

主 文

本件上告を棄却する。

理 由

被告人兩名弁護士赤坂軍治上告趣意第一点について。

未決勾留日数を本刑に算入するか否かは、事実審である原審の自由裁量の範囲に属するものであることは刑法第二一条の明定するところであり、その全部を本刑に通算しなくても、原審は法律の定めた手続によつて処断したものであつて、憲法に反するものではない、（昭和二二年（れ）第一〇五号、昭和二三年四月七日大法廷判決参照）しかして、勾留が違法、不当なものであるか否かによつて、右の結論を異にするものではないのみならず、不当拘禁に対しては法律は所論とは別途に各種の救済の方法を規定して居るのであるから、たとい本件において被告人等に対する勾留が所論のように、不当なものであつたと仮定してもその未決勾留日数を本刑に算入しなければならない筋合のものではない。従つて論旨は理由がない。

同第二点について。

（イ）及び（ロ）、常習賭博罪と賭博開張罪とは刑法第一八六条の第一項と第二項とに分けて規定されて居るのであつて、もともと両罪は罪質を異にし、且その構成要件も何ら關聯するところがないのであるから、両罪が同一条下に規定されて居るからと云うて、所論のように不可分の關係にあるものと即断することは出来ないし、又両罪は全然別個の犯罪事實に関するものであるから、所論のように正犯と従犯の關係にあるものでないことも極めて明白であるばかりでなく、被告人兩名の賭博常習性の有無は専ら、各被告人個人の習癖の有無によつて決せられることであるから、本件賭博の共犯者中に賭博開張罪に該当するものがなく、又同罪によつて処断されたものがなかつたとしても、それによつて被告人兩名に対する常習賭博罪の成立が阻却される理由は少しも存しない。

(八)、原判決が被告人等の所論常習の点を認定するにあつては、所論のように被告人等に賭博の前科あるの事実のみを証拠としたものではなく、かゝる前科と被告人等が右処刑後幾何ならずして、更に本件賭博行為をした事跡とによつて之を認定したものであることは、判文上明白である。しかして右各証拠によれば、被告人等が常習として本件賭博行為をしたことを十分に認めることが出来る。仮に被告人等の右前科について所論のような事情があつたとしても、何ら右認定を左右するものではない。

(二)、裁判所に対して所論のような義務を負担させた規定は一も存しない。

論旨は結局独自の見解に基くものか又は原判決の誤解に因るものであつて孰れもその理由がない。

同第三点について。

論旨は憲法問題に関聯して刑法賭博罪に関する規定改正の要を強調するものであつて、畢竟、立法上の論議を為すにすぎないものと認められるから、上告適法の理由とは認め難い。

よつて、刑事訴訟法施行法第二条旧刑事訴訟法第四四六条に従い、主文のとおり判決する。

右は裁判官全員一致の意見である。

検察官 十蔵寺宗雄関与

昭和二四年一月一日

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