

主 文

本件各上告を棄却する。

当審における訴訟費用は被告人A及び同Bの負担とする。

理 由

被告人Aの上告趣意及び同Bの上告趣意について。

論旨はいずれも刑訴四〇五条の定める上告理由に該当しない。

弁護人田村誠一の上告趣意について。

所論第一審判決判示第五の事実は同判決挙示の各証拠殊に被害者C作成の盗難届（この届書には盗難場所が、釧路市a b 丁目 c 番地D呉服店内である旨の記載がある）及びEに対する裁判官の証人尋問調書等を総合すれば、優にこれを認めることができるのであるから、第一審判決、従つてまた原判決は、所論のように虚無の証拠により有罪を認定したものではない。それ故論旨援用の判例は本件に適切でない。論旨は理由がない。

弁護人君野駿平の上告趣意第一点乃至第六点について。

論旨の中には憲法違反の語を用いた部分もあるけれども、その実質はいずれも単なる法令違背又は事実誤認もしくは量刑不当の主張に帰し、適法な上告理由とならない。

なお論旨第一点の判断遺脱の主張に関しては、第二審が第一審判決を破棄自判した場合に、量刑不当の控訴趣意に対してあらためて判断を示す必要のないこと、当裁判所の判例とするところである（昭和二五年（あ）二六〇〇号同二六年一一月一日第一小法廷判決参照）。

論旨第二点については、控訴審において、第一審判決が有罪と認定した犯罪事実中の一部分につき犯罪の成立を認めないで、しかも第一審判決と同一の刑を言い渡したとしても、刑訴四〇二条に違反するものでないこと、当裁判所の判例の示すと

おりである（昭和二三年（れ）七四五号同年一二月一四日第三小法廷判決）。

論旨第三点に指摘するように原判決は刑の加重の順序を誤つてはいるが、その窮極の処断の点においては被告人の利益に影響するところがないのであるから、このような擬律の差異は判決破棄の理由とはならない（昭和二七年（れ）二〇一号、同二八年三月二七日第二小法廷判決参照）。

論旨第四点の非難もあたらない。けだし原判決判示のように、第一審判決挙示の各証拠の中に違法のものがあつても、これを除きその余の証拠を綜合して第一審判決判示の事実を十分認め得る場合には、右の瑕疵は判決に影響を及ぼさないこと明かであるから、第一審判決を破棄する理由とならないこと、刑訴三七九条に照らして疑を容れないところである。（昭和二五年（あ）二四九〇号同二六年七月二六日第一小法廷判決参照）。

論旨第五点について調べてみると、所論Fの裁判官に対する証人尋問調書は刑訴三二一条一項一号に該当するものであつて、検察官が右の書面の取調請求をしたのに対し、弁護人はこれを証拠とすることに同意している（第一審第七回公判調書二九八丁）のであるから、この書面は全部証拠能力を具えるに至つたものである。論旨はこの書面の少くとも伝聞供述を記載した部分に証拠能力なきことを前提として事実誤認を主張するものであるから採用できない。

論旨第六点は量刑不当の主張である。

なお記録を精査しても刑訴四一条を適用すべき事由は認められない。

よつて刑訴四〇八条、一八一条に従い、裁判官全員一致の意見を以て、主文のとおり判決する。

昭和二八年六月三〇日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官

井

上

登

裁判官	島			保
裁判官	河	村	又	介
裁判官	小	林	俊	三
裁判官	本	村	善 太	郎