙を刊行して執拗に無秩序へのせん動を続け、人心をかく乱して公共の安寧と福祉とを侵害する危険が明白であつたためこれを防止するため必要已むを得ざる措置を講じたものであり、まさに公共の福祉を維持するためのものであると理解せられるのみならず更に一般的に論じて最高司令官の指令は降伏条項を実施するために適当と認めて発せられたものであり、その指令を遵守することはポツダム宣言の誠実な履行を確約したわが国としての国際信義上の義務であり、国際信義を保持することはわが国の公共の福祉に合するものであるから憲法の条規に違背するとの主張は到底容認し得ないものである。

第五点　「平和のこえ」に対する発行停止の指令について。

弁護人は本件「平和のこえ」紙につきそ発行の停止を命ずる指令はないと主張するのであるが、前示アカハタ及びその後継紙並に同類紙の無期限発行停止に関するマッカーサー元帥の書簡はその文中に明示されている通り共産主義者がその破壊的暴力綱領を宣伝し、その他無責任不法の少数分子をせん動するために利用している報道機関としてのアカハタ及びその後継紙、同類紙を取締の対象としているのであり、「平和のこえ」がアカハタの後継紙に該当することは、同紙所掲の各般の記事の表現及び内容その発行関係の実情等より十分推認できるのみならず、右書簡の内容に関する発令官憲の有権的解釈がこれを認めているのであり、その解釈は指令の意義に関する最終的のものであつて指令の規範的内容を規定したものであり、いわば指令の内容自体に外ならないものであるから、右書簡により「平和のこえ」に対する発行停止の指令がなされていることは明瞭であり、これに反する所論は採用するに由なきものである。



第六点　発行行為の意義について。

こゝにおいて弁護人は原審が被告人の「平和のこえ」の頒布行為を法の正文なきにかかわらず前示書簡にいうところの発行行為に該当するものとして刑罰を課したことは、憲法第三一条に違背するものであると主張するのであるが、同書簡にいわゆる発行行為は、その意義を所論のように狭義に解すべきものでなくして、アカハタ及びその後継紙並に同類紙を一般人に普及するためにする一切の行為を指し、編纂、印刷、発売、頒布、運搬、頒布目的の所持等をいずれもこれに該当するものとすることが同書簡の意図するところから当然に理解されるばかりでなく、この点に関する発令官憲によつてなされた最終的解釈もこれと同一に帰するのであるから、これに従つて相当法条の適用をなした原判決には憲法の条規に関する違背はこれを認めるべくもない。

第七点　本件につき憲法第七六条第三項違反があるとの主張について。

この点に関する上告理由は、原審裁判官の法令解釈の心理過程につきほしいままなる憶測を加えたのみのものであつて根拠ある立言とは認め難くその主張も到底採用し得ない。

第八、九点　重大な事実の誤認及び量刑不当の申立について。

「平和のこえ」がアカハタの後継紙であることについての事実認定を争う点については前記第五点、第六点において述べた通りであり、又原審の刑の量定は相当であつて特に原判決を破棄すべき理由を認め難い。

仍つて本件上告申立理由は何れもこれを認むべき何等の根拠もないので本件上告はこれを棄却せられるを相当と思料する。

以上

昭和二八年(あ)第四〇五四号

決　定

本籍並びに住居　佐賀県西松浦郡東山代村大字大久保四六二二番地
農業兼東山代村農業協同組合長

田　中　徳　一

明治二四年八月二六日生

右に対する公職選挙法違反被告事件について昭和二八年七月一四日福岡高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人田中廉吾の上告趣意第一点乃至第三点は、単なる刑訴法違反の主張に帰し、第四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。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。（第一、二点所論の各供述書は、たとえ本件の事実に直接関係のある者であつても、本件被告人に対する関係で、刑訴三二一条一項の「被告人以外の者」又は同二二三条一項の「被疑者以外の者」にあたることは明らかである。また、刑訴規則四四条は、公判調書の必要的記載事項を限定しているのであるから公判調書に記載のないことを理由として、第三点所論のように、被告人側の意見をきく手続がなされなかつたということはできない。）

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

昭和二八年一二月一六日決定　　昭和二八年(あ)第四〇五四号

昭和二八年一二月一六日決定　昭和二八年(あ)第四〇五四号

昭和二八年一二月一六日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜山精一
裁判官　栗山茂
裁判官　小谷勝重
裁判官　藤田八郎
裁判官　谷村唯一郎





昭和二八年(あ)第四〇五四号

被告人　田中徳一

弁護人田中廉吾の上告趣意

第一点　原判決は控訴趣意第三点末項第四点（追加分を含む）の判断として

……刑事訴訟第三二一条第一項（以下法と略稱する）の被告人以外の者に該当するものであることは記錄によつて明かであるから右各供述調書を同条第一項第二号の書面として提出したのは当然である。記錄によつて右供述者の供述に任意性のあることを認めた原裁判所の措置は相当で……と判示してゐる。

併し

(一)　法第三二一条第一項第二号によつて証拠能力ある書面となすにはその但書の示す如く只單に任意性あるを以ては足らず公判準備又は公判期日に於ける供述よりは前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限るのである。仮りに任意の供述であつても供述者に於て或は被告人を故意に陥れんとして虚偽の供述をすることあるべく或は自己の罪責を免れんが為め或は逮捕勾留を免れんとして検察官、司法警察職員に対しその意を迎えんが為め迎合的供述を為す者無きを保し難いのである。

之亦何れも供述者の任意の供述に外ならない。加かも之等の供述に対しては公判準備又は公判期日に於ける供述と異り偽証の制裁もないのである。故に法第三二一条第一項第二号但書に於て前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限るとの規定を設けたる所以も茲に存すると思料する。

この但書規定は單に任意の供述であるを以てしては足らず積極的に前の供述を信用すべき特別の情況の存することの明かな証左あるときに限り証拠能力あるものと解すべきものと思料する。

この理は法第三二一条と第三二二条と対比し第三二二条が特に任意の供述なる用語を使用せる点から見ても容易に諒解せらるゝところと思料する。

(二) 檢察官、同事務官、司法警察職員が取り調べ供述調書を作成する事を得る場合は法第二二三条及第一九八条によるものと思料する。

而して法第三二一条第一項に所謂被告人以外の者とは当該被告事件の共同被告人及共犯関係に立つ者竝当該被告事件に直接関係ある被告人、被疑者（公職選擧の供与被告事件に於ける受供与被告人、窃盗被告事件に於ける賍物罪の被告人等）以外の者と解すべきものと思料する。

元来之等は共同被告人として起訴し得るものであるが若し原判決の如く解せんか檢察官はその自由意思によつて分離起訴し得る處れなきを保し難く斯くては法第三二一条と第三二二条とを各設けたる各規定の精神を案ずることゝなるのである。

要するに原判決は法第三二一条の解釋を誤つたものと云ふべくこの誤りは著しく正義に反し判決に影響を及ぼすものと思料する。

第二点　原判決の控訴趣意第五点（追加分を含む）の判斷について

併し第一審判決が重要なる事実認定の証拠として採用したものは法第三二一条第一号によつて提出された供述調書で之は何れも法第二二七条に基く証人尋問の請求が出来るのは法第二二三条によつて供述を求めたる事のある場合に限るのである。檢察官が法第二二七条の明記する如く被疑者以外の第三者としての供述で加かも任意の供述をしたものが法第二二七条所定の理由あるときに限り公判期日前証人尋問の請求が出来るのである。





然るに第一審が証拠として採用した之等の証拠は何れも先きに法第二二三条によつて供述したのでわなく第一九八条によつて供述したものであるから（法第三二一条第一項第二号によつて檢察官は法第二二七条によつて公判期日前証人尋問の請求は出来ないのである。

この違法なる手續によつて為された証人尋問調書を法第三二一条第一項第一号の証拠として採用した第一審判決は違法て云ふべく又何等の違法なしとした第二審判決も亦違法と解する。

この違法は供述調書の証拠能力に関する重要なる問題であつて著しく正義に反し判決に影響あるは勿論である。

第三点　原判決は控訴趣意第六点も理由なしとした。

併し第一審の第六回公判調書によると檢察官が法第三二一条第一項第二号第一号に基いて提出した証拠については弁護人被告人の意見を聽かず直ちに採用し之等の意見を求めた記載がない。

而して被告人及弁護人は之に対し異議を述べた記載はないが弁護人は最終弁論に於て証拠価値なしと意見を述べてゐる。

証拠能力なしと云ふも証拠価値なしと云ふもそれ単に用語の相違、誤りと云ふべく其趣旨不同意を述べたるものと解すべきである。殊に被告人弁護人は冒頭陳述以来訴因を否認し争つて来た本件事案に鑑み反対の趣旨の記載ある之等の書面を証拠とすることに同意する理はないのである。

即ち弁護人被告人の意見を聞かずして直ちに採用した違法がある。

最高裁判所昭和二五年(あ)第七二〇号同二十七年十一月二十一日第二小法廷破棄差戻判決、御庁刑事判例集第六巻第十号一二二三頁

第四点　原判決は控訴趣意第一、二七点及第三点、古館弁護人の控訴趣意も亦理由なしとした。

併し

(一) 控訴趣意第一点に述べてゐるように証拠の取捨価値判断引いては事実の認定は事実裁判所の裁判官の専権に属するとは云へ之等は合理性がなければならない。

従来被告人と候補者大坪保雄とは一面識もなく何等の関係もなかつた被告人が大坪の当選を得しめんが為め私費を以て選挙人に饗応するの理あらんやである。之を若し為したとなすには之を為すべき合理的事実を証明すべき証拠がなければならぬ又その然る説明を要する。

然るに第一、二審判決には之に欠ぐるところがあり一件記録によるも之を証明すべき証拠はない。

(二) 第一審判決は全く二判中心の主義を無視してゐる。

第一審が採用した証拠は何れも公判期日以外に於て作成された証拠のみであつて公判期日に於ける証人の証言はその総てを排斥してゐる。

(三) 一件記録によるも仮りに被告人が選挙人に饗応したとしても之を以て直ちに候補者大坪保雄の当選を得しめんが為めであつたとの証拠はない。

一件記録によると被告人は候補者保利茂の運動員であつた事が充分看取さるゝのであるから却つて同候補者の為め饗応したと見る事が合理性に富んでゐるのである。

被告人の心中仮令本事案が寛罪であつたにせよ候補者保利茂の為めん運動したと認定せらるゝ事は多年の社会的信用と地位とを顧み終生の恨事とするところである。

即ち第一、二審は判決に影響を及ぼすべき重大なる事実の誤認があり之を破毀しなければ著しく正義に反すると思料する。

以上



昭和二七年(さ)第一号

# 判決

本籍　秋田県仙北郡金沢町大字安本字安本一五六番地
住居　福島県石城郡好間村大字上好間字大畑一〇二番地
土工　高橋義男　大正一三年一一月二〇日生

本籍　東京都荒川区三河島町五丁目二三七番地
住居　不明
無職　上田好道　昭和三年二月一九日生

主文

本件非常上告を棄却する。

理由

右の被告人等に対する暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件について、被告人高橋義男に対し昭和二六年二月一四日、同上田好道に対し昭和二六年五月二二日仙台高等裁判所の言渡した各判決に対し、検事総長から非常上告の申立があつたので、当裁判所は刑訴施行法二条に則り次のとおり判決する。

昭和二八年一二月一六日判決　昭和二七年(さ)第一号

検事総長の非常上告理由について。

一件記録によれば、被告人高橋義男、同上田好道の両名が相被告人山口文雄、同高橋一彦外三名と共同して暴力行為等処罰に関する法律第一条違反行為をしたものとして、昭和二三年一二月三〇日福島地方裁判所平支部に起訴されたところ、同二四年四月五日同裁判所は、起訴に係る右所為は、被害者に対する強姦罪の構成要素でこれと不可分の関係にあつて、しかも、強姦罪については、告訴が取下げられたから暴力行為についても公訴権が消滅したとの理由で公訴棄却の判決を言渡したこと、検察官が右判決に対し控訴の申立を為し、仙台高等裁判所は、右の公訴事実を認定して被告人等の所為を暴力行為等処罰に関する法律に違反するものとして所論の有罪判決を為し、被告人両名に対する該判決がそれぞれ確定するに至つたこと、並びに、昭和二七年七月一一日当裁判所第二小法廷は、右仙台高等裁判所の判決に対し上告を申立てた相被告人山口文雄、同高橋一彦の両名に対し、前記平支部の判決と同様の理由を以て原判決を破棄し右両名に対する公訴を棄却する旨の判決をしたことは、いずれも、所論のとおりである。

しかし、暴力行為等処罰に関する法律第一条の違反行為は、同条所定の構成要件を充足するによつて成立する非親告罪であつて、その内容が数人共同して暴行をした場合でも必ずしも刑法一七七条前段の強姦罪の構成要素ではなく、まして、これと不可分の一体を為すものではない。従つて、検察官が、同法律第一条違反の公訴事実のみを、何等姦淫の点に触れずに、同条違反の罪として起訴した以上、裁判所は、その公訴事実の範囲を逸脱して、職権で親告罪である強姦罪の被害者が姦淫された点にまで審理を為し、その暴力行為は、起訴されていない該強姦罪の一構成要素であると認定し、しかも、当該強姦罪については告訴がないか又は告訴が取消されたとの理由をも明示して、公訴を棄却する旨の判決を為し、これを公表するがごときこと（そして、かくのごときは、却つて被害者の名誉を毀損し、強姦罪を親告罪とした趣旨を没却すること勿論である。）の許されないことというまでもない。



果して然らば、被告人両名に対する原確定判決の審判は、前記当裁判所第二小法廷の判決とは相反するが、何等法令に違反した点が認められないから、本件非常上告は、その理由がないものといわなければならない。

よつて、旧刑訴五一九条に従い、主文のとおり判決する。

この裁判は裁判官斎藤悠輔並びに裁判官藤田八郎の各補足意見及び裁判官田中耕太郎、同霜山精一、同栗山茂、同小谷勝重、同谷村唯一郎、同本村善太郎の反対意見を除く裁判官全員一致の意見によるものである。

裁判官斎藤悠輔の補足意見は、次のとおりである。

反対意見は、附加理由として、「本件の如き輪姦事件の場合、その犯罪構成要素の一部である暴行行為のみを抽出して、之を暴力行為等処罰に関する法律違反として起訴しその有罪判決確定後は、強姦罪の適法な告訴がなされても、もはや同罪をもつて起訴し及び審判することができなくなる不合理な結果を招来する」旨主張する。しかし、本件は、暴力行為等処罰に関する法律違反事件であつて、輪姦事件ではない。これを輪姦事件と見るのは、起訴の範囲を逸脱し、強姦罪を親告罪とした趣旨に反して、いわれなく被害者の名誉を毀損するものである。また、論旨のいわゆる不合理な結果を招来するのは、親告罪である強姦罪においてのみ特有な問題ではなく、非親告罪である一罪の一部について、（例えば、強盗を暴行又は窃盗とし、殺人未遂を傷害とするがごとく）確定判決を受けたような場合は、常に同一の不合理な結果を生ずるのである。これは、わが国の立法者が憲法三九条所定の二重処罰禁止の規定を誤解して被告人のため不利益な再審を全面的に認めなかつたためであつて、旧刑訴四八六条二号は、かかる不合理な結果を生じないように規定してあつたのである。（なお、被告人の不利益のための再審手続規定並びに刑法五八条を廃止したのは、全く条理に背く明白な誤解であり、極めて顕著な「行過ぎ」の一例であることについては、私の意見判例集四巻九号一八〇九頁一八一〇頁参照）。されば、かかる附加理由は、反対説の根拠となり得ないばかりでなく、むしろ、一定の条件の下に被告人の不利益のための再審を認める必要を痛感せしめ

る一理由に過ぎないものというべきである。

裁判官藤田八郎の補足意見は次のとおりである。

本件起訴にかかる被告人等の所為が暴力行為等処罰に関する法律第一条第一項に該当することは明らかであつて、ただ記録にあらわれた証拠からすれば右暴力行為は、一面において、強姦の手段として為されたものであることがうかがわれるのである。かかる場合に強姦について告訴がないからといつて、右起訴はその訴追要件を欠くが故に不適法として公訴棄却の判決をすべきものでないことは、昭和二六年(れ)第一七三二号同二七年七月一一日言渡当裁判所第二小廷法判決中、私が少数意見として記したとおりであるから、これを本件の補足意見として引用する。

裁判官田中耕太郎、同霜山精一、同栗山茂、同小谷勝重、同谷村唯一郎、同本村善太郎の反対意見は次のとおりである。

われわれは昭和二六年(れ)第一七三二号、同二七年七月一一日第二小法廷判決（判例集六巻七号刑事八九六頁以下）理由と同一理由により、多数意見に反対するものである。よつて、右第二小法廷の判決理由をここに引用する。

なお、右の外、次の理由をも附加する。即ち強姦罪は暴行又は脅迫と姦淫とが合一して構成される単一の犯罪であり、暴行脅迫罪の外に姦淫の罪が成立するものではない。

しからば、本件の如き輪姦事件の場合、その犯罪構成要素の一部である暴行行為等のみを抽出して、之を暴力行為等処罰に関する法律違反として起訴しその有罪判決確定後は、強姦罪の適法な告訴がなされても、もはや同罪をもつて起訴し及び審判することができないこととなり、その結果は謂われなく強姦罪としての刑責（暴力行為等処罰に関する法律第一条の法定刑は三年以下の懲役刑又は罰金刑であるが、強姦罪の法定刑は二年以上十五年までの懲役刑である）を免れるという不合理な結果を招来するに至るものである。以上の各点より考えても、強姦罪の場合、その手段行為となつた暴行（即ち強姦罪の構成要素となつた暴行）に関する公訴が提起された場合、裁判所は審理の結果それが強姦罪の手段行為である暴行と認めるときは、強姦罪全般としての審判権があること、したがつてそれには適法な告訴のあることが訴訟条件となることの理のつを知り得べきである。



果して然らば、被告人高橋義男、同上田好道の強姦罪については公訴提起前すでに適法に告訴が取消されていたのにかかわらず、その強姦罪の構成要素の一部である暴行行為について、右被告人両名に対し、暴力行為等処罰に関する法律違反罪なりとして公訴が提起された本件について、右両被告人に対し同罪ありとして有罪の言渡をした仙台高等裁判所の確定判決は法令の解釈を誤つたもので、その審判法令に違反するものである。従つて、本件非常上告は理由がある。そして右原判決は被告人等に不利益であるから刑訴施行法二条旧刑訴五二〇条一号に従い原判決を破棄し、旧刑訴三六四条六号により被告人両名に対し公訴棄却の判決を言渡すべきものである。

昭和二八年一二月一六日

最高裁判所大法廷

裁判長裁判官　田中耕太郎

裁判官　霜山精一

裁判官　井上登

裁判官　栗山茂

裁判官　小谷勝重

裁判官　島保

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　藤田八郎

昭和二八年一二月一六日判決　昭和二七年(さ)第一号

裁判官　岩　松　三　郎
裁判官　河　村　又　介
裁判官　谷　村　唯　一　郎
裁判官　小　林　俊　三
裁判官　本　村　善　太　郎
裁判官　入　江　俊　郎



昭和二七年(さ)第一号

検事総長佐藤藤佐の非常上告理由

被告人高橋義男
同　上田好道

被告人両名は相被告人山口文雄、同高橋一彦外三名と共に、その多数の勢をたのんで婦女を暴行せんことを共謀し、昭和二三年九月二三日頃の午後一〇時頃福島県石城郡好間村字大畑、隅田川炭礦の撰炭婦である同郡内郷村大字宮字竹の内芳賀ウメ同ハルヨ（姉妹）両名の帰宅途中を待ち伏せ、おのおの覆面の上抵抗する右両女をつかまえて右隅田川炭礦ズリ捨場の川辺及び同所ボーリング小屋に連行して、同女等を押倒し或は裸体となす等、多数の威力を示して暴行したものであるとの事実につき、暴力行為等処罰に関する法律違反事件として、同年一二月三〇日福島地方裁判所平支部に公訴を提起せられたところ、昭和二四年四月五日同裁判所は、被告人等に対する強姦の所為についても、被害者より昭和二三年一二月二九日附の告訴取下書が福島地方検察庁平支部に提出されているから、これにより強姦罪に対する公訴権は消滅し、したがつて強姦罪の構成要素であつてこれと不可分の関係にある暴行の所為についても、当然公訴権は消滅したものと言うべきであるとの理由により、被告人等に対し公訴棄却の判決を言渡したが、検察官は右の判決を不当として同年四月七日控訴の申立をなしたところ、仙台高等裁判所は右の公訴事実を認定し被告人等の所為を暴力行為等処罰に関する法律に違反するものとして、昭和二六年二月一四日被告人山口文雄、同高橋義男、同高橋一彦の三名に対し各懲役一年に処するとの判決を、又同年五月二日被告人上田好道に対し懲役一年に処するとの判決をそれぞれ言渡し、右判決は高橋義男に対しては同年三月一日上田好道に対しては同年六月六日いずれも確定するに至つた事実は、添付の一件記録に徴し明白である。

しかるに、その間右仙台高等裁判所の判決に対し上告の申立をなした相被告人山口文雄、同高橋一彦に対しては、昭和二

七年七月一一日最高裁判所第二小法廷において、本件被告人等の行為は原判決の挙示した証拠に徴すれば、前示被告人等と共謀の上、芳賀ウメ同ハルヨを強姦した手段行為なることが明らかであり、しかも該強姦罪に関して告訴権者のなした告訴は本件公訴提起前に取消されているにかかわらず、原審は右強姦罪の構成要件の一部である本件共同暴行に関する公訴事実と同趣旨の事実を認定した上、之を暴力行為等処罰に関する法律違反罪に問擬し、被告人両名に対しいずれも有罪の言渡をしたのは、本来公訴提起の条件を欠き従つて公訴を棄却すべきものを有罪としたこととなるのであるから、原判決はその判決に影響を及ぼすべき場合の違反があり、且つその違反は原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められるのであるとの理由により原判決を破棄し、暴力行為等処罰に関する法律違反の各公訴を棄却する旨の判決を言渡して、この点に関する法律解釈を明にした。

しからば、被告人高橋義男、同上田好道に対し既に告訴が取消された強姦罪の手段である行為につき、暴力行為等処罰に関する法律違反なりとして、それぞれ有罪の言渡をなした前示仙台高等裁判所の確定判決は、右最高裁判所の判決と抵触し審判が法令に違反したものといわざるを得ない。

よつて本件被告人両名に対する前示仙台高等裁判所の確定判決を破棄し、被告人両名の公訴を棄却するとの判決を求むるため非常上告に及んだ次第である。

以　上



昭和二六年(れ)第二三〇八号

判　決

本籍並びに住居　横浜市鶴見区鶴見町三五九番地

会　社　員　加　藤　京　平　明治二六年一二月一〇日生

本　籍　富山県下新川郡山崎村字山崎新村一一九番地

住　居　横浜市中区曙町三丁目四〇番地

会　社　員　石　田　留　次　郎　明治二三年一二月二八日生

本　籍　横浜市戸塚区瀬谷町六五七九番地

住　居　同市保土ヶ谷区宮田町一丁目三二番地

会　社　員　石　井　忠　亮　明治三二年一月二八日生

本籍並びに住居　横浜市中区初音町一丁目一一番地

会　社　員

昭和二八年一二月一七日判決　昭和二六年(れ)第二三〇八号

右に対する背任各被告事件について昭和二六年六月一六日東京高等裁判所の言渡した判決に対し各被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

被告人四名の弁護人戸田宗孝の上告趣意第一点は単なる法令違反の主張であり(引用判例は本件に適切でない)、同第二点は単なる訴訟法違反の主張に帰し(原審で申請した四名の証人は悉く許され尋問の機会が与えられている)、同第四点は事実誤認の主張に帰し、いずれも刑訴四〇五条に該当しない。

被告人石井忠亮の弁護人三村健彰の上告趣意は、事実誤認を前提とする法令違反の主張であつて、刑訴四〇五条に該当しない。また記録を精査しても、同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて刑訴施行法三条の二刑訴法四〇八条により主文のとおり判決する。

この判決は、裁判官全員一致の意見である。

昭和二八年一二月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　真野　毅





裁判官　齋藤悠輔

裁判官　岩松三郎

被告人　加藤京平
同　石田留次郎
同　石井忠亮
同　賀沢義栄

弁護人戸田宗孝の上告趣意

第一点　原判決はその理由中において、

「被告人らはいずれも……横浜西部運送株式会社の取締役であつて……会社の為誠実に業務を処理すべき任務を有していたものであるが……昭和二十二年三月の決算期においては数十万円に上る収益を収めるに至つたので……当時同会社専務取締役として会社の業務執行につき実権を掌握していた小早川笹市（昭和二十四年一月二十一日死亡）と共謀の上、自動車修理等の名義による架空伝票を作成し、これに基き会社より多額の金員の支出があつたように装い帳簿に右決算期における会社の利益額を少額に止めると共に、右金員は被告人等がこれを保管し会社並びに自己の用途の為自由に処分しうる財源に充てようと企て……（イ)(ロ)(ハ)に示す如く）架空請求書及び領収証を作成交付させ……右会社会計課員をして合計二十八万二千二百七十三円余の金員を支出させ……その後昭和二十三年五月頃被告人等四名が同会社業務副部長斎藤洋策外幹部四名と共に……慰労旅行をした際正当の支出手続を経ることなく擅に前記金員の内から（被告人等及び斎藤洋策外四名に）分配した外右旅行並びに宴会費……前記以外の会社幹部職員に対する分配金として……合計約十八万一千円を費消し、以て被告人等又は第三者の利益を図り、その任務に背いた行為をなし、会

社に損害を被らしめた」旨を判示し、その証拠として被告人の等当公廷における供述（各一部）の外、各被告人等に対する検察官や司法警察官の聴取書又は尋問調書中の供述記載等を列挙し、以上の所為を刑法第二百四十七条第六十条に該当するものと判示している。

仍つて先ず原判決の判示事実自体をよく検討してみると、先ず原判決に長々と記述されている一連の種々の行為の、どの部分が背任罪を構成するというのか頗る明確を欠いている。例えば右判示事実中には「帳簿上右決算期における会社の利益額を少額に止めると共に」右金員は「会社の用途の為自由に処分しうる財源に充てようと企て」たものであることが明らかにされているが、これが会社の利益の為になされたことは明白であるから、これをしも背任行為であると認定することは明らかに失当であると認めなければならないし、「正当の支出手続を経ることなく擅に前記金員の内から合計約十八万一千円を費消し」と記述しているところから考えると、その支出方法が失当であり、若し支出方法さえ正当の手続をとつたならば背任罪を構成しないと認めているのではないかとも見受けられる。これらの諸点を、原審並びに第一審公判調書における各被告人の供述記載の全趣旨が「本件金員の支出は、会社に対する課税を軽減させること並びに会社の業績を向上させるための所謂機密費を調達することを目的としたものであり、その支出もこれがためであつた」というに在ること等と綜合して考えると、結局原判決は刑法第二百四十七条を不当に適用した違法があるか、判決に示すべき理由に不備があることにならざるを得ない。

凡そ株式会社の業務を執行する取締役はその会社の意思を決定しその業務を運営し、その業績を向上発展させ、その利益を増進させるという綜合的な任務を有するものであつて、その所謂忠実義務又は誠実義務なるものは必ずしも道義的なものではなく、右の成果を挙げるために最も合目的々であり、有効適切であるところの措置対策を講じ以て営利法人たる会社の利益を増進させるに在ると解すべきものであつて、その任務遂行の過程における個々の行為がすべて、それ



自体会社のため不利益であつてはならないと解すべきではないことは「他人の為その事務を処理する者がその任務に背きたる行為を為し、本人に損害を加える場合と雖も本人の利益を図る目的に出でたるときは犯罪を構成せず」とする大審院判例（判決抄録五九巻七五二〇頁）の示すところによつても明白である。

従つて、会社に対する課税を軽減させようとする目的に出た行為は、その当否は別として、少くともこれを本人たる会社の利益を図る目的に出でたるものと認むべきであり、又判示の如く会社の営業を再建しその業績を向上させたことの慰労旅行である以上、その受益者が被告人を含む会社幹部職員であつたとしても当然にこれらの者の不当の利益を図つたと速断してはならない。又縦令その支出が会社内において定められた順序をふまなかつたとしても、その支出の目的が究極において本人たる会社の利益を図るに在る以上これを以て、直ちに背任罪が成立するものということはできない。さらに原判決は結論的には抽象的に「被告人等は共謀して被告人等又は第三者の利益を図り、任務に背いた行為をなし会社に損害を及ぼしたもの」と説明しているが、被告人等の「会社の利益のためにしたものである」旨の主張に対しては何らの判断も示さず又その支出が会社の不利益を図つたものであることを明らかにする説示をせず、さらに又本件金員の消費がいついかなる共同謀議に基ずいてなされたものかについても、これを明らかにしていない。さらに又原判決の判示理由によれば結局判示の背任罪は判示の費消行為によつて成立するかの如くに観察されるが、果して然りとすれば、本件被告事件の公訴事実は第一審判決の摘示する事実たる「あかつき自動車工業株式会社設立に対する出資金に当てた」ことと、原判決の決示する伊東温泉に於ける費消との二所為と目すべきであるのに、原判決は右前者に対しては何らの判断を示していない。

これらを綜合すれば、原判決は結局前述の如く刑法第二百四十七条の解釈を誤り又判決に示すべき理由に不備があるに帰する。

第二点　原判決は判示事実を認定する証拠として次の通り列挙してある。

第一、被告人等の当公廷における供述（各一部）

第二、被告人加藤京平に対する検察官の聴取書（昭和二十三年十二月三日附記録三冊二四九丁以下）中の供述記載

第三、同人に対する司法警察官の尋問調書（記録三冊九丁以下）及び第一回乃至第三回聴取書（記録三冊五五丁以下一一三丁以下及び一一六丁以下）中の供述記載

第四、被告人石田留次郎に対する検察官の昭和二十三年十一月二十九日附及び同年十二月五日附各聴取書中の供述記載（記録一冊二〇四丁以下及び二一九丁以下）

第五、同人に対する司法警察官の昭和二十三年十一月二十六日附同年十二月五日附同日附及び同月七日附各聴取書（記録一冊四八丁以下一〇〇丁以下一〇九丁以下及び一一五丁以下）中の供述記載

第六、被告人石井忠亮に対する検察官の昭和二十三年十一月二十九日附及び同年十二月五日附各聴取書（記録一冊二〇六丁以下及び二一四丁以下）中の供述記載

第七、同人に対する司法警察官の尋問調書（記録一冊一四三丁以下及び第一、二回聴取書（記録一冊一六七丁以下及び一七九丁以下）中の各供述記載。

第八、被告人賀沢義栄に対する検察官の昭和二十三年十一月二十五日附及び同年十二月五日附各聴取書（記録二冊一六七丁以下及び一冊二〇八丁以下）中の供述記載

第九、同人に対する司法警察官の尋問調書（記録二冊一〇丁以下）及び第一乃至第三回聴取書（記録二冊一七丁以下五五丁以下及び七二丁以下）中の各供述記載

第一〇、小早川笹市に対する昭和二十三年十二月三日附検察官の聴取書（記録三冊二五四丁以下）中の供述記載



第一一、同人に対する司法警察官の第二回尋問調書（記録三冊一五二丁以下）並びに第一回乃至第三回聴取書（記録三冊一七〇丁以下及び二一九丁以下）中の各供述記載

第一二、安元吉に対する検察官の聴取書（記録二冊一七〇丁以下）中の供述記載

第一三、宮崎菊夫に対する司法警察官の聴取書（記録二冊四八丁以下）中の供述記載

第一四、内藤信義、斎藤洋策、細田嘉右衛門、森三郎、渡辺七五郎に対する司法警察官の各聴取書（記録三冊二九丁以下三八丁以下四六丁以下七四丁以下及び八一丁以下）中の供述記載

然し乍ら、元来このような証拠の表示方法は証拠説示としては領る妥当を欠くばかりでなく、証拠の示し方としても不十分であると認められる。即ち、右第一の証拠は果して被告人等の原審公判廷における供述のどの一部分を示すのかよく分らないばかりでなく、右被告人等の供述を原審公判調書によつて案ずるに、被告人等はいずれも本件処為が会社の利益を図る目的に出でた旨を供述していることを認むべきであつて、決して判示事実に照応する供述をしてはいない。従つて原判決はこの点において証拠の趣旨に反し事実を認定する違法を敢えてしたものである。さらに第二乃至第九に示す被告人等に対する判示尋問調書や聴取書の供述記載も亦必らずしも判示事実に照応するものとは考えられない。なるほど、被告人等が検察官や司法警察官に対して、背任罪を犯したことを認める趣旨の供述記載を認めることはできる。しかし乍ら被告人等が尋問者の追及に対して取締役の任務に背いたとか、申訳ないとかの供述をしたとてそれはあくまでも被告人等の主観的判断や理論的結果を表明したにすぎないものであつて事実認定の証拠となるものではない。証拠となすべきところは被告人等が、いかなる目的でいかなる処為を行つたかという事実に関する供述記載でなければならない。そしてこの点に関する限り、被告人等は究極において会社の利益のために行つた旨の主張をしているものであることを見逃してはならない。従つてこの意味において、原判決は結局これらの証拠の趣旨にも反して事実を認定し

たことになるといわなければならない。

さらに右第十四以下の証拠に至つては、判示の事実中判示の金員が伊東において判示の如く消費された事実を示すに止り被告人等の犯意を立証するものではない。従つて結局原判決は判決に示すべき証拠を示さないか或は証拠に基かず若くは証拠の趣旨に反して事実を認定した違法があると認めなければならない。

第三点　日本国憲法第三十七条は「すべて刑事々件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与えられ、又公費で自己のために強制的手続により証人を求める権利を有する」と規定し同第十三条は「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定している。又日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律第二条は「刑事訴訟法は憲法の制定の趣旨に適合するように解釈しなければならない」旨を規定し、同法第十二条は「証人その他の者（被告人を除く）の供述を録取した書類又はこれに代わるべき書類は、被告人の請求があるときは、その供述者又は作成者を公判期日において尋問する機会を被告人に与えなければ、これを証拠とすることができない。但しその機会を与えることができず、又は著しく困難な場合には、裁判所は、これらの書類についての制限及び被告人の憲法上の権利を適当に考慮して、これを証拠とすることができる。」と規定している。而して第一審判決は有罪の証拠として右に該当する多数の書類を挙げている。

従つて被告人等は控訴審に於ては、これらの供述者をはじめ本件記録上有罪の証拠に供せられる可能性ある関係者の全部を証人として喚問することを請求したき希望を有していたのであるが、偶々本件は旧刑事訴訟法事件であつたため昭和二十五年十月三十日最高裁判所秘書課甲第三三四号高等裁判所長官等宛最高裁判所長官代理通達「旧刑事訴控法事





件について」によつて昭和二十六年六月三十日迄に第二審を終了させられることとなり、その第一回公判期日は漸く昭和二十六年四月十七日と指定されたに拘らず、翌月五月二十二日及び二十四日の両日を以て審理を終結させなければならないことになり、これに協力するため証人の申請等についても最少の人員に限定せざるを得ないことになり、遂に第二点に表示した第十二以下に示す供述者を証人として喚問する機会を失つたものである。而して弁護人は原審が以上の点を考慮しこのような証拠によつて事実の認定をすることのないことを期待したのであるが、原審はこの期待を裏切つた。これは当に採証の法則に違背するものであるが、更に大きな見地から考えると、右述の最高裁判所長官代理の通達によつて旧刑事訴控法事件の審理期間を制限すること及びその通達に従つて訴訟手続を終了することは、憲法第三十七条の保障する刑事被告人の「すべての証人に対し審問する機会を充分に与え、」「公平な裁判所の公開裁判を受ける権利」を侵害し憲法第十三条によつて保障する基本的人権の尊重に欠くるものと謂わなければならない。従つて原判決はこの点において右に指摘した憲法の各条文に違反するという誹を免れることができないもの考えられる。

第四点　論旨第一点及び第二点は刑事訴訟法第四百十一条に基く職権の発動に資したいと考えるが、さらに第一審証人池谷静一の「私は一株主として本件は社長から課長まで全役員まで配分されていたので、数年間の努力の結果としてこれ位のことは已むを得ないので同情に堪えません。又小早川氏はこの事件で心痛の余り病を得て死亡され気の毒に思います」旨の供述記載、同証人君塚亮の、分配金を受領した際「会社の営業状態も大分上つて来ましたが、随分骨折つてくれたお蔭である。これは少いが、たばこや外交の為に消費した穴の一部を埋めて残りは慰労にしてくれと言われました」旨の供述記載。同証人斎藤洋策の、記録中に存する横浜西部運送株式会社の第九回定時株主総会の議事録及び選挙記録を呈示した問に対する「この選挙後警察の手入がありましたものと思います」旨の供述記載。第一審公判に於いて弁護人提出にかかる書証中「臨時株主総会議事録」の記載内容、第一審証

人高橋憲太郎の「貨物自動車運送事業を経営するには、機密費や交際費を必要とし、総営業費の一%乃至三%の機密費の支出は決して多くない」、「本件の原因は同会社に於ける内紛即ち役員間の争によるものではないかと存じます」旨の供述記載。並に原審証人池谷静一の供述記載の全趣旨等を参酌するときは、本件金員の支出は結局株主総会において是認されているものと推測することができるであろうし、本件支出の当否は株主総会の決議によつて決定されるべきものと考えるのが相当であるばかりでなく、本件は結局被告人等、特に死亡した小早川笹市に対する政治的策謀が生み出した結果であることは、本件公判調書の記載によつてこれを推測することができるものと信ずる。そして以上の各事項を綜合すると本件は背任罪を構成しない筈のもので、結局原判決は、判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があることを物語るものというべきであろう。従つて第一点及び第二点と併せ刑事訴訟法第四百十一条により職権を以つて原判決を破棄されるようにお願いする次第である。

以上





弁護人三村健彰の上告趣意

第一点　原判決は事実を誤認し、背任罪の解釈を誤つた違法がある。

原判決はその理由において、被告人は横浜西部運送株式会社の取締役であつて業務部長として運輸料金等の事務を担当していたもので、取締役として会社の為誠実に業務を処理すべき任務を有していたものであるが……被告人は昭和二十二年三月中旬頃、会社内において小早川笹市等と共謀の上、自動車修理等の名義による架空伝票を作成し、これに基ずき会社より多額の金員の支出があつたように装い、帳簿上右決算期における会社の利益額を少額に留めると共に、右金員は被告人等が保管し会社並びに自己の用途の為自由に処分し得る財源に充てようと企て、右謀議にもとずき会社宛架空請求書並びに領収証を作成、合計金二十八万二千二百七十三円余の金員を支出させた上、右金員は石田留次郎これを保管し、正当の支出手続を経ることなく合計金十八万一千円を費消し、被告人等又は第三者の利益を図り、その任務に背いた行為をなし会社に損害を蒙らしめたものと認定し、その証拠として被告人の公判廷における供述の一部及び被告人に対する司法警察官及び検事の聴取書の供述を援用した。

背任罪は目的犯罪であつてその行為の外形のみによつて判断し難く、その目的意図を行為当時の状況下にあらゆる角度より検討するのでなければその真相を誤る虞れなしとしない。本件において第一審においても原審においても、被告人の公判廷における自由なる供述は殆と全部無視せられ、自由を拘束せられた当時における警察官及び検事の聴取書及び訊問調書が有力な証拠として採用されている。証拠の採否は事実審における自由であるとしても、この採証方法は刑

被告人　石井忠亮

訴応急措置法及び新刑訴の精神に照らし極めて妥当を欠くと思料するが、右の証拠の採用方法を別としても、被告人において自己又は第三者の利益を図つた事実は認め難いといわなければならない。

本件出金の手段たる架空伝票作成の目的につき原審採用の証拠を見るに、被告人は、

一、確か昭和二十三年三月末頃会社の社長室で社長の加藤宗平、専務小早川笹市、総務部長石田留次郎、整備部長賀沢義栄の四人と私の五人で、

今期（昭和二十一年十月一日より昭和二十二年三月末日迄の営業年度七期）の会社の利益が多いので、課税から脱れる為めに事業費の膨脹を見せかける為めに偽の請求書と領収書とを作つてやろう。という相談が纏まりましたのであります。（石井司法警察官第一回聴取書一六七丁）

二、問　貴方は昭和二十二年二月十二日及び同年三月三十一日の二回に亙り、貴方の経営している保土ケ谷車輛工業有限会社より横浜西部運送株式会社のトラックを修理したように請求書を発行し又領収証も発行させているが、請求書に基いた修理は実際にしたか、又西部会社の会計より出金されて貴方が金を受取つた事になつているが実際に受領しているが、若し架空の請求書だとすれば如何なる理由で領収証を発行したかその理由と当時の模様を述べて見なさい。

答　昭和二十二年二月十三日と三月二十一日の二回の請求書にある仕事は全然致していませんので架空の請求書であります。金は受取つていませんが、会計から出ているとすれば誰か受取つているに相違ありません。

問　この架空の請求書と領収証については、昨年の二月十日頃横浜西部運送株式会社の社長室で前社長の加藤宗平、現社長の小早川笹市、総務部長の石田留次郎と私の四人が集まり六期の決算の原稿を見て、誰いうとなく今期の利益が多かつたので税金も多く出すようになるから、社内保留する為、横ずれさせよう。





ということに決定したのであります。（横ずれという言葉は税金のかけられることを隠す意味です）（司法警察官訊問調書一四三―一四五丁）

三、問　貴方はこの架空の請求書を作らせ且つ西部会社に提出する時は如何なる心境でやつたのか。

答　私は社長始め幹部が合議の上謀議されたので、会社経営上の操作でやつたことであり、商業上の常道であると思い会社の為めになるものと信じてやつた事であります。架空の請求書であつても不正なものとは私は思わなかつたし、又只今でも不正だと思つていません。

問　貴方は会社の利益に対する税金の横ずれである手段であつたというがその意味は如何。

答　今日の過大な税金の課税には不備な処から、現金の有無に不拘徴税の脅威から用心する為めであつて、これは決して悪いことではありません。この点については脱税行為でありますが、未収入金を資産に評価され課税された矛盾から、どうしても社内保留金が必要だつたという目的から合議の上の所作であります。若し税務署から探知された場合には支払わねばならないものと思つています。

問　貴方はこの架空の請求書に基いた金額は如何に処分されたか。

答　私は全然知りません。恐らくこの金は社内に保留されているものと思つています。きつと銀行預金か現金かで残つてあるものと思つています。（同上一四九―一五〇丁）

四、昨年の四月上旬頃、前社長の加藤の室へ私と石田、賀沢、小早川の五人が集つた時、誰がいい出したかはつきりしませんが、六期の決算の結果非常に利益が多いからこれが課税の対照になつたらたまらないし、この利益を少し別にして置こうという話があり、金額は二十五、六万という事で全部が賛成しました。（石井検事聴取書二〇六丁）と供述し、架空伝票による出金の目的が利益を横ずりさせる（次期に繰越す）ことによつて、当時極めて重かつた法人

税を一時脱れんとするにあつたことを明瞭に看取することが出来る。これはその目的において不当であることは勿論であるが、決して自己又は他人の利益を図らんとするものではなく、当時戦災後立直つたばかりの会社営業の前途を憂え会社を思う心より出でたるものとして怨すべき点なしとしない。而してこの方法による金額の割当てをなした者は石田であり（石井司法警察官第一回聴取書一六八丁、検事聴取書二一四丁）金銭の保管者も石田であり（石井司法警察官第一回聴取書一七二丁、同第二回一八四丁、同上検事調書二一五丁）この金を出金した者も石田であり（検事聴取書二一六丁）殊にこの金の使途については何に使われたか知らないが、伊東に旅行したとき現金をもらつたり、又宴会費に使われたと思われる（石井司法警察官第一、二回聴取書）といい、この会社より出金せられた金が如何にして集められ如何に使われたか石井は関与せず、従つてその認識もない。それ故石井は只その方法の適否は別論として、会社の不利益を図り自己又は第三者の利益を企図して架空伝票の作成に賛成し関与したものでないことは明であると信ずる。偶々その出金せられたものが被告人及び幹部の慰安費や分配金に使用せられ、当初の目的に副わない結果を生じたとしても目的と結果との間に因果の関係なく、背任罪の要件たる利益又は損害の企図を持つていない。

右の点は被告人の公判の供述に対比すれば一層明白なところであつて、被告人は上記の事実を「会社運営のため」という漠然たる言葉を以て表現してはいるが、その目的は会社の為めに利益留保の手段としてなしたものであり、自己又は第三者の為めに利益を図る意図でなかつたことを充分認むべきものであるに拘らず、原判決は只その形に捕われ、社金の費消即ち任務違背即ち会社の損害と速断したことは重大なる事実の誤認であり、依つて背任罪の解釈を誤つた判決であると思料する。

以上



昭和二五年(あ)第三三四号

判決

本籍　尾道市尾崎町一七二番地

住居　同市筒湯町一七九番地

会社員

本田政巳

当三六年

右に対する臨時物資需給調整法違反被告事件について、昭和二四年一二月一五日広島高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり判決する。

主文

本件上告を棄却する。

理由

弁護人渡部利佐久の上告趣意第一点は憲法三八条三項違反を言うけれども、第一審判決は、被告人の第一審公判廷における各種油の立数を除くほか判示同旨の供述と証人堺本幸蔵の同公判廷における右立数に関する同旨の供述及び副検事の奥本銀蔵に対する供述調書を綜合して判示事実全体を認定したものであつて、右堺本の証言、就中奥本の供述記載は、被告人の自白を補強するに充分であることが認められるから、所論は、採用し難い。

同第二点は、単なる訴訟法違反の主張であり（第一審の公判調書によれば、第一審の裁判官が職権を以て所論証人を喚問する旨の決定をするについて検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴かなかつたことは所論のとおりであるが、検察官及び





昭和二八年一二月一七日判決　昭和二五年(あ)第三三四号

被告人又は弁護人はこれに対し何等異議の申立をした形跡はなく、却つて、右証人尋問の際、検察官及び弁護人は自ら進んで右証人の尋問をもしていることが認められるのであるから、前記違反は、該証言を証拠とすることに影響を及ぼさないことが明白である。)、同第三点は、事実の認定又は量刑の非難を出でないものであつて、いずれも、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても刑訴四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二八年一二月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　藤　田　八　郎

裁判官　真　野　　毅

裁判官　岩　松　三　郎





弁護人渡部利佐久の上告趣意

第一点　原判決は憲法第三十八条第三項の解釈を誤り被告人の自白を唯一の証拠として断罪した違法がある。

(一)　第一審判決は『被告人は昭和二十四年一月十九日頃尾道市中浜広川石油店に於て土居登から法定の自己に対する割当証明書と引換へることなくその他法定の除外事由がないのに拘らず軽油五千八百七十立、灯油百六十四立、揮発油二百五立、モビール油二百五十九立を代金合計二十一万九千円で買受けた』と判示し、その証拠として、被告人の当公廷に於ける各種油の立数を除く同旨の供述、証人堺本幸蔵の当公廷に於ける右立数に関する同旨の供述、副検事の奥本銀造に対する供述調書が挙げられてゐる。しかし、第一審第一、二回公判調書の記載によると被告人が右判示石油製品(但し立数を除き)を土居登から買受けたことの自白はあるが、この被告人の自白以外に前記挙示の証拠によつて判示石油製品が土居登と被告人との間の売買であつたことを証明する資料はない。即ち、被告人の唯一の自白によつて土居登を売主と認定した違法があり、右は明かに憲法第三十八条第三項に違反すると思料する。

(二)　然るに、原判決は右の理由に基く控訴趣意の判断を誤り被告人の控訴を棄却した違法があり到底破毀を免かれない。

第二点　原判決は判決に影響を及ぼすべき法令の違反がある。

(一)　新刑事訴訟法は所謂当事者主義を徹底して、証拠調についても原則として検察官、被告人又は弁護人即ち当事者の請求によつてこれをするものであるということを立前とし(法第二九八条第一項)、裁判所の職権による証拠調は補充的なものとして必要ある場合に限つたのである(同条第二項)。

これは起訴状一本主義の当然の結果であらう。而して、裁判所が職権で証拠調の決定をするについては検察官及び被

告人又は弁護人の意見を聴かねばならない（法第二九九条、第三項、規則第一九〇条第二項後段）こととし、所謂糺問主義の色彩をなくすることとされた。

(二) 然るに第一審第一回公判調書によると、裁判官は『……本件事実関係を明確にするため裁判所の職権により証人堺本幸蔵同西島宗春を次回当公判廷に喚問する旨の決定を宣し……』た旨の記載はあるが、右職権で証拠調の決定をするについて毫も検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴いた旨の記載がなく、右は明に訴訟手続に法令の違反があるものと謂はねばならない。

(三) 而して、第一審判決は、右法令に違反せる証拠調の決定に基いて取調べられた証人堺本幸蔵の供述を事実認定の証拠に供しているから、右法令の違反は判決に影響を及ぼすべきものと思考する。

(四) 然るに原判決は、右の理由に基く控訴趣意の判断を誤り、被告人の控訴を棄却した違法があり破毀せらるべきである。

第三点　刑の量定が甚しく不当である。

(一) 第一審判決は被告人の本件違反行為に対して、懲役六月及び罰金十万円に処され、懲役刑については三年間執行猶予の恩典に浴せしめられた。しかし本件犯行の動機並に犯罪の情状殊に本件は被告人と土居登との間の売買であるとの認定を受けてはいるが、事の真相は寧ろ被告人は単に売買の仲介斡旋をしたに過ぎず犯情は極めて軽い点、被告人は僅かに五千円の利得（謝礼）を得たに過ぎないと認められる土居登は全然処罰を受けていない点、その他被告人には前科もなく一介の会社員で無財産である点を斟酌せられたい。

(二) 原審に於て量刑の不当を控訴の理由としたのであるが容れられなかつた。第一審判決は懲役刑につき執行猶予の恩典を与へられたが、懲役刑と罰金刑を併科されて居り而も十万円の罰金は本件違反行為の最高であることを思ふとき、量





刑につき御庁に於て最後の御検討を垂れ賜はらんことを願ふものである。

以　上

昭和二五年(あ)第五四七号

決　　定

本籍並住居　青森県上北郡横浜村字鶏沢二〇番地

無　　職

**沢**　谷　良　作

大正一四年二月二六日生

右に対する賍物牙保、銃砲等所持禁止令違反被告事件について、昭和二四年一二月一七日仙台高等裁判所の言渡した判決に対し被告人の原審弁護人小田原親弘から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　　文

本件上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　　由

弁護人菅野勘助の上告趣意第一点について。

所論は、違憲をいうが、その実質は、単なる訴訟法違反の主張に帰し、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。そして、第一審公判調書によれば、検察官は、拳銃一挺所持の点につき角待義の各供述調書の取調を請求し、被告人及び弁護人は、右書面を証拠とすることに同意し、且つ証拠調には異議がなく、検察官は、証拠書類を朗読した事実が認められるから、所論の訴訟法違反も認められない。尤も記録中に添附されている角待義の聴取書は、原本ではなく、謄本であることは所論のとおりであるが、証拠調が終つた証拠書類は、裁判所の許可を得たときは、原本に代え、その謄本を提出することができるこ

とは、刑訴三一〇条の認めるところであるから、記録に添附された証拠書類が謄本であるからといつて、証拠書類の原本について証拠調がなされなかつたとはいえない。また、仮りに右供述調書が初めから原本ではなく、謄本であつたとしても、被告人並びに弁護人がこれを証拠とすることに同意し且つこれが証拠調をすることに異議がなかつた以上、証拠調は、完全に施行されたものであつて、所論のごとく公判調書に記載された書面が全然ないことに帰着するともいえない。

同第二点について。

所論は、違憲をいうが、その実質は、単なる訴訟手続違背の主張であつて、同四〇五条の上告理由に当らない。そして、人定質問に関する刑訴規則一九六条の規定は、被告事件につき被告人に陳述する機会を与えるため、起訴状の朗読前予め被告人の人違でないことを確めるための訓示的規定であるから、起訴状の朗読をしない控訴審の手続にはこれが準用あるものではない。

控訴審においては、被告人が出頭した場合でも適宜の方法によつてその人違でないかどうかを取り調べるを以て足りるのであつて(刑訴規則一一五条参照)、必ずしもいわゆる人定質問をするを要しないものといわなければならない。それ故、原審の訴訟手続には所論の違法も認め難い。

同第三点について。

所論は、単なる訴訟手続違背の主張であつて、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。そして、原審公判調書によれば、裁判長は、判決の宣告を為す旨を告げ判決主文を朗読し同時に理由の要旨を告げた旨の記載があるから、原判決の宣告は、判決主文を記載した書面に基きこれを朗読し、判決理由は原稿その他に基きその要旨を告げたものであること明白である。そして、刑事判決の宣告は、民事判決の言渡(民訴一八九条一項参照)とは異り、必ずしも判決原本に基き宣告するを要せず、右のごとき方法を以て足りるものであることは、刑訴規則三五条二項後段の規定するところである。されば、判決の宣





告は先ず判決原本を作成しこれに基くことを要することを前提とする所論は、刑訴四一一条一号の職権発動を求める主張としても採用し難い。

よつて、同四一四条、三八六条一項三号、一八一条に従い、裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和二八年一二月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　斎藤悠輔

裁判官　真野毅

裁判官　岩松三郎

昭和二五年(あ)第五四七号

弁護人菅野勘助の上告趣意

第一点　原審判決はその認定第二で法定の除外事由がないのに十四年式拳銃一挺（証第一号）を昭和二十一年六月十五日から同二十三年九月頃迄の間肩書住居附近の防空壕に隠匿して所持し

被告人　沢谷良作

との事実を記載しその証拠として

第二の事実は(イ)略(ロ)角待義の司法警察員に対する供述調書中

私は本年（昭和二十四年）九月十五日頃木村満に会つた際「拳銃を持つている人がないだろうか」と尋ねたところ「あるかも知れない」と返事をして居り、四、五日経つてから木村に会い拳銃十四年式一挺を受取つた値段は一万円で金は直ぐほしいが、なかつたら十二月迄に寄越せばよいというので買うことにした、すると十日位過ぎてから沢谷と木村と外二人の居るところに呼出され拳銃の金を催促されたが、金がなかつたのでその場は別れ、翌日他から二千円を借りて人に頼んで沢谷に渡して貰つた、私は拳銃を木村から渡されたが、それが沢谷の物であることが判つたからである。旨の供述記載

(ハ)略

とある、因つてこのような証拠物があるか否の点を調べて見ると供述者角待義の司法警察員に対する供述調書というのは記録第五八丁にあるが、この調書中には右証拠が援用している記載部分はない、記録第五一丁には右同人の聴取書というのがあつて、此の書類の中には右判決援用の趣旨が記載されている、けれども此聴取書が適式な証拠調が行はれていない、第一審公判調書を査閲するとその第二回公判調書中に（記録第三二丁）「検察官は公訴事実中拳銃一挺所持の点は証

人木村満、証人角待義……の各供述調書の取調を請求すると述べた、裁判官は被告人及び弁護人に対し意見を求めたところ被告人及び弁護人は右書面を証拠とすることに同意し証拠調には異議なく別に取調べを請求する証拠はないと述べた。裁判官は右検察官請求の各供述調書を取調べる旨の決定を宣した。検察官は書類全部を朗読の上裁判所に提出した云々とある。右の証人角待義の供述調書がないことは前陳の通りであるが同人に対する「聴取書」と題する昭和二十三年十二月二十日司法警察員巡査坂本昇作成の謄本が記録に編綴されてある、この謄本が原本に代えて裁判所の許可を得て提出されたかとの点について記録を調査してもそのような形跡は全然ないのである。之を要するに公判調書に記載された書類が全然ないことに帰着するのである、憲法に従えば何人も法律に定める手続によらなければ刑罰を科せられない。その法律に定められた手続に反した裁判は違憲である、此点で原判決は失当である、因みに原判決が右判示事実を認定した他の証拠は被告人の自白した供述調書と之に対応する押収証第一号の拳銃のみであるから右角待義の供述記載が証拠力を失えば本件の証拠は被告人の自白が不利益な唯一の証拠の場合となるものと思料するから原審判決は此点でも違憲の誇を免れない。

第二点　原審公判調書を調べたところ被告人は昭和二十四年十月六日仙台高等裁判所第三刑事部法廷に於て裁判長裁判官中兼謙吉裁判官氏家正夫同菊地篁三郎裁判所書記官補佐藤長一列席検察官雪下陽三郎出席の上で控訴の審判があつたのであるが「被告人出頭し公判廷に於て身体の拘束を受けない」とあるのみで被告人に対する人定訊問が行はれていない、控訴審公判と雖、その第一回公判の際被告人が出頭した場合に於ては裁判所は被告人に対して人定訊問を行はねばならない、只単に「被告人が出頭し身体の拘束を受けない」と記載されているだけではその被告人が被告人以外の人である場合も考えられる、人定訊問が重要な裁判所の職権で人違いでないかどうかを調査するのであるからたとえ原審では控訴理由書に基いて弁論するだけに過ぎない場合でも一たん公判廷に出頭した際には必ず人定訊問を行はねばならなぬと信ずる、その





形跡の存しない原審公判調書は法令に違反したのであるから之亦第一点趣旨と同様法律に定める手続によらぬ違憲であると信ずるから原審判決は失当である。

第三点　原判決は昭和二十四年十二月十七日仙台高等裁判所第三刑事部公開法廷において宣告されたのであるが判決原本を見るとその欄外に昭和二十四年十二月十七日宣告裁判所書記官日野誠市の捺印がある、この原本の末葉作成年月日を見ると昭和二十四年十二月十九日と記載されている、裁判長は判決の宣告を為す旨を告げ判決主文を朗読し同時に理由の要旨を告げたとある右同日の公判調書と判決原本欄外右裁判所書記官、日野誠市の捺印とは一致するが之等の記載と判決原本作成年月日と異るのである、この判決原本の作成年月日に従えば原判決はこの原本に基かないで宣告したものであることが判るから刑事訴訟規則第五十三条裁判をするときは裁判書を作らなければならないとの御庁昭和二十三年十二月一日規則第三十二号に違反する。最高裁判所は憲法第七十七条によつて、訴訟に関する手続等について規則を定める権限を有し此権限に基いて制定された規則違反は刑事訴訟法第四百十一条一号に該当し原判決は破棄を免れないものと思料する。

以　上

昭和二五年(あ)第六五六号

決　　定

本籍並住居　群馬県前橋市一毛町二九〇番地

無　　職

中　村　親　愛

明治一九年一一月三日生

右に対する労働基準法違反、職業安定法違反被告事件について、昭和二五年二月一八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。

当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　　由

弁護人宗宮信次の上告趣意は、違憲をいうが、憲法三七条第一項の公平な裁判所の裁判とは、その組織、構成が不公平又は偏頗でない裁判所の裁判を指し、裁判の内容又は手続が当事者の側から見て不公平だと思われるものをいうものでないことは、当裁判所屢次の判例とするところである。論旨第一点は、結局原審で主張も判断もない第一審判決の事実誤認又はこれを前提とする法令違反の主張に帰し、同第二点は、同じく原審で主張も判断もない第一審における単なる訴訟法違反又は事実誤認の主張を出でないものであり、同第三点は、独自の法律見解の下に、原審で主張も判断もない第一審判決の単なる法令違反を主張するに過ぎないものであり、また、同第四点の実質は原審で主張も判断もない第一審における単なる訴訟手

昭和二八年一二月一七日決定　昭和二五年(あ)第六五六号

二

続違背（所論公判調書中の所論供述調書一通とあるのは、同二通の誤認と認められるし、また、所論判例違反の主張は訴訟手続違背のあることを前提とするものである）を主張するものであつて、すべて刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四一四条、三八六条一項三号、一八一条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

昭和二八年一二月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　斎藤悠輔

裁判官　真野毅

裁判官　岩松三郎



昭和二五年(あ)第六五六号

弁護人宗宮信次上告趣意

第一点　原判決の認容した第一審判決の理由に依れば被告人が処罰されている事実中に次の諸事実が含まれている。即ち第一の事実中に決定の除外事由がないのに業として昭和二三年九月十一日頃前橋市一毛町二百九十番地なる被告人の自宅において特殊飲食店中村屋事中村みつの代理人中村健三に対し新井みつ子をその従業婦として同家に就業することの周旋をしてその手数料として中村健三より金壱千円を受領した事実(ロ)同年同月末頃被告人の自宅に於て和田フミが従業婦として右中村屋に就業することの周旋をして中村健三よりその手数料として金壱千円を受領した事実(ハ)同年同月二十五日小川静子を従業婦として右中村屋に就業することを周旋して中村健三よりその手数料として金壱千円を受領した事実が、労働基準法第六条第百十八条と職業安定法第三二条第一項本文第六四条第一号に該当し之に対し刑法第五四条第一項前段第十条を適用すべきものとしている。

被告人　中村親愛

又第二の犯罪事実として(イ)和田フミ(ニ)(ホ)新井みつ(ヘ)中村はつ子(ト)杉田フジ江(チ)山崎芳子を孰れも従業婦に周旋したことを挙げこれを職業安定法第三二条第一項本文第六四条第一号に触れると説示している。

然るに第一審判決引用のこれ等事実を立証する証拠に拠れば右第一の犯罪事実記載の特殊飲食店中村屋はいわゆるバンバン屋であつて、被告人が周旋した新井みつ子、和田フミ、小川静子等従業婦とはいん売婦であり、その収益は中村屋六分従業婦四分の割に分配する契約内容たることが認められる（甲第二号証の一「新井みつ子の供述調書」（記録二五丁）、甲第三号証「和田フミの供述調書」、甲第九号証「小川静子の供述調書」、甲第二六号証の「被告人の供述調書」等参照）。

又前記第二事実記載の諸事実も亦いわゆるバンバン屋にいん売婦を周旋した事実に関することは記録中の関係者の供述に

よつて認め得られる。

翻つて労働基準法第六条に「何人も業として他人の就業に介入して利益を得てはならない」、職業安定法第三二条の「何人も有料又は営利を目的として職業紹介事業を行つてはならない」とあるは、何れも正業の紹介に関するものであつて前掲各事実のような風俗を害する業務には労働基準法又は職業安定法を適用すべき限りでない。恰かも賭博を業とする者あるときこれを妨害するも業務妨害罪とならず、賭博あるいはすりを業とする団体の親分へ子分を世話して利を得んとしたとしても此等の法律に依つてその関係者を保護し此等法律を適用すべきでないのと同様である。

従つて第一審判決は罪とならざる事実を処罰した違法があるに拘わらず原判決がかゝる不法の判決を是認して控訴を棄却したのは憲法第三七条の被告人が公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を侵害したもので憲法に違反する裁判である。仮りに憲法違反でないとすれば刑事訴訟法第四一一条第一号第三号によつて原判決を破毀すべきものと思料する。

第二点　第一審の判決理由を見るに第二の犯罪事実として被告人は営利を目的として従業婦又は芸妓を周旋したと記載してあるがその周旋につき利益を得たこと又は何等か被告人の営利が目的とされたことの具体的判示なく引用の証拠を査閲するも何等これに関する立証がない。然るに第一審がかゝる事実に職業安定法第三二条第一項本文第六四条一号を適用したのは不法であり、かゝる不法の判決を是認した原判決は即ち憲法第三七条の被告人が公平なる裁判を受ける権利を侵害した憲法違反の裁判である。

仮りに憲法違反にあらずとせば刑事訴訟法第四一一条第三号によつて原判決を破毀すべきものと思料する。

第三点　労働基準法第六条、職業安定法第三二条第一項本文の行為は何れも業としてこれを行うのを罰するものであるから、行為が反覆されたからとてこれを数罪と認むべきではない。犯罪の性質上一個の犯罪と認むべきである。従つて第一の事実を通じて労働基準法第六条違反行為、第一、第二事実を通じて一個の職業安定法違反行為である。而してこれに刑



法第五四条第一項前段第十条を適用するときは、一個の労働基準法第六条違反行為としてのみ処断すべきであり、第一審判決擬律の如き併合罪の規定を適用して併合加重を為すべきものではない。然るに第一審判決が併合罪として併合加重をしたのは擬律錯誤の違法あるもので原審がかゝる不法の第一審判決を是認したのは憲法第三七条の被告人が公平なる裁判所の公開裁判を受ける権利を侵害した憲法違反の裁判である。仮りに憲法違反にあらずとせば刑事訴訟法第四一一条第一号により原判決を破毀するを至当と思料する。

第四点　第一審公判調書に依れば検察官は本件犯罪事実の証拠として新井みつ子の供述調書一通を提出朗読とあるに拘わらず、記録には同人に対する供述調書二通（甲第二号証の一、二）編綴されてある。従つてそのうち何れか一通は証拠調を経ない証拠である。原審は記録に依つて本件犯罪その他諸般の情状を考察して第一審判決の科刑を相当とし控訴を理由なしとしているのであるが、記録編綴の証拠中右新井みつ子の供述調書のうち一通は証拠調を経ないのであるからこれを除外しないで為された原審の裁判は、証拠調を経ない証拠に拠つた譏を免れ得ないものであつて大審院従来の判例（例えば昭和三年(れ)第一〇四号同年三月二七日第四刑事部判決法律新報一四七号一五頁所載、昭和七年(れ)第九九九号昭和七年一一月二六日第二刑事部判決大審院裁判例第七巻刑事二五頁所載、昭和一〇年(れ)第六四号昭和一〇年三月二二日第四刑事部決定刑事判例集一四巻刑事二九〇頁所載）に反するとともに、かゝる適法の証拠調を経ない被告人の為め不利な証拠書類を記録に編綴するときは、自然これを手にして審理に当る裁判官に披見の機会を与え知らず識らずのうち被告人に不利益な判断を抱かしめる結果となり憲法三七条の保障する公平なる裁判所の裁判を受ける被告人の権利を侵害するものである。

仍て原判決は刑事訴訟法第四百五条により破毀するを至当とする。

以　上

昭和二五年(あ)第二五〇〇号

決　定

本　籍　茨城県稲敷郡龍ヶ崎町字米町七八六三番地
住　居　同県同郡龍ヶ崎町米町水門
土木下請負業兼興行部員
山本一夫こと
関　口　敏　男
大正一三年三月二八日生

右に対する窃盗被告事件について、昭和二五年七月一七日仙台高等裁判所の言渡した判決に対し被告人から上告の申立があつたので当裁判所は次のとおり決定する。

主　文

本件上告を棄却する。

理　由

弁護人勅使河原直三郎の上告趣意第一点は、違憲をいうも、その実質は、単なる訴訟法違反の主張に帰し、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。

同第二点は、原判決は、大審院の判例と相反する判断をしたというけれども、原判決の判示したように、数人共同して犯罪の実行を謀議した上、共謀者中の或る者がその実行行為をしたときは、その実行を分担しない者もその実行の責を免れないものであることは、既に当裁判所屡次の判例とするところであるから、所論は、刑訴四〇五条三号の前提条件を欠き、同

昭和二八年一二月一七日決定　昭和二五年(あ)第二五〇〇号

条項の上告理由に当らない。

同第三点は、単なる法令違反、量刑不当の主張を出でないものであるから、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おり決定する。

昭和二八年一二月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　斎藤悠輔

裁判官　真野毅

裁判官　岩松三郎





弁護人勅使河原直三郎の上告趣意

被告人　関口敏男

第一点

第一審判決は本件の証拠として被告人並に相被告人内桶正顕の第一審公廷に於ける供述及び相被告人内桶正顕の検察官に対する供述調書を引用したり。然れども之に依りては被告人が窃盗の共犯者なることを認むるに足らざるは勿論、被告人が何処に忍入り何を盗むべきか其の手段方法等を協議したる事実を認むること能わず。其の他第一審判決の引用したる証拠は被告人の共謀の事実とは全然無関係なり。而して第一審判決の事実の認定を是認したる原判決は相被告人内桶正顕の検察官に対する供述調書に依り、被告人の共謀関係を説明する所ありと雖、右は本件窃盗行為ありたる前後に於ける被告人等の行動を判示したるに止まり、之に依り被告人が本件窃盗に付共謀関係ある事実を明らかにすることを得ず。即ち原判決引用の証拠に依りては被告人の犯罪事実を認むるに足らざるを以て、原判決は虚無の証拠に依り被告人の共謀の事実を認定したるものと云わざるべからず。原審は恐らくは被告人の前科、素行、業態等に因り其の共謀関係を認定したるものなるべし。然れども証拠上何等拠るところなき架空の心証に因り被告人の犯罪を認定するが如きは極めて危険にして、自由心証主義の本旨を誤解したるものと云わざるを得ず。然り而して憲法第三十一条には何人も法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ又はその他の刑罰を科せられないとあり。原審は刑事訴訟法の根本原則を誤解したる結果、延いて憲法に違背する過誤を犯したるものにして、原判決は此の点に於て破棄せらるべきものと信ず。

第二点

原判決の判示する所に依るも被告人は何等窃盗又は窃盗に密接不可分なる行為を為したるものに非ざるを以て、共犯と

為らざるものとす。詳言すれば犯罪の実行行為を担任せざるものが、実行行為を担任したる者と共同正犯なりと為すには、実行行為を担任せざる者が、㈠実行行為者の背後に在りて之を指揮統率したるか、㈡或は実行行為者に対して参謀的知能を提供することに因り謀議に参劃したるか、㈢又は実行行為の重要なる予備的行動を担任したるか、㈣或は直接の実行行為に密接なる援助協力の行為を為したるか、少くとも精神的に又は事実的に犯罪遂行に付互に相協力し、其の間唇歯輔車の関係に在ることを要するものとす。然るに被告人には何等之に該当する行為を為したる事実を発見すること能わざるは勿論、此の点に付原判決の毫も判示せざる所なり。判例に共同正犯たるには必ずしも実行行為の分担あることを要せずとの趣旨は当該犯罪の成立要件たる事実そのものを分担することを要せずとの趣旨にして、実行行為者と然らざる者との間に意思の連絡さえあれば、他の一切の協力関係なしとするも、常に両者が共同正犯と為ると云う趣旨に非ざるなり。此の点に関する学説に付ては、法曹時報第二巻第三号所載刑法的思惟の危機、木村亀二の三、共犯概念の解釈の超法規化参照。然らば原判決は弁護人が原審に提出したる控訴趣意書添付の昭和二十一年(れ)第一〇四四号同二十二年四月七日大審院第一刑事部判決の趣旨に反する判断を為したるものにして、此の点に於ても破棄せらるべきものと信ず。

第　三　点

原判決は被告人に対する未決勾留を本刑に算入する旨の言渡を為さず。勿論未決勾留日数を本刑に算入すると否とは裁判所の自由裁量に属すると雖本件に於ては被告人に対する前後百日に亘る未決勾留は、之を不法なる勾留なりとして昭和二十五年一月十六日原審に於て之を取消し被告人を釈放したることは記録上明確なりとす。原審に於て刑法第二十一条の未決勾留は正当なる手続に依る未決勾留を指称し、本件の場合の如き不法なる未決勾留を包含せずとの解釈に基くものとせば格別、若し然らずとせば被告人に対する未決拘留の全部を本刑に算入するを以て、最も公平妥当の措置と為さざるべからず。然るに原判決は此の点に付何等考慮を払いたる形跡なく、漫然たる判断を為したるは理由に齟齬ある不法の判決と云わざるを得ず。従て此の如き場合は判決に影響を及ぼすべき法令の違反あるものとして、御庁に於て原判決を破棄するに非ざれば著しく正義に反するものと云うを憚らず。然らば原判決は此の点に於ても破棄を免れざるものと信ず。

以　上

昭和二六年(あ)第三九七九号

判決

本籍並住居　埼玉県入間郡飯能町大字飯能元真能寺村五二番地

無職

双木金次郎

明治四一年二月一九日生

右に対する賍物運搬被告事件について、昭和二六年七月二〇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

弁護人千葉律之の上告趣意第一点は控訴趣意書を援用するが、上告理由の主張としては不適法である。（本件のごとき自白が、被告人に不利益な唯一の証拠である場合に該当しない。判例集四巻一号二四〇四頁参照。）同第二点は単なる訴訟法違反、事実誤認の主張であつて、上告適法の理由に当らない。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。

昭和二八年一二月一七日

最高裁判所第一小法廷





昭和二八年一二月一七日判決　昭和二六年(あ)第三九七九号

裁判長裁判官　真野　毅
裁判官　齋藤　悠輔
裁判官　岩松　三郎





被告人　双木金次郎

弁護人千葉律之の上告趣意

第一点　原判決は、憲法に違反するものである。（刑事訴訟法第四百五条、憲法第三十八条第二項）

原判決は、原判決がその理由の判示に援用した弁護人千葉律之提出の控訴趣意書の趣意第二点に記載した通り、第一審判決が刑事訴訟法第三百十九条第二項の規定に違背して自白が、被告人に不利益な唯一の証拠である場合に該当するのに、被告人を有罪とした、不法を指摘した被告人の控訴趣意を斥けて、控訴を棄却したのであるが、それは飽迄も不法であつて、憲法第三十八条第三項に違反するものと思料する。

第二点　原判決を、破棄しなければ著しく、正義に反すると認められる左記の事由がある（刑事訴訟法第四百十一条）と認められるから、最高裁判所は職権の発動に依り、調査せられたい。

一、判決に影響を及ぼすべき、法令の違反がある。

右趣意第一点記載の如く、自白が被告人に不利益なる、唯一の証拠である場合であるのに、被告人を有罪とした第一審判決を容れて、被告人の控訴を棄却した原判決は、刑事訴訟法第三百十九条第一項の規定に違反したものである。

二、判決に影響を及ぼすべき、重大な事実の誤認がある。

前記控訴趣意書の趣意、第一点に記載した通り、被告人は賍物たる情を知らなかつたと認めるのを相当とするのに、その情を知れるものとして、有罪を言渡した第一審判決を容れ、被告人の控訴を棄却した原判決は、罪とならない事実を有罪なりとした重大なる誤認あるものと思料する。

叙上の理由に因り、原判決は破棄を免れないものと思料する。

以上

二



昭和二八年(あ)第四一八五号

決定

本籍　東京都渋谷区南平台町一六番地
住居　同都大田区北千束町七六六番地　山路健方
無職　及川敏こと　山路宏
大正一五年一一月二二日生

右に対する窃盗、詐欺被告事件について、昭和二八年七月二二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

弁護人大西重喬の上告趣意は判例違反をいうも、所論引用の判例は本件に適切でなく（本件では財物の任意の交付がないから窃盗と認むべきものである。）、同榊純義の上告趣意は量刑の非難であり被告人本人の上告趣意は違憲をいう点もあるが、実質は量刑不当、単なる法令違反、事実誤認の主張を出でないのであつて（所論調書の作成につき強制拷問又は脅迫の事実は記録上これを認むべき何らの証跡もない。）、いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない。また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

昭和二八年一二月一七日決定　昭和二八年(あ)第四一八五号

昭和二八年一二月一七日決定　昭和二八年(あ)第四一八五号

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。

昭和二八年一二月一七日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官　入江俊郎

裁判官　真野毅

裁判官　斎藤悠輔

裁判官　岩松三郎





昭和二八年(あ)第四一八五号

弁護人大西重喬の上告趣意

第一点　原判決は最高裁判所のなした判断と異なる判断をなしたと思料する顕著な事由がある。

（昭和二三年(れ)第七九九号同年十一月十六日第三小法廷判決）

判決要旨

一、証拠により認めた事実に基いてなされた推定の資料として事実を認定しても採証の法則に違反するものでない

右判示事項は証拠により認めた事実に基く推認と採証の法則

二、証拠の取捨選択及事実の認定は事実審裁判所の専権に属するがそれが経験則に反してはならない

右判示事項は証拠の取捨選択及事実の認定と経験の法則

原判決はその理由に「原判決が事実認定の証拠として挙示した証拠中原判示第一及び第二の事実に関する証拠をそれぞれ綜合すれば原判示第一及第二の事実は優にこれを認め得るところであつて記録を精査するも右事実の認定について原判決に所論のような誤認あることは認められない」と判示する。

右の第一事実は被告人が高原紀一より金四万六千円を窃取した事実である。

記録を精査し証拠として認めた事実である。

高原紀一の司法警察員に対する供述調書

被告人の公判廷に於ける供述

及川敏こと

被告人　山路宏

被告人の検察官に対する昭和二十七年四月十八日附供述調書
被告人の司法警察員に対する第一回供述調書
を綜合し推認するに被告人がかつて被告人の観賞した保険金の「スリカエ」詐欺の映画を想ひ出し高原紀一に対し外国煙草を世話すると詐称して新橋駅西口有料化粧室の待合室に誘ひ被告人所有の新聞紙の切紙入り角封筒を高原紀一の現金封入の角封筒なりと誤信せしめて「スリカエ」た行為は経験則に照し窃盗ではなくて詐欺であると思考する。

右は判決に影響するものと思料する。

第一審判決は法令の適用の項に「最も重き窃盗の罪の刑に法定の加重をなし刑期の範囲内で被告人を懲役弐年に処し」と判示する。

依つて按ずるに原判決は破毀を免れないものであると思料する。

以　上



昭和二八年(あ)第四一八五号

弁護人榊純義の上告趣意

第一、被告人山路宏に対す原審は懲役二年の実刑を科したるは刑の量定甚だ重きに失するものである。

惟ふに刑事裁判の目的妙締は正義の実現にある。正義亡ふればその国亡ふ。正義の奥には隠れたる一滴の涙があり温情がある。既に被告人は昭和二十七年七月より拘禁せられ今日に到り居るものにて此の拘禁により余罪受刑とは雖も永い年月には精神的・肉体的にもその刑罰は充分に果して居り今日では全く改心の情顕著なるものがあります。

刑罰は累犯と雖も其事実を考慮するのが当然であつて本刑は前刑が一年六月であるから次は二年と言ふ様に刑罰を加重科するは社会正義、裁判の目的正義に反するものであります。

尚又被告人は数回に及ぶ上申書の通り改心し信仰と共に起死回生を裁判所の仁愛の御手を垂れ賜らん事を手を相せ俯し拝んで居り祈願して居るのであります。

被告人の趣意書の通り事情以上の如くであります。

何卒以上諸般の事情篤くと御賢察の上原審破棄、公平正当なる御裁判を賜らん事を御願いする次第であります。

以　上

被告人　山路　宏
及川敏こと

昭和二八年(あ)第四一八五号

被告人の上告趣意

被　告　人　山　路　宏

第一点　高等裁判所より私に言渡されました刑の量定甚だしく過重であると思料すべき顕著なる事実があり刑事訴訟法第四一一条により破棄御自判を御願ひしたく思ひます。

(イ)　私は第一審判決に対し、控訴の申立を為し、昭和二十八年五月二十九日控訴趣意書を提出致しました其の第一点は量刑の不当でありました。然るに高等裁判所に於ては本件犯罪の情状、及び諸般の事情を綜合して原審判決は量刑重きに過ぎるものとは認め難しとて酌量せられず之を棄却せられたのでありますが、刑法第五十六条に於ては懲役に処せられたる者、其の執行を終り又は執行の免除ありたる日より五年以内に更に罪を犯し、有期懲役に処すべきときは之を再犯とすと規定されて居り、又同じく第五十七条には再犯の刑は其の罪に付き定めたる懲役の長期の二倍以下とすと規定されて居り、再犯の罪は一応累犯加重される事になつて居りますが、今回の私の事件を犯した当時は未だ受けた確定刑の中何れも執行を受けて居らず、従つて前科調書に於ては四犯となつて居りますが、右の規定には何れも該当して居ないと思ふのであります。然るに原審に於ては一応再犯と認定され再犯の刑として扱はれ今迄の私の受けた刑の最高刑を言渡されたものと認められます。即ち事件当時及び第一審地方裁判所に於ての第一回公判の頃は勿論既に現在服役中の懲役二年(恩典により一年六月に減刑)及び満期執行済の懲役一年(恩典により九ヶ月に減刑)の何れの確定刑も執行を受けて居らず再犯の罪として裁決せられた事は法の下、平等であるべき憲法第十四条の法律公平享受の原則に違背して居るものと思ふのであります。此の度の私の事件事実は許すべからざる再度の法を犯したものとして私自身慙愧に堪えぬ処でありますが、然し今回の四つに亘る事件事実の中、当初より金銭を騙取する目的をもつて意識的に行つたと自身認め

るものは僅か高原紀一に対する事件事実だけでありまして残る三件は逮捕後警察に於て私の金銭の貸借関係をすべて創作的に詐欺事実として取上げられたものであり、原審に於ては全面的に既に受けた確定刑の事件事実と同様に判定され、確定刑を執行されて居るものとして再犯の罪と断定され判決を下されて居ります事は刑法第五十六条及び第五十七条の立法の精神を蹂躙されて居るものと思考致します。私は憲法第十二条の権利の積極保持の原則の精神にあづかつて上告して新判例を求めんとするものであります。

(ロ) 現在、始めて受刑中の私は「ひとや」の生活の中に犯罪に対する意識は一変して前非を悔い今後は一人前の社会人として再出発する事を固く誓つて居りますものの今回の私の事件事実に対して一扁の情も酌みとられず今迄の確定刑の中の最高刑を科せられた事は真に更生をせんとする私の気持も幾分挫かれる思ひであります。私は此度第一審地方裁判所の判決以後、今回の事件の前に受けた確定刑の執行通知を受けましたが懲役一年（恩典により九ヶ月）である本年（二十八年）三月十五日満期終了致しました第一刑及び現在服役中の懲役二年（恩典により一年六月）の第二刑の他第三刑の懲役一年六月、第四刑の懲役一年とそれぞれ未だ執行せざる刑が残つて居り、更に今回の懲役二年の第五刑を合せれば、自業自得、因果応報とは云ひ乍ら所謂連続犯として服役中の仮釈放申請の場合大きな障碍ともなり不利益を免かれず多くの例として二刑、三刑とある者は始めの一刑、二刑は殆んど満期服役となり、最後の刑に於て初めて仮釈放の申請をせられるのが普通となつて居りますが、此の点を御考察頂き刑量に対して御寛容の処置を賜はりたい存じます。

第二点　原判決は其の事実摘示について本件の犯罪事実の中、事実の誤認及び理由不備の違法があります。即ち原判決は其の理由中、事実摘示の部分の審理について充分とは言ひ難きものがあり、又判決を下された事件事実が根本から異るものもあり、更に審理の基礎となされたものが司法警察員の一方的な多分に独裁的色彩の強いかなり創作的に事件事実として構成された点があり又一司法警察員の一女性に絡む感情に支配された調書の作製を強制されたる点等、私は茲に順次具体



的に愚意を陳述致したいと思ひます。

(イ) 被害者高原紀一（文京出版社勤務）に対しての窃盗被告事件に関しては私より米国横浜C・I・Q（米国税関）より放出物資である進駐軍用米国煙草を世話すると称して新橋駅前の有料化粧室に誘ひ、品物を渡すと欺罔して前記高原紀一持参の金を受取つたものであり刑法第二三五条によれば他人の財物を窃取した者は窃盗の罪と為すとあり、又刑法第二四六条によれば人を欺罔して財物を騙取した者を詐欺と為すとありますが、私の被害者高原紀一に対する事件事実は最初より六万二千円を騙取する目的をもつて前記の場所に誘導し、然る後に本人よりハトロン紙包封入の金を交付せしめ持参した贋の札束に封入されたハトロン紙包と掏摸換えたのでありますが、一旦本人の納得の上、金を交付せしめて居る以上、明らかに窃盗ではなく詐欺と思料されるものであります。勿論此の事件事実に関しての刑量については変らぬでありませうが刑法の真の原則に違反して居るものと認むるのでありますから御審理を御願ひ致したいと思ひます。

(ロ) 被害者石原忠に対しての詐欺事件は先に司法警察員に対する石原忠自身の供述に於て私との関係はシベリヤに抑留中一緒だつたと申し述べられて居りますが、私は勿論戦時中軍隊に行つた事もなく事実は昭和二十七年二月私が東京拘置所に拘留されました際、同房に居りましただけの関係でありまして其の時、私の当時の弁護人中野博義を又石原忠の弁護人として紹介し、弁護料は一応、私が負担致し、其の後前記弁護人に対する負担せし弁護料の半分は返済を受けましたが、此の度事件事実として取上げられましたのは先に石原忠の家を私と長岡和子なる女性と共に訪問し、財布を落したから金を借してくれと申しましたのは事実其の時の私の借りる為の苦しい口実ではありましたが金一仟円は私としては前記の私より金を立替えた事もありますので当然の事と思ひ、又本人は其の際持ち合せがないので直に石原忠自身、自分の背広上衣を質屋に担保として入れ、金を貸りたものでこれは飽迄石原忠と私との間の単なる貸借関係でありまして

一司法警察員の私の逮捕後に於ける種々の感情の軋轢により私への精神的圧迫により私に事件事実として構成させる事を納得させ、創作的に書類を作製されたものであります。

(ハ) 五反田のキャバレー「ニュー航海」のバンド・マスター岡泰文（芸名）に対する詐欺事件について私が逮捕後司法警察員に私が申し述べました供述調書に記載されて居りません二、三の事実を申し述べたいと思ひます。

(イ) 二仟余円を受取ると交換に私の手提鞄（書類・洗面具・クリーニング屋の預り書、東宝映画スチール十枚在中）を岡泰文より渡された金の担保の意味で本人了解の下、前記キャバレー事務所に置いて帰り、その際求められた品物が手に入らぬ場合にはこれを処分して貰ふ事を約束し、双方納得済で別れましたが、その翌日、前記(イ)に於ける高原紀一に対する事件事実により逮捕されるところとなり逮捕後(ロ)に於ける事実と全く同様にして、それを更に一司法警察員が一方的に事件事実として扱ふ事を強制し、其の結果書類として一応作製されたものであります。

(ニ) 逮捕後私が前記キャバレー事務所に来ない為、岡泰文は他のバンド・マンと共にそれを勝手に処分され、手提鞄は岡泰文の所有するところとなり、又一方のバンド・マンはスチールを他のバンド・マンの一人は私のクリーニング屋の預り書を持つて大井町のクリーニング屋に行き、私の預けてありましたギャバヂン地ズボン一着、ワイシャツ一枚をクリーニング屋に代金を支払つて持出され各々処分されたのでありますが、警察に留置されて居ります間、私及び岡泰文自身が警察に参り面会を要求致しましたが取り入れられませんでした。

(ホ) 私が岡泰文より金を受取る当日、前記キャバレーには(ロ)の場合と同じ様に長岡和子なる女性も介在し、金を受取る事実も充分知つて居り、其の後（私が逮捕されました後）長岡和子が省線五反田駅のプラット・ホームに於て岡泰文と偶然に会つた際「事件事実については全く自分の意志に反した警察員が勝手に作製した調書であり、又署名、捺印を強制されたものである」と申したと聞いたのであります。





(ヘ) 岡泰文と私とは都立五中時代学年こそ違え、音楽研究部に共に籍を置いた同窓生としての旧知の間柄でもあり卒業後、戦争中は共に会う機会もありませんでしたが戦争後屢々会う機会があり、其の際共に飲食をした事もあり、私としては僅か千円の金を細工的に騙取する心要もなく此の様な詐欺事件として扱はれた事は心外であります。

以上、各事件事実の誤認の点及び司法警察員が私に対して一方的に調書の作製を強要し、創作的に事件事実として扱はれました点を申し述べましたが、更に申し述べたき点は事件事実の(ロ)、(ハ)に於ては何れも長岡和子が介在して居りますが逮捕後私が警察に留置されて居ります間、勿論参考人として出頭させられましたが、一司法警察員鈴木刑事より「此の儘だと当然共犯者たる汚名をまぬわかれず従つて自分の手心一つでどうにでもなる」と半強迫的に言はれ、其の後再び五反田のキャバレー「カサブランカ」に復職致しましたが同処には度々訪れ、長岡和子に会ひ、其の際前記の事実がある為長岡和子自身も飲食をもつてもてなし一方私も(ロ)、(ハ)に於ける貸借関係を詐欺事実として認めなければ長岡和子に面会する事も許されず又食事等の差入れも条件的にその都度許されると云ふ精神的な圧迫強制を受け私自身全く止むを得ず認めざるを得なくなつたものであります。感情に絡み、強制的に調書を作製された点及精神的拷問と見るべき司法警察員の行為は明らかに公務員としての正義に悖るものであり明らかに憲法第三十六条及び第三十八条に違反するものと思慮致します。

以上、上告の趣意につきまして申し述べた次第で御座居ますが此の度、私の一事により、多くの親族の者達迄に甚だ名誉を傷つけ、顔に泥を塗る結果となり又関係者にはかり知れない迷惑を及ぼしました事は重々申し訳なき事で衷心より謝罪の意を表しますと共に悪愧悔悟の念に堪えぬ処であります。此の上は所内の規則を遵守致しますと共に、反省、修養の上、獄て出所の暁には一人前の社会人として有意義な理念に基づき一意贖罪の誠を尽す為にも努力邁進致したいと只管念願致して居ります。現在、私はふとした事から聖書に接し、知らず〳〵の中に苦悩焦躁の心のしこりが少しずつほぐれ、それ以来、漸く私は神に従ひ神と共に歩むのだとの喜びに湧いて参りました。輝かしい神の光のうちに生活する者とな

り、丁度泥沼の中からでも救い出されたかのような自覚を与えられましたが今後は遮二無二神の証人としてふさわしい生活の出来る様努力致したいと思ひます。既に私の心境及び今後私の進むべき道と抱負については過日上申書として詳しく申し述べ提出して御座居ますが、唯私としては誰にも恥じる事のない生活、そして自己の日々の生活に責任を持てる生活を切に望んで居ります。今後第二刑、第三刑、第四刑と服役して行かなければならない事を考える時、又暗澹たる気持になりますが与えられたる償ひの一日〳〵を真面目に務め、来るべき日、如何なる烈しい誘惑の波、罪の嵐にも負けず信仰により強くされて正しく進める様に此処での生活を有意義に送りたいと思つて居ります。何卒以上の趣意に就きまして充分御検討下さいまして私の微衷を聊かでも御斟酌下さいますれば私の喜び此の上もありません。

最後に私は唯、公正慈悲仁愛の御裁決を戴き度く偏えに裁判長殿の御賢察のもとに御英断を賜はり度く、此処に浅学菲才をも顧りみず本、上告趣意書をもちまして御願ひする次第で御座居ます。

以　上



昭和二五年(あ)第一九六八号

判　決

本籍並びに住居　長野県小県郡丸子町大字上丸子一〇〇三番地

木材商兼遊戯場経営

古　川　義　雄

明治四二年三月一〇日生

右の者に対する麻薬取締法違反被告事件について、昭和二五年六月一四日名古屋高等裁判所の言渡した判決に対し、被告人の原審弁護人端元隆一から上告の申立があつたので、当裁判所は次のとおり判決する。

主　文

原判決を破棄する。

被告人を懲役三月及び罰金五千円に処する。

右罰金を完納し得ない場合には、金百円を一日に換算した期間、被告人を労役場に留置する。

第一審及び当審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理　由

弁護人端元隆一の上告趣意は末尾添付の別紙書面記載のとおりである。

同弁護人の上告趣意は事実誤認、単なる法令違反、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。

しかし本件において、原審の確定した被告人の犯罪事実（第一審判決の認定による）は、被告人は、麻薬取扱者でないのに昭和二三年一二月一二日頃、岐阜市柳ヶ瀬町四丁目遊技場ムーランにおいて的場堯から塩酸モルヒネ（五瓦入）二本を譲

受け且之を同所において所持したというにある。そうして、原判決は、右譲受と所持の各所為は夫々麻薬取締法（昭和二八年法律一四号による改正前のもの以下旧麻薬取締法という）第五七条一項第三条一項本文、第一条に該当するものとし、右両罪は併合罪の関係に立つものとして刑法第四五条前段の規定を適用処断したことは、所論のとおりである。

しかしながら、第一審判決挙示の証拠によれば、被告人が本件塩酸モルヒネを的場堯から譲受けて判示の場所において所持したのは、同日午後二時頃から夕刻までの僅か数時間に過ぎず、被告人はこれを中国人陳某にその売却方を依頼して手交した事実が認められる。かくの如き場合、右麻薬の所持は、麻薬譲受の罪に当然吸収せられ、別に所持の一罪を構成するに至らないものと解するを相当とする。されば、本件につき併合罪の規定を適用した原判決は違法であり、この点において原判決は刑訴四一一条一項により破棄を免れない。

よつて刑訴四一三条但書により更に被告事件につき判決することとし、原審の確定した事実を法律に照すと、被告人の判示麻薬譲受の所為は旧麻薬取締法五七条一項、三条一項、改正麻薬取締法附則一六項に該当する（行為後罰金等臨時措置法二条により罰金の寡額の制限に変更があつたが、刑法六条、一〇条により軽い行為時法による）ところ、旧麻薬取締法五七条二項に則も懲役及び罰金を併科するを相当とし、その所定の刑期及び金額の範囲内において主文第二項の刑を量定し、罰金不完納の場合の換刑処分につき刑法一八条により主文第三項のとおりこれを定め、訴訟費用の負担につき刑訴一八一条により主文第四項のとおりこれを定める。

よつて裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

本件公判には検察官竹原精太郎が出席した。

昭和二八年一二月一八日

最高裁判所第二小法廷





裁判長裁判官　霜山精一

裁判官　栗山茂

裁判官　谷勝重

裁判官　小林八郎

裁判官　藤田唯一

裁判官　谷村唯一

昭和二五年(あ)第一九六八号

被告人　古川義雄

弁護人端元隆一の上告趣意

原審は原判示事実を認定し原判示法令を適用して被告人を懲役四月及び罰金一万円に処せられたが原判決に左の如き違法があり該違法は著しく正義に反すると思料せられるから上告の申立をした次第です。

第一点　原判決には事実誤認の違法がある。

弁護人は控訴趣意第二点前段に於て第一審判決の判示鹽酸モルヒネと称するものが真実鹽酸モルヒネであつたか或は鹽酸モルヒネと冒称する他の物件であつたかを鑑定に依つて確定することなく確実な証拠に基かずして抽象的な不確実な供述のみに依り輒く第一審判示事実を認定したのは証拠に基かずして事実を誤認した違法がある旨主張したところ原判決に於ては「原判決に依れば原判決が所論物件に付いて鑑定の結果によらないで之を麻薬取締法に所謂麻薬に該当するものと認定したことは洵に所論の通りであるが当該物件が麻薬取締法に所謂麻薬に該当するものであるか否かに付いては必ずしも所論のように鑑定の結果によつて之を認定しなければならぬ筋合のものでなく原判決挙示の証拠に依れば所論物件が麻薬取締法に所謂麻薬たる鹽酸モルヒネに該当するものであることを優に証明するに足り本件訴訟記録並に原裁判所に於て取調べた証拠に徴しても原判決の右認定に誤認あることを認め得ないから此の点に関する論旨は理由がない」と判示し弁護人の主張を排斥せられた。

然しながら控訴趣意第二点前段に記載の如く被告人が受取り且所持した物件が鹽酸モルヒネと称する物件であることは之を渡した的場堯も受取つた被告人も供述して居るけれ共果して夫れが麻薬取締法第一条に所謂麻薬に該当するか否

か不明であつて何等之を確認する証拠がない、尤も加藤周三の供述調書に依れば鹽酸モルヒネは麻薬取締法に所謂麻薬に該当すると供述して居るけれども之は本件物件が真実鹽酸モルヒネであることを前提としての立言であつて該物件が何んであるか不明であつて単に鹽酸モルヒネの標紙の貼つてあつた丈けで直に之が鹽酸モルヒネであつたか否か不明である。終戦後に於ては麻薬の取引と称して「メリケン粉」が受授せられた事例のあることは公知の事実である。斯る場合にはよろしく本件物件を鑑定せしめて果して之が鹽酸モルヒネであるか否かを確定しなければならない。然るに之を為さずして輒く之を真正の鹽酸モルヒネであると認定した第一審判決は不当であり、又之を維持した原判決も不当である。此の点に関する原判決は適法な証拠に基かずして事実を誤認した違法があり、破棄を免れない。

**第二点**　原判決には法律の解釈を誤り引いて事実を誤認し擬律錯誤の違法がある。

弁護人は控訴趣旨第二点後段に於て指摘した様に被告人は的場尭の窮状に同情して同人に対し金二千円を貸与したところ同人は其の所持に係る本件鹽酸モルヒネと称する物件二本を被告人に交付し之を中華人に売つて貰い度いと委託したので被告人は之を受取り数時間所持した後之を中華国人陳某に手交し其売却方を依頼したのであつて其の具体的事情は控訴趣旨第二点後段に於て主張した通りである。斯る場合の本件物件の交付を受け且つ之を所持した行為は一連の行為で包括一罪を構成するものであつて譲受を認める時は所持は当然之れに包含し若し又所持を認める時は譲受けは当然之に包含する。又譲受けと所持とは手段結果の関係に立つものとも解し得られる案件である。然るに原判決は「而して原判決挙示の証拠に依れば被告人が原判示の如く的場尭から原判示鹽酸モルヒネ（五瓦入）二本を譲受け且之を原判示のように所持して居た事実は之を認めるに足り本件訴訟記錄並に原裁判所に於て取調べた証拠を精査するも原判決の右認定事実に所論のような誤認の廉あることを毫も認め得ないから原判決が原判示事実を認定の上判示の如き擬律により被告人を処断したのは正当である。之を要するに原判決には所論のような違法が一も存しないから論旨は孰れの点から





するも其の理由がない」と判示して控訴趣意第二点後段の主張を排斥せられた。

然しながら麻薬取締法第三条に所謂所持は民法の占有の観念と同一にして自己の為めにする意思を以て麻薬を握持する場合を謂うものと解するを相当とし又同条に所謂譲受けとは売買贈与等有償たると無償たるとを問わず其の麻薬の処分権の譲受けを指称することは麻薬取締法第二条の譲受けの文意及び同条の趣旨より見て明白である、従つて麻薬取締法第三条の譲受罪は之が処分権を譲受けたが之を所持するに至らざる場合又は処分権の譲渡は受けたが他人をして之を所持せしめ自己が所持しない場合に成立するものと解するを相当とする故に譲受には当然所持を含まざる場合あるも所持には麻薬製造者に非ざる限り譲受け行為が先行するものなれば譲受け且之を所持することは一連の包括行為にして所持罪のみ成立し譲受罪は成立せざるものと解せねばならない。又別の方面より観察すれば譲受けは所持の通常の手段にして所持は其の結果とも解し得るところであつて譲受且所持は牽連一罪であるとも云い得るものと解し得べし、何れにしても本件の場合に譲受け且所持と認定して二罪成立を認め併合罪として処断した原判決は法律の解釈を誤り引いて事実を誤認し擬律錯誤の違法を敢てしたもので此の違法は判決に影響を及ぼすこと明白であるから原判決は此の点に於て破棄を免れない。

**第三点**　原判決の量刑に執行猶予を言い渡さない不当がある。

弁護人は控訴趣意第三点の㈠乃至㈢として第一審判決の量刑は甚しく不当であるとし其の不当な理由を指摘したところ原審は此の弁護人の主張を採用せられ第一審判決を破棄自判して被告人を懲役四月及び罰金壱万円に処せられたが此の原判決は相当であろうか否断じて相当でない。其の量刑は著しく不当であると思料する。即ち其の不当とする事情は控訴趣旨第三点に於て主張したものと同一である。斯る事情の下に被告人が本件麻薬を所持したことは仁義道徳の観念から見るも正義の観念から観察するも何等指弾することは出来ない。全く旅先にて盗難に遭い旅費に窮し宿泊料に困り

居ると泣訴する的場堯に同情の余り之を救助する為め見ず識らずの旅人に金二千円を貸与したことが動機となつて本件麻薬を所持するに至つたものであつて決して自己の為め利慾の為め之を所持したのではない。又現実一銭の利益も得て居らない。而も被告人の経歴を見れば判る様に善良無比の紳士であつて軍人上りで法令に暗く違法の認識なく善意を以て為したことが法に触れる結果となつたもので同情の外なき案件である。其詳細は控訴趣旨第三点を参照せられ度い。斯る犯罪前の経歴、犯罪の情状、犯罪後の事情を考察すれば被告人に対しては罰金刑のみを以て処断するを相当とも考えられ若し之が客観情勢上不可とし体刑は止むを得ないとするも之に執行猶予を与うべきであつて被告人に対し体刑の実刑を以て処断した原判決は如何なる点より考察するも納得の出来ないものである。従つて原判決の量刑を相当と解することは社会正義に反し刑事裁判の目的に反するものと云うも過言でないと思料する。故に原判決は著しく量刑不当の点に於て破棄を免れない。

以上第一乃至第三点に於て指摘の様に原判決を破棄し寛大なる執行猶予の言渡をしなければ著しく正義に反するものと思料せられるから敢て上告をした次第である。貴庁に於かせられては特別十二分なる御審議を賜わり原判決を破棄し更に相当の御裁判あらんことを切望致します。

以上



昭和二七年(あ)第二九九八号

判決

本籍　名古屋市熱田区沢上町一丁目五四番地
住居　同市瑞穂区川澄町二丁目二二番地
保険外交員
和田文夫
大正七年三月一一日生

本籍　朝鮮慶尚北道金泉郡邑内平和洞三〇二八番地
住居　愛知県一宮市向山町一丁目二九番地
織物加工業
成田福次郎こと
成元永
明治三九年一〇月七日生

右に対する詐欺被告事件について昭和二六年一〇月一五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判決する。

主文

本件各上告を棄却する。

当審における訴訟費用はその二分の一を被告人和田文夫の負担とする。

昭和二八年一二月一八日判決　昭和二七年(あ)第二九九八号

理　由

被告人和田文夫の弁護人杉本粂太郎の上告趣意は、量刑不当の主張に帰し、刑訴四〇五条の上告理由にあたらない。

被告人成元永の弁護人鍛治利一の上告趣意第一、二点について。

当該被告人以外の者の検察官に対する供述調書は、その者が公判期日において供述を拒絶した場合には、刑訴三二一条一項二号前段によつて証拠とすることができるのであり、このことが憲法三七条二項に違反するものでないことは、昭和二六年(あ)二三五七号同二七年四月九日大法廷判決（集六巻四号五八四頁）に徴して明らかである。従つて、所論第一点は採用できないし、同第二点もその前提を欠き理由のないものである。

同第三点乃至第六点について。

所論は、憲法三一条違反をいうけれども、その実質において事実誤認又は単なる法令違反の主張に帰し、あるいは量刑不当の主張であつて、適法な上告理由にあたらない。

同被告人の弁護人三宅厚三の上告趣意は、事実誤認、量刑不当の主張であつて、適法な上告理由にあたらない。

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、一八一条（被告人和田文夫につき）により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二八年一二月一八日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官　霜　山　精　一

裁判官　栗　山　茂

裁判官　小　谷　勝　重





裁判官　藤　田　八　郎

裁判官　谷　村　唯　一　郎

昭和二七年(あ)第二九九八号

被告人　和田文夫

弁護人杉本粂太郎の上告趣意

一、被告兩名は原審で懲役二年と實刑を言渡されているが、右は刑の量定が重いので左記の理由により破棄されるべきものである。

(1)　即ち憲法に於ては各人の自由と平等を確保すべき規定がある。吾人の基本的人権を擁護する規定もある。刑罰に於ては人権擁護の範圍内で處罰をされねばならない。各人に刑罰は平等に課せらるべきものであつて甲乙が不平等に刑罰を受ける事は憲法の精神に反する。犯罪に相當する刑罰を受くべき権利があるものと信ずる。不平等の刑は人権の侵害である。

(2)　本件につき見ると共犯者の内一人は執行猶豫との判決を受け、或は懲役一年六月とか本件被告人より輕い刑の言渡をされていることは記錄によると明かである。被告人の犯罪事實と右共犯者の犯罪事實とは何等輕重がないと信ずる。

(3)　然るに被告人等に懲役二年の實刑は重きに失するものであつて、被告人等は他の共犯者に利用されて其犯罪を犯すに至つたと云う事情は、記錄に依り明かであつて、主謀者であると稱する犯人と被告人と同等の刑を受けているのは、重きに失するものであつて、被告人等の行爲は從犯に屬するものと信ずる。

二、以上の次第であるので、被告人に對する二年の實刑は重きに失するものであつて、原判決は破棄されるべきものであると信ずる。

以　上

昭和二七年(あ)第二九九八号

弁護人鍛治利一の上告趣意

被告人　成田福次郎こと　成　元　永

第一点

原判決は憲法第三七条第二項に違反した判決である。

第一審が「相被告人伊藤茂は当公廷において判示事実につき共犯者に対する不利な事実を法廷で述べたくないと謂ふのであるから右供述調書の供述を信用すべき特別の情況ありと認めて刑事訴訟法第三百二十一条第一項第二号により右供述調書を証拠として上告人を有罪としたのに対し原判決は、

「原判決（第一審判決）によれば原判決が所論の原判示第六事実を認定するに際し、所論伊藤茂の昭和二十五年四月三日附検察官に対する供述調書を援用して居ること、原判決が同供述調書を援用するに付論旨摘録のように摘示して居ること、並、所論の原審第十二回公判調書中に論旨摘録のような問答記載が存することは就れも所論の通りであるが、右原審第十二回公判調書中に存する所論摘録の問答記載によれば原審相被告人伊藤茂は原審公判廷に於て裁判官から所論の原判示第六事実に付共犯者との共謀関係に関し尋問を受けたに拘はらず、之が供述を拒否したのは共犯者に対する不利な事実を述べたくないと思料したに因るものと解し得ないこともないから、原判決が斯く解したからとて之を云為する所論は当らない」と判示したのである。

しかし、伊藤茂の第一審第十二回公判に於ける供述は左の通りである。

「裁判官は被告人伊藤茂に対し、

問　小出寅吉を被害者とする事実について尋ねるが鈴木と成元永には何時話したか、

答　その事については申上げたくありません」（三一二丁）

即ち伊藤茂は此の点について供述を拒否しているのであつて、これは原審も認めるところである。

憲法第三七条第一項によれば、

「何人も自己に不利益な供述を強要されない」

のであり、このことは刑事訴訟法においても、被告人につき第三一一条で、又証人につき第一四六条乃至第一四八条に、これを規定している。

故に伊藤茂は供述拒否権を行使したものに外ならない。

憲法第三七条第二項は「刑事被告人はすべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ」る旨を規定している。

即ち憲法は刑事被告人に対し、すべての証人に対して審問する機会を充分に与へることを保障し、この機会を与へなかつた供述はこれをその刑事被告人の不利益な証拠としないことを約束しているのである。

而して「審問する機会を充分に与へられた」というためには単に公判廷において証人に対面しただけでは足らない、現実に審問に対し供述が為されなければならないのである。ところが相被告人伊藤茂は公判廷に於いて供述を拒否したのである。

同人は法定の原因によつて適法に供述を拒否したものであつて、これは上告人の如何ともしがたいところで、上告人に何の責任もないことである。

このような場合になお「証人を審問する機会が充分に与へられた」ということが出来ようか。訊問の機会を与へるのは





供述を得るためだから、供述を拒否されたときは、審問の機会を与へられなかつたものと云はねばならない。

換言すれば裁判所が証人を公判廷に喚問すれば、その証人が訊問に応すれば供述を得られるであらうと云ふ可能性が期待されるに止まる。故にその証人が証言を拒否すれば、この可能性は現実への発展を断絶され訊問の機会はなかつたことになるわけである。此場合裁判所としては、その為し得べきことをしたのであるからそれでよろしいのであるが、それだからと云つて、訊問の機会がなかつたものを、機会のあつたものとすることは出来ない、蓋し裁判所が証人の喚問をしなかつた為めに訊問できなかつたのも、又喚問はしたが証言を拒否したために訊問出来なかつたのも、訊問をする機会がなかつたことに於ても少しも変りはない。憲法の保障するのは、裁判所がその証人を公判廷に喚問したかどうか（裁判所が憲法の趣旨に従つて手続を進めたかどうか）ではない、被告人が訊問の機会を持つたかどうかであつて、これを被告人の権利として保障しているのである、原審はここのところを誤解しているものといわねばならない。証言を拒否し何の供述も得られないのに証人を審問する機会が充分に与へられたと云ふのは手の届かぬところに餅を差出しただけで餅を食ふ機会を与へたというに等しく全く欺瞞にすぎない。

このように公判廷において被告人が証人に対して審問することができないのに拘はらず被告人も弁護人も立会はない、従つて反対訊問の機会も与へられない相被告人伊藤茂の検察官の面前で為した供述調書を証拠として被告人に有罪を言渡したのは結局証人に対し審問する機会を与へなかつたものと断ぜざるを得ない。

一般に起訴前において殊に起訴不起訴の決定権を持つ検察官の面前において各別に尋問をうける共犯者間では互に罪責をなすり合ひ自己の起訴を免かれたいと検察官に迎合しやすいのは人情の自然で、かゝる情況の下に為された供述調書は之を証拠としての証明力そのものが甚だ疑問である。ところが更にこの供述者が公判廷においては証言を拒否して事実上右供述調書の原供述につき之を不利益とする被告人がその供述者たる証人を審問することができないとすればこの供述調

書は憲法第三十七条第二項の規定に鑑み有罪の証拠とすることができぬとすべきは当然である。

刑事訴訟法における証拠の法則も右憲法の根本法則に反するものであつてはならぬこと当然であり、この憲法の趣旨に従つて規定されてゐるものと解さねばならない。

即ち刑事訴訟法第三二〇条は、

「第三二一条乃至第三二八条に規定する場合を除いては、公判期日に於ける供述に代へて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない」

と規定して被告人に対して審問の機会を与へなかつた供述を証拠とすることを禁止している。

ただ、例外として同法第三二一条乃至第三二八条の場合のみ審問の機会を与へなかつた供述を証拠とすることを許したのである。

故にこの例外規定は厳格に解釈されねばならない。

原審は右供述調書の供述を信用すべき特別の情況ありと認めて刑事訴訟法第三二一条第一項第二号により証拠とする、といふのであるが、同号は、

「検察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異つた供述をしたとき」であることを前提条件とし、之に該当する場合においても更に、

「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別の情況の存するときに限る」

と規定しているのである。





相被告人伊藤茂は公判廷に出頭しているのだから、死亡、精神若しくは身体の故障はないし「所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき」に該当しないこと明かである。従つて、公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異つた供述をしたときでない限り証拠とすることはできない。

本件に於いて相被告人伊藤茂は供述を拒否したのだから供述がないのであつて刑事訴訟法第三二一条第一項第二号にいう「公判期日において前の供述と相反する」供述したものとも云へないし「実質的に異つた供述した」と云ふことはできない。従つて右第二号には該当しないものというべきである。

何となれば供述を拒否し、新しい供述は存在しないのだから、前の供述と相反してゐるとか、若しくは実質的に異つてゐるとか較べようはないのである。

比較は二個の供述があつて初めてできることで一個しかないのでは較べることは元々できぬからである。

刑事訴訟法第三二一条第一項第二号は証人に公判廷の供述と、その前の検察官の面前における供述と二個の供述が存在するとき、その二個の供述の内容が相反してゐるとか又は実質的に異つてゐるとき、換言すれば前者と後者が矛盾してゐるときに初めて公判外の供述（検察官の面前における供述）を証拠として提出することが許される旨を規定したものである。

従つて供述を拒否して供述がない場合には矛盾した供述が存在しないのだから、供述しないからといつて直ちに前の供述を証拠とすることが許されるとするのは、同法の解釈を誤つたものと考へざるを得ない。

してみると供述を拒否した相被告人の公判前の供述調書を証拠にすることができるとすることは憲法によつて保障された被告人の証人審問権を剝奪することになるのであつて、刑事訴訟法第三百二十一条第一項第二号の例外規定は右のような場合を包含するものでないと信ずる。

原審が相被告人伊藤茂の檢察官の面前における供述調書を右刑事訴訟法第三二一条第一項第二号により証拠とすることができるとしたのは正に右刑事訴訟法の解釈を誤つたばかりでなく、憲法に違反するものと云わざるを得ないのである。亦仮りに刑事訴訟法第三二一条第一項第二号が原判決のように解釈され得るものとすれば右規定そのものが憲法に反するもので無効と云ふべきである。

原判決は右の理由で違憲の裁判であり破棄を免かれないものと信ずる。

第二点

原判決は、相被告人伊藤茂は第一審公判廷において裁判官から原判示第六事実について共犯者との共謀関係に関し尋問を受けたに拘はらず之が供述を拒否したのは共犯者に対する不利な事実を述べ度くないと思料したに因るものと解し得ないこともないから刑事訴訟法第三二一条第一項第二号により右檢事調書を証拠とすることができるとするのであるが。

伊藤茂の第一審公判廷における供述は、

「裁判官は被告人伊藤茂に対し、

問　小出寅吉を被害者とする事実について尋ねるが鈴木と成元永には何時話したか、

答　その事に付ては申上げたくありません」（三一二丁）

と述べているのだから、供述を拒否したものでないこと明かである。

共犯者に対する不利な事実を述べたくないとの理由で供述を拒否した場合、どうして拒否したのか、その原因は二つの場合が考へられる。

(1)　自分がした犯行であり相被告人は関知しないのであるけれども、その通り述べると相被告人と共謀の上でやつた場合





より自分の情状が重い、共謀でやつたことになつた方が情状が軽く刑も軽くなる希望がある。

共謀として起訴されているのだから其の儘黙つていよう。

まして警察や檢事の取調べも相被告人と共謀したものとして取調べが進められているから公判になつて、そうでないとはつきり云ふと自分の情をにくまれる。

即ち自分の利益のために供述を拒否する場合、

(2)　相被告人と共謀関係にあることを述べれば相被告人に不利益だから黙つている。

これを本件について見ると、上告人が犯行に関係したとか相談に与つたことを示す事実は少しもない、事実がないのだから具体的な供述は少しも出来ないのである。

ただ伊藤等が上告人の家へ訪ねて来ていた際被害者の小出寅吉も訪ねて来て同座したことがあり、其の際伊藤等と小出とが知り合つたといふ事実があるに過ぎない。

これは小出寅吉が第一審において、

「問　この取引は誰と直接交渉したのか、

答　伊藤茂、鈴木勝利、柴山兼治の三人であります。（一八七丁）

中略

問　この話が纏るまでに伊藤達は何回位証人方へ来たか、

答　三回か四回は見えました。

問　品物を渡す其の前日は誰が来たか、

答　伊藤か柴山かどちらか一人見えましたが、それがどちらであつたか今記憶がありません。

問　最後に品物を取りに来たのは伊藤、鈴木、柴山の三人か、
答　左様であります。
　検察官は裁判官に告げ証人に対し、
問　其の時もう一人誰か居らなかつたか、
答　三人しか私は見ませんでした。
問　品物を渡す前日来たのは誰か、
答　鈴木以外の伊藤か柴山かのどちらかでありますが、其の点今記憶がありません。
問　成元永が前日来たのではないか、
答　其の様な事はありません。
問　其の人を証人は知つて居るか、
答　はい知つて居ります又伊藤達三人は同人に紹介されて知る様になつた次第あります。
問　本件洋服生地の取引に付ては成元永も中に入つたのではないか、
答　私の知つてゐる範囲では其の様な関係はないと思ひます。
問　成元永は其の事に付ては一度も顔を出した事はないか、
答　一度も顔を出した事はありません。
問　同人から四、五十着出して呉れと頼まれた事はないか、
答　はい同人より伊藤達三人は相当大きく商売を遣つているから品物があつたら幾らでも出して遣つてくれと云う事を聞いた事があります。



そして成元永や伊藤達三人を私を信用して居りました。
　弁護人三宅厚三は裁判官に告げて証人に対し、
問　最初洋服生地の取引に付ての話は誰がしたのか、
答　伊藤、鈴木、柴山の三人であります。
問　其の前成元永に其の生地を何処かへ世話して呉れと云つて頼んだ事はないか、
答　其の様な事はありません。
問　坂本とか誰かに世話すると云う話はなかつた、
答　其の様な話はありませんでした。
問　成元永と云う男は良く知つて居るのか、
答　私の知人の朝鮮人の親友が成元永でありまして其の使いて成元永が一度私方に来た事がありましたので良く知つて居ります。
問　伊藤達三人の内誰か一人が成元永を仲間に入れると品物が高くなるから成元永を入れない方が良いと云う事を聞いた事はないか、
答　はい誰という事は記憶がありませぬが成元永を入れると口銭が高くなるから入れない方が良いと申して居りましたので自分はどちらでも良いと云つて遣りました。
問　其の成元永に詐欺にあつた事を話した事があるか、
答　はいそして伊藤達の住居を尋ねたところ名古屋の何処とかやら申して居りましたが其の事件以来家により付かず三人を見付け次第直ぐ知らすと云つて非常に同人も憤慨して居りました」（一八二丁以下）

と証言しておることにより明かである。

即ち伊藤、鈴木、柴山の三人が上告人方で小出と知り合つたのを利用してやつたことであつて上告人は何等の関係も無く、上告人と小出との間では服生地の話をしたこともない。上告人は糸や織物のブローカーもしていたから、服生地のことに上告人が関係ありとすれば小出は上告人にその話をする筈である。

而も伊藤等は上告人を入れると仲介の口銭を出さねばならないから入れないと云つているのではないか、上告人に内密でした事であるから上告人の知る道理がない。

このことは小出寅吉の司法警察員供述調書によつても明かである。

即ち

「一番初めは一昨年（昭和二十二年）の十一月頃に一宮市の殿町の朝鮮人のコップ酒呑の家に酒を飲みに行きまして、現在は死亡しましたが吉田某の友達の一宮市大正通りの成田福三と顔知りになりました。

成田も当時はブローカーの様なことをしておりまして私に何か儲ける物はないかと話が出まして糸の話をした事がありましたが、其の時は話は纏りませんでした。

昨年の旧元日の元旦の日でありました、私は成田の家へ第二回の糸の話に行きますと只今申しました、

トウサン外二名の男がおりまして私も酒を奨められましてよばれました。

三人は成田と極く親しい間柄の様であり、私は成田は二十年位前から日本に来ており妻君は日本人で堅い人だと信用しておりました。

三人の人は自分達は北海道の方の会社に勤めており、内地から荷を船で積んで行き又荷を内地に積んで来ておるが洋服地が無いかと尋ねました。私は自分には持つておらないが誰かに聞いたらあるかも判らぬと返事しまして駄賃が貰え



れば世話をしようと思いました云々」（一四一丁）

とあつて、この取引は伊藤、鈴木、柴山三人と小出との間でしたものであること、

小出と上告人は糸の商談をしたことはあるけれども服生地のブローカーの話をしたことはないこと。

小出は昭和二十三年の元旦に上告人方へ糸の話に行き其の際右三名と知り合となり、それから同人等と服生地の取引をするようになつたものであること明かである。

（同調書を見ると一四〇丁には初め上告人も右三名と共にした犯行として記載したが、小出は上告人に関係がないと重ねて述べたため上告人に関する部分を削除してある。

然るに一四四丁を見ると、

「早速元の中野派出所に届け私は其の後成田方へは二回程行きまして、自分は事件に付いては関係は無いと申しており、俺の照会した家で其の様な悪い事をしてゐたなら見付次第承知せんと申しておりました」

とある記載の下へ細字で「が私は成田福三も仲間だと思つております」と加入してあり、上告人を共犯者にしようとして無理な供述調書を作つた形跡歴然たるものがある。）

故に伊藤茂は(1)の如く、上告人は共犯者だといふことになつている方が自分の情状に良い、上告人は関係がないと云へば自分の情をにくまれて損だから、黙つていた方がよいと黙秘したものと解せねばならない。

共犯だと云へば、具体的事実を問はれ、これを述べれば、嘘なのだから、上告人側から反対訊問され、この反証を挙げられ嘘であることが暴露される、だから黙つているのである。

これは伊藤茂には都合がよいか知れないが、上告人としては反証の途を断ち切られることとなる。

伊藤は自分のやつたことだから、その事実に上告人が共同加工している事実を加へただけでよい。しかし上告人は関知しない事実だから、具体的にこんな事があつたと供述があれば、それが虚偽であることを反駁立証出来るけれども、默秘されたのでは如何ともし難いのである。

されば此の場合には検事調書を信用すべき特別の情況が無いものと解きねばならない。

蓋し同条項は憲法第三七条第二項を手続面に具体化した規定だからである。

之に反し伊藤の公判における默秘を(2)の場合を考へることは出来ない。

上告人の利益を考へたものとすれば伊藤茂は默秘せず、上告人は犯行に関係ないことを述べている筈である。

同人は検察官に対して上告人も共犯である旨を述べ、上告人は共犯者だとして起訴されているのだから、共謀の事実について供述を拒否すれば、同人の検事供述調書と上告人が共犯者として起訴されている証拠及び事実が共の儘残る。默秘するのが自分に安全だから供述を拒否したものと云はねばならない。

凡そ人間は他人よりも自分が可愛いいものである、他人に害意を持つわけではなくとも、自分のことを考へると自分を助ける為めには他人に害の及ぶことでもするのである。

之に反して自分を殺しても他人の利益に行動することも絶無ではない、しかしそれは、その場合そうしたであらう特別の事情があるからである。然るに本件では伊藤が上告人の為めに共謀関係に関する供述を拒否したと推測する特別の事情は全然ない。

故に原審が「原審相被告人伊藤茂は原審公判廷に於て裁判官から所論の原判示第六事実に付、共犯者との共謀関係に関し尋問を受けたに拘はらず之が供述を拒否したのは共犯者に対する不利な事実を述べたくないと思料したに因るものと解し得ないこともない」と判示したのは独断に過ぎない。





右供述調書は上告人に共犯関係ありとするについての唯一の証拠とも云ふべく他には上告人の有罪を示すものはないのであつて原判決もそれが強力な還拠であることを認めている。

原審がこの供述記載をより信用すべき特別の情況ありと断定し、これを証拠として上告人を有罪としたのは刑事訴訟法第三二一条第一項第二号の解釈を誤つたものである。

而して同条項は憲法第三七条第二項の被告人に対する保障を訴訟手続面に具現したものであつて、これに違背して、上告人が審問の機会を与えられなかつた右供述調書を証拠として有罪を言渡したのは正に右憲法の保障を奪つたものであるから原判決は憲法第三七条第二項違反の判決であり破棄を免かれないと信ずる。

第三点

原審は第二事実を有罪として懲役二年を言渡した第一審判決を支持し控訴を棄却したのであるが、第二事実は、

「被告人鈴木勝利、同成元永は伊藤茂等と共謀の上昭和二十二年八月中旬葉雲郡木曾川町大字黒田字西町北不破ら忽子方に於て一宮市印田通り三丁目十七番地加藤音吉に対し真実契約通り六十万円の代金を支払ふ意思なきに拘はらず、之有るが如く装ひ「前から話してある単糸を受渡してくれ代金は直ぐ支払ふから」と申向け同人をして其の旨誤信せしめ即時同所に於て同人所有に係る四十番単糸八十丸を売買名下に交付せしめ代金を支払ふからとて同人を同行して同家を出てから途中同人を巻いて逃走し以て右単糸を騙取し」

たと云ふ事実である。

しかしこれについて上告人は、

「昭和二五年四月八日附起訴状記載の第一公訴事実に付ては私は吉田と云う人の依頼で単糸のブローカーとして遣つただけでありまして、伊藤等と一緒に現場に行つて居りませんので同人等がどの様な方法で本件の単糸を取つて来たか知りま

せん」（三八丁）

と述べており、ブローカーとして右単糸の売先を斡旋したに止まり加藤音吉との取引には何等の関係も交渉もないと云ふのである。

而して加藤音吉の第一審証言によると、

「問　証人は昭和二十二年八月中旬木曾川の不破ちゑ子の家で伊藤茂その他の人に四十五番の単糸八十丸を渡した事があるか、

答　あります。

問　其の時の相手の男は只今当廷に居るか、

答　はい二人居ります。一人は伊藤茂で一人は此の人（被告人鈴木勝利を指示す）です」（二二七丁）

「問　証人は成元永を知つているか、

答　今月二十四日の晩始めて知りました、それ迄は全然知りませんでした。

問　糸を買う時交渉はなかつたね、

答　はい全然ありません。

問　二十四日の晩はどういう要件で来たのか、

答　私が世話して利益があつたがそれは返すから受取つてくれというので、金九千円を受取り領収書を渡しました」（二三二丁）

とあるし、

葛谷松一の証言にも、





「問　証人は昭和二十二年八月中旬頃不破ちゑ子の家で加藤の単糸八十丸を伊藤、鈴木に渡した事があるか、

答　あります。

問　成元永は居なかつたか、

答　居りませんでした」（二五一丁）

「問　此の問題について証人は成元永と話しをした事はないか、

答　全然ありません」（二五三丁）

とある。

これ等は何れも第一審判決の挙げている証拠であるから、証拠によつても上告人は伊藤、鈴木等の行為に関係のないことを明かであつて、上告人はただ吉田の依頼により本件単糸の売先を斡旋し仲介報酬を受取つたに過ぎない。

従つて上告人は無罪である。然るにこれを有罪としたのは憲法第三一条に違反するものであり破棄を免かれない。

第四点

第二事実について加藤音吉に二万円と四万円合計金六万円を支払つてあり、代金は支払済となつておるのであつて加藤の云つているのは公定価格超過の金額を受取らなかつたと云ふに過ぎない。

即ち加藤、葛谷の第一審証言によれば二回に金六万円を受領していること明かであつてこれは公定価格によつて支払つたものである。

加藤の証言には、

「問　金を四万円出したとき朝鮮聯盟で買つたから丸公でくれと云つたのか、

答　左様です」（二三一丁）

「問　戦前の物ならば相当安いものではなかつたか、

答　すつと安いものでした一丸十円のも十五円のもありました」（二三三丁）

即ち原価は千二、三百のものであつて当時の公定価格にしても受取つて金六万円よりも以下である。

葛谷の証言にも、

「伊藤が聯盟から来た、お前達がこんな事をやるから世の乱れるのだ丸公で貰つておくと云つて四万円を出しました」（二五二丁）

とある。

公定価格を超過した価格による売買契約は、公定価格の限度における価格を定めた売買として有効である。即ち売主は超過部分の代金請求権はないのである。（昭和一九年(オ)第七六六号昭和二〇年六月二二日大審判決）

従つて公定価格による代金を支払つたのだから詐欺の成立する理はない、これを詐欺だと云ふのは公定価格違反部分の代金請求権を法律が認める結果となり、法律は一方で刑罰を以て禁止し乍ら他面でこの請求権を認めることは有り得ない。

故に伊藤等の行為としても売買契約に基いて公定価格の代金を支払つたのだから詐欺罪は成立しないのであつて況んや上告人について有罪を言渡す理由はない。此の点に於ても、原判決は統制法規及民法第九〇条を無視し罪とならない行為を罰したものであつて憲法第三一条違背の判決であるから破棄を免かれない。

第五点

上告人を第三事実について有罪としたのも憲法第三一条に違反する。これは

『被告人成元永は伊藤茂等と共謀の上昭和二十二年夏頃丹羽郡千和村大字佐野三千百五番地夫馬桂一方に於て同人に対し





契約通り代金約十一万円を支払ふ意思なきに拘らず之あるが如く装ひ「前から話してある落綿を買受けるから受取つてくれ代金は後で直ぐ支払ふから」と申向け同人をして其の旨誤信せしめ因て即時同所で同人所有の落綿約四百貫を交付せしめて之を騙取した』と云ふにある。

しかし上告人は第一審公廷において、

「右同日附起訴状の第二公訴事実に付いては矢張り吉田からブローカーをして遣つたお礼として三千円貰つた丈でありまして伊藤がどの様な方法で夫馬方から落綿を取つて来たか私は知りません」（三八丁）

と述べている。而して原判決が証拠に挙げている夫馬桂一の証言によると、

「問　証人は昭和二十二年夏頃証人宅において落綿四百貫位を伊藤茂外三名の者に渡した事があるか、

答　あります。

問　伊藤茂という人間は証人は覚えているか、

答　覚えて居ります。此の人です（証人は此の時被告人伊藤茂を指示した）

問　その時のもう一人の朝鮮人は当廷に居るか、

答　（証人は被告人等を見て）当廷には居りません」（二一八丁）

とある。

上告人は共の場に居るのだから、上告人が事件に関係していないこと明かである。更に

「問　証人は伊藤茂をどうして知つたか、

答　私は全然知りませんでしたが元一宮に来られた梅村某という男の話で此の事件の時に始めて知つたのであります。

そうして其の際は酒井と云つて私の家へ来ました。

中　略

問　では証人は落綿を渡した時の経緯について述べて貰い度い。

答　はじめ梅村某の紹介で伊藤と二人でやつて来て落綿を分けてくれと云ふ話でした……」（二一九丁）

と証言して居り、鈴木は梅村某が夫馬桂一に紹介して本件落綿の商談に入つたものであることを示している。故に上告人と夫馬とは全く未知の間柄で何の交渉もなかつたのである。即ち

「問　証人は成元永を知つているか、

答　事件の時は知りませんでしたが四、五日前に始めて知りました、それまでは会つた事もありません。

中　略

問　其の時に来たのは誰か、

答　伊藤と背の高い朝鮮人です。

問　其の朝鮮は成元永か、

答　成元永とは違います。

問　其の朝鮮人は当廷に居ないか、

答　居りません。

中　略

問　証人は先程四五、日前に成元永に会つたというがこれは何用で会つたのか、

答　最初私宅へ使いが来ましたが其の際は私が家に居りませんでした、そして翌日であつたと思いますが成が訪れて来て落綿で引つ掻つたそうだがそれについて裁判所から呼出状でも来ているでしようが斡旋をしただけで手数料として



三千円貰つてそれで本件にかかつているがそれはお返しするからぜひ受取つてくれと申しました。

私は結局金を受取り書類に受取の印を押しました」（二一四丁）

とある。

故に第三事実も上告人は共犯者でないこと明かである。此の点においても証拠に反して上告人を有罪とした違法がありこと甚しく正義に反する。

憲法第三一条違反の判決であつて破棄を免かれない。

第六点

原判決は刑の量定重きに過ぎ相被告人との権衡を失するこ

㈠　上告人には前科がない、二十一歳の折日本に来て爾来二十五年間真面目に暮して人々から信用されている。

㈡　上告人は朝鮮にて面長又は郡長を勤務した穏健な有力者を父として出生し相当裕富な家庭に成人し中学校を卒業したものであつて一宮市議会議長等有力者多数連署の嘆願書記載の如く永年織物加工業に従事し人望も信用もあり、再犯の虞れはなく、且証人大竹津兵衛の証言にもある如く上告人は大きな織物屋にも信用があり、堅実な商業を営んで居たものであり、従つて同証人も被告人が立会はなければ本件品物を売却しなかつたと証言して居る程信用のあつた人物である。

㈢　被告人は被害者全部に対して被告人の得た利益の全額を弁償して示談を遂げたもので被害者何れも之を諒とし被告人の為嘆願書を提出しているのである（二二六丁以下）

上告人は一宮市大正通り六丁目二番地に居住し其の家屋は自己の所有であつたが図すも、本件の共犯者として起訴されたので、自分は犯行に加担したものではないがブローカーとして闇取引（公定価格違反売渡）の斡旋をしたため、その品物が不幸にも伊藤等の犯行による品物であつたことにより共犯者と疑われたことを遺憾として、自分のこの品物に

関して受けた金員は是非被害者に差し出して謝意を表はしたいと考え、自己の住居を売却し弁償したものであつて、その誠意は深く考慮さるべきである。

上告人は右の様に住家を売却したため現在は一宮市向山町一ノ二九に借家移転して謹慎の日を送つている。

然るに被告人と犯罪の回数も同じく四回で犯罪の情状に於て却つて重いと認められる相被告人鈴木勝利が全然弁償せず誠意を些かも表はして居ないのに拘らず被告人と同様に懲役二年に処せられていることは刑の量定著しく均衡を失し所謂正直に弁償したものが馬鹿を見た結果に陥つている。

(四) 上告人は本件に於て詐欺の意思等は殆んどなく全く主犯者たる相被告人伊藤茂、鈴木勝利等に利用せられたもので罪責を負わせるに忍びないものである。

(五) 本件は終戦後間もない世を挙げて虚脱と昏迷の時代の所為にして其の後長年月を経過し現在の社会情勢下の犯罪と同一視することは甚だしく均衡を失し大いに恕すべき点のある犯行である。

(六) 被告人は妻子供七人及妻の兄二人（何れも戦死）の遺族十人の扶養家族を擁して居るもので被告人が実刑を科せられることは被告人の家族及被告人の妻の兄二人の遺族は直ちに極度の貧窮に陥ることは明白である。

(七) 被告人は改悛の情顕著で再犯の虞れは全くない。

以上の事実及記録を精査すれば被告人に対し刑の執行猶予の恩典を与えられるべきに拘らず、敢えて実刑を科した原判決は刑の量定過重であり著しく正義に反し破毀せらるべきものと信ずる。

以上





弁護人三宅厚三の上告趣意

第一点　第一審判決には事実の誤認がある。

(一) 第一審判決は判示第六の事実を認定するに際り証據として相被告人伊藤茂の昭和二十五年四月三日附検察官に對する供述調書を採用して居るが、其の理由として「相被告人伊藤茂は當公廷に於て判示事実に付共犯者に對する不利な事実を法廷で述べたく無いと謂うのであるから、右供述調書の供述を信用すべき特別の情況があると認めて刑事訴訟法第三百二十一条第一項第二号に依り右供述調書を被告人成元永の判示所為の証據とする」旨説示して居るが、第一審第十二回（昭和二十五年十二月五日附）公判調書の記載（記錄第三百十二丁の表に依れば裁判官の問　小出寅吉を被害者とする事実に付て尋ねるが、鈴木と成元永には何時話したら被告人伊藤茂の答　其の事に付ては申上たくありません と記載されて居るのみにて、被告人伊藤茂が如何なる理由に依り供述を拒否して居るか全く不明である。

然るに第一審判決は全く根據なくして獨斷にて相被告人伊藤茂が判示事実に付共犯者に對する不利な事実を法廷で述べたく無いと謂つた旨斷定して右供述調書を証據として採用して居るのである。

由來相被告人伊藤茂は本件犯罪事実自体に依つても明白なる如く生來の大詐欺漢にて何等恥を恥とせず平然と虚言を弄する輩にして第一審公判廷に於ても自己に利益なる点は滔々として供述し自己に不利益なる点は供述を拒絶して居るので（而して稀代の詐欺漢の常として實に巧妙に實に要領よく修飾して居る）檢察官面前の供述調書を証據とするには之を信用すべき特別の情況の在しなければならぬ（通常の場合でも然りであるが）のに第一審判決は之に關して相被告人伊藤茂が

被告人成元永

供述せざることを供述したらこと擅に獨斷して証據として採用したもので採証上に誤りのあることは明白である。尚第一審第十二回公判調書には被告人成元永の弁護人三宅厚三が相被告人伊藤茂の供述調書を証據とすることに付て同意するか、否かの記載が欠除して居るが同意する旨の記載がないので同意しないものと認むべきことは明白である。

(二) 被告人は本件犯罪事實を全部否認して居るが、第一審判決の列擧した各証據を精査しても原判決の判示した事實を認定することは不可能にて畢竟原判決は証據說明を十分に盡して居ない。

第二点　第一審判決は刑の量定が不當である。

(一) 被告人には前科がない。

(二) 被告人は朝鮮にて面長又は郡長を勤務した有力者を父として出生し、相當裕福な家庭にて成人し中学校を卒業したもので一宮市議会長等有力者多數連署の嘆願書記載の如く永年織物加工業に從事し、人望も信用もあつて再犯の虞れはなく且証人大竹津兵衛の証言にもある如く被告人は大きな織物屋にも信用があり、堅實な商賣を營んで居たものであり、從つて同証人も被告人が立会はなければ本件品物を賣却しなかつたと証言して居る程信用のあつた人物である。

(三) 被告人は被害者全部に對して被告人の得た利益の金額を弁償して示談を遂げたもので被害者全部も之を諒とし被告人の爲嘆願書を提出して居るのである。

然るに被告人と犯罪の回數も同じく四回で犯罪の情狀に於て却つて重いと認められる相被告人鈴木勝利が全然弁償せず誠意を些かも表はして居ないのに拘らず執行猶豫の恩典を與えられて居るは刑の量定著しく均衡を失し、所謂正直に弁償したものが馬鹿を見た結果に陷つて居る。

(四) 被告人は本件に於て詐欺の意思等は殆んどなく全く主犯者たる相被告人伊藤茂鈴木勝利等に利用せられたもので罪責を負はせるに忍びないものである。



(五) 本件は終戰後間もない世を擧げて虛脫と昏迷の時代の所爲にして其の後長年月を經過し現在の社会情勢下の犯罪と同一視することは甚だしく均衡を失し大いに愼むべき点のある犯行である。

(六) 被告人は妻、子供七人及妻の兄二人（何れも戰死）の遺族十人の扶養家族を擁して居るもので、被告人が實刑を科せられると被告人の家族及被告人の妻の兄二人の遺族は直ちに極度の貧窮に陷ることは明白である。

(七) 被告人は改悛の情顯著で再犯の虞れは全くない。

以上の事實及記錄を精査すれば被告人に對して刑の執行猶豫の恩典を與えられるべきに拘らず、敢えて實刑を科した第一審判決は刑の量定過重である。

以上第一、二点に依り原判決は破棄しなければ著しく正義に反するものと認められるので破棄せらるべきものと思料する。

以　上

昭和二七年(あ)第四三〇九号

判　決

本　籍　青森県上北郡六ヶ所村大字鷹架字道の上三番地
住　居　同県同郡同村大字倉内字笹崎一番地
農　業　佐藤精三　大正一五年一月二七日生

本　籍　青森県上北郡六ヶ所村大字倉内以下不詳
住　居　同県同郡同村大字倉内字笹崎一番地
農　業　木村明夫　昭和三年一一月一日生

右の者等に対する強盗傷人各被告事件について、昭和二七年三月二九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判決する。

主　文

本件各上告を棄却する。

理　由

被告人両名の弁護人小野善雄の上告趣意について。

昭和二八年一二月一八日判決　昭和二七年(あ)第四三〇九号

論旨は原判決の「共謀の事実につき被告人の自白以外に証拠がなくとも強盗行為自体に関する補強証拠がある以上有罪の認定を妨げないものと解すべきのみならず云々」と判示した点が判例違反であるというのであるが、如何なる判例に違反するかを明示していないから、かかる上告理由は不適法である。（なお右判示は当裁判所の判例に反するものではなく、むしろ同旨の判例があるのである。昭和二二年(れ)第六八号同二三年六月二三日大法廷判決、昭和二四年(れ)第二二九八号、昭和二四年一二月二四日第二小法廷判決参照）。

被告人佐藤精三の弁護人森田重次郎の上告趣意第一点について。

所論は判例違反を主張するが所論引用の判例は「被告人の自白と補強証拠と相俟つて全体として犯罪構成要件たる事実を認定し得られる場合には必ずしも被告人の自白について一々補強証拠を要するものではない」というのであつて原判示はこの判例に少しも違反するところはない。また被告人は司法警察員及び検察官に対し被告人木村明夫、福岡満蔵等と本件犯行を共謀したことを自白しているのであるが、本件においては共同被告人の自白が右被告人の自白を補強するものであるのみならず仮に共謀の事実に対する証拠が被告人の自白以外にないとしても、かかる犯罪の主観的要件に該当する事実の如きは被告人の自白の外に補強証拠を必要とするものでないから、論旨引用の原判示は正当である。従つて刑訴三一九条二項、憲法三八条三項違反の主張はその理由なきものである。

同第二点について。

所論は事実誤認の主張であつて適法の上告理由にあたらない。

同第三点について。

所論は量刑不当の主張であつて適法な上告理由にあたらない。

なお記録を精査する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。



よつて刑訴四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和二八年一二月一八日

最高裁判所第二小法廷

| | | |
|---|---|---|
| 裁判長裁判官 | 霜山精一 | |
| 裁判官 | 栗山茂 | |
| 裁判官 | 小谷勝重 | |
| 裁判官 | 藤田八郎 | |
| 裁判官 | 谷村唯一郎 | |

被告人　佐藤精三
同　木村明夫

弁護人小野善雄の上告趣意

一、原判決の判断は判例に違反して居ります。

共同正犯たるには、二人以上の者がある犯罪を行うことを通謀しその一部のものがその犯罪行為を実行した場合には、その実行行為に携わらなかつた他の一部の者も之を実行したものと同様、共同正犯の罪責を免れる事は出来ないのであります。

然るに本件において強盗を行うことについて通謀があつたか否かについて、原判決は「共謀の事実につき被告人の自白以外に証拠がなくとも、強盗行為自体に関する補強証拠がある以上有罪の認定を妨げないものと解すべきのみならず本件においてこの点につき共同被告人の供述があるから被告人の自白の補強証拠として欠くるところなし」と一見冒頭掲記の共同正犯の要件に叶うか如く判示し強盗行為自体が共謀の補強証拠となつていると言うけれども、強盗行為自体について被告人両名の司法警察員に対する各供述調書を仔細に精査検討すれば、被告人両名は被害者神岩次郎を掴まえて呉れと頼まれ捕えようと最後まで格闘していたもので、同人より福岡満蔵が金員を奪うことについての共同犯行とは認められないのであります。

少くとも共謀共同正犯が成立するには首謀であると否とは問題でなく、共犯者各自において共同犯行の認識がなければなりません。

然るに前述の如く共同犯行の認識のない強盗行為自体は共謀の補強証拠とはならないのであります。更に共同被告人の

自白（供述）ありと云うも、前記の如くそれは供述調書の皮相な見方であつて、原判決は甚しく判断を誤まり判例に違反
していると言わねばなりません。当然破棄されるべきものと信ずるのであります。

以　上





昭和二七年(あ)第四三〇九号

弁護人森田重次郎の上告趣意

第一点

原審判決は憲法違反並に判例違反を犯してゐるので破毀せらるべきものと信ずる。

その理由は、原審は被告人の強盗傷人の罪を認定するに当つて被告人の自白（司法警察員及び検察官に対する供述）を唯一の証拠としてゐる。即ちこの点原審判決は控訴弁護人の反駁に対し

「しかし共謀の事実につき被告人の自白以外に証拠がなくとも強盗行為自体に関する補強証拠がある以上、有罪の認定を妨げないものと解すべきのみならず、本件においてはこの点につき共同被告人の供述（自白）があるのであるから、共同被告人の自白が被告人の補強証拠として欠くるところはないのである」

と認定してゐる。勿論、原審判決表示の如く強盗行為自体に補強証拠があるのであれば問題はないのであるが、本件の焦点はこゝにかゝると思うのである。

抑々本件被告人に強盗行為に対する犯罪認識があつたであらうか。全記録を精査するに、この点に係る証拠は被告人の司法警察員並に検察官に対する供述以外他に裏付証拠となるものがないのである。

原々審判決は「被告人佐藤に於て神の着用するズボン後部物入れ内から現金二千円在中の赤皮財布を抜きとり…云々」と表示してゐる。

これは、恐らく被告人の司法警察員並に検察官に対する供述によつて認定したと思うが、被告人は司法警察員に対して「私が財布を福岡から手渡されたと申してあつたのは福岡から直接受取つたのではなく、福岡が逃げる際、私の腰の附近