

主 文
原判決を破棄する。
被告人を懲役壹年に処する。
理 由

本件控訴申立の理由は被告人及弁護人提出の控訴趣意書記載の通りであるから右の記載を引用する。

弁護人の控訴趣意書第一点について。
記録を精査するに原審第一回公判廷に於て被告人の弁護人は被害者が被告人の亡妻の妹で三親等内の姻族であり被告人と同居の関係あり刑を免除せらるべきもの云々と主張している（其後第五回公判廷に於て公判手続更新せらる）。之に対して原判決が何等判断を与えていない。右は本件起訴状記載第一の被害者Aに関する窃盗の事実は刑法第二百四十四条第一項前段の同居の親族の間に於て窃盗罪同未遂罪を犯したる場合に該当し刑を免除せらるべきものと主張するのである。而して「刑の免除」と規定する右の場合が文字通り刑の免除の規定であるか犯罪の成立を阻却して無罪の言渡をする規定であるか又は消極的処罰条件として訴訟法上免訴の言渡を為すべき場合に該当するのかその本質に付て種種の考方があるようであるが少くとも之が存否は犯罪の特別構成要件の問題にあらず又訴訟要件にあらずは規定の構成上明かでありその主張あるときは単なる構成要件の認否ではなくその主張が採用されるときは窃盗の特別構成要件を具備するものあるに拘らず被〈要旨〉告人は窃盗罪の刑罰から完全に免責されるのである。従つて斯の如き主張は刑事訴訟法第三百三十五条第二項〈要旨〉の主張に該当するものと云うべきでその主張あるときは必ず判決に於て該主張の当否に判断を与えなければならない。この判断を与えなかつた原判決は理由不備として破棄を免れない。

依て刑事訴訟法第四百条第三百九十七条を適用して原判決を破棄自判する。
当審の認定した事実及証拠は原判決記載の通りであるから右の記載を引用する（但原判決事実記載の犯行日時の中第二を昭和二十四年十二月十一日第三を前同月十七日とし騙取した物の中から原判決第二の米麦を削る）。

弁護人の抗弁に付ては被害者Aの姉Bは昭和九年五月十八日被告人と正式に婚姻届出其後昭和十二年十二月死亡しているののでその後本件第一犯行までに民法第七百二十八条所定の特別事情が生じていないので被告人と被害者Aの間には第一犯行当時三親等内の姻族関係は存続していたものである。而して当時両者同居の事実の有無に付てはAが昭和二十四年十一月十日頃から同年十二月二十日過まで同人の夫Cと子供の三人で名古屋市a区b町c丁目d番地D方の一間に間借していたとき被告人が右第一犯行の前から後にかけて右の間借先へ来て若干の例外を除いて殆ど毎晩寢泊していたことが認められるが之は当初被告人が夜分十時頃来て泊めてくれと云うことで泊り翌朝出て行き左様なことを繰返して犯行当時に到つたもので継続的に生活を共にする意図に双方になく被告人は寢具その他の荷物を持込んだこともなく一、二度朝飯を出した事はあるが其外食事を共にしたこともなく生活費の支出を被告人が負担したことも殆どなくA方で被告人に一晩毎に頼まれて寢泊りの場所を与えたと云う以外に共同生活の実は何もないと云うべきで刑法第二百四十四条の同居の要件は充して居ない。従つて判示第一事実は前同条の前段には該当せず後段の親告罪に該当し之に付ては昭和二十五年一月二十八日告訴調書を以てAから告訴がなされた右の告訴乃至告訴調書の作成は告訴人の自由な意思と真実告訴の意思を以て為されたことが認められるので右第一の窃盗に付て刑法第二百四十四条第一項の前段後段の何れにも該当せざるものと云うべきである。この点に関する弁護人の主張は採用出来ない。

以上で弁護人控訴趣意書第二点の前半の失当なること前判示説明で明かである。又右第二点後半の原判決第二事実の關係中米麦の食料品に付て記録を調査して弁護人の主張を正当と認め前掲記により明かな如くそのように原審の認定を変更したので再びその判断を繰返さない。

法律に照すに被告人の判示所為中窃盗の点は刑法第二百三十五条に詐欺の点は同第二百四十六条第一項に各該当し尚被告人には昭和二十五年三月二十日名古屋高等裁判所言渡（同年四月三日確定）窃盗懲役一年六月の確定判決があり従つて本件窃盗詐欺は刑法第四十五条後段第五十条の併合罪となり刑法第四十七条第十条に則り最も重き窃盗罪の刑に法定の併合加重を為したる刑期範囲内に於て量刑処断すべきところ被告人の控訴趣意書及弁護人の控訴趣意書第三点の量刑不当の主張を採用し被告人を懲役一年に処すべきものとし主文の如く判決する。

（裁判長判事 高城運七 判事 高橋嘉平 判事 赤間鎮雄）

