

主 文

原判決を破毀する。

本件を東京高等裁判所に差戻する。

理 由

弁護人海野普吉同位田亮次の上告趣意書は 「第一点原判決ハ適法ナラサル証拠ヲ断罪ノ資ニ供シタル違法アルモノト信ス、原判決ハ其ノ事実理由ニ於テ被告人は……中略……同日午後八時過頃 a 村大字 b 地内に差蒐つた際右 A と共に左手（西方）の雑木林に向ひ小便し同人が小便を終つて一歩歩き出した瞬間突如背後から前記薪割を両手に振上げ同人の頭部に一撃を加へ同人が一旦その場に俯伏に打ち倒れたが間もなく起き上り叫び声を發したので、直ちに右薪割を振つて再び同人の頭部を二回程強打し、因つて同人の頭部に長さ十一糎幅三糎余深さ骨に達し骨折を惹起した割創その他の傷害を被らせその場に昏倒させ……中略……右 A は翌二十四日朝迄の間に同所に於て右傷害に基く頭蓋骨々折による多量の失血のため死亡したものであるト判示シ、更ニ其ノ証拠説明ニ於テ右事實は……中略……一、医師 B 々成の昭和二十一年七月十九日附鑑定書中傷害の部位程度及び死因について判示同趣旨の記載後略ト判示セリ。即チ原判決ハ判示事實ノ中、被害者 A が被リタル傷害ノ部位程度及ヒ其ノ死因ニ付テハ医師 B 作成提出ニ係ル昭和二十一年七月十九日附鑑定書ニ依リ之ヲ認定シタルモノトナシタリ仍テ右 B 作成ニ係ル鑑定書カ適法ナル手續ノ下ニ作成セラレタルモノナリヤ否ニ付検討スルニ、該鑑定書ニハ其ノ冒頭ニ（記録第三一三丁）被害者不明殺人被告事件ニ付昭和二十一年五月二十四日宇都宮地方裁判所検事事務取扱検事平田進氏ヨリ栃木県那須郡 a 村 b 地山林ニ於テ氏名不詳ノ屍体ニ村左記事項ノ鑑定ヲ命セラル

一、創傷ノ部位程度 一、致死ノ原因 一、兇器ノ種類 一、死者ノ年令、依テ同検事平田進氏立会ノ上自午後五時至七時右死体ヲ解剖鑑定スルコト左ノ如シトノ記

載及ビ宇都宮地方裁判所検事局事務取扱検事平田進ノ検視並ニ検証調書（記録二丁以下）ニ昭和二十一年五月二十四日黒磯警察署長ヨリ別紙ノ通り変死人ニ関スル報告ニ接シ宇都宮地方裁判所検事局検事事務取扱平田進ハ裁判所書記Ｃト共ニ其ノ場ニ到リ検視ヲ為スコト左ノ如シ 一、検視ノ日時及場所昭和二十一年五月二十四日午後三時着手場所八那須郡 a 村大字 b 地内山林中 二、略 三、変死人ノ模様略、一見他殺ト認メ得ラルル状況ナルヲ以テ医師 B ニ検案ヲ囑託シ尚事案急速ヲ要シ死体解剖ノ必要アリト認メ引續キ検証処分ヲ為シタリ。一、現場ノ模様、略 二、死体ノ状況略、（一） 着衣略、（二）創傷ノ模様略、依テ検事ハ医師 B ラシテ死体ニ付左記事項ノ鑑定ヲ命シタルニ其ノ結果ハ書面ニ依リ提出スヘキ旨述ヘタリ鑑定事項 一、創傷ノ部位程度 二、致死ノ原因三、死後ノ経過時 四、兇器ノ種類 五、死者ノ年令 三、附近ノ状況略、四、兇行現場ノ模様略、右検視並ニ検証ニハ黒磯警察署長栃木県警部 D 同署勤務警部補 E 立会ヒ同日午後六時十分終了セリトノ記載アリ。由之視是、本件ニアリテハ先ツ被害者 A ノ変死体発見セラレタルニヨリ其ノ所在地ヲ管轄スル宇都宮地方裁判所検事局検事事務取扱検事平田進之力検視ヲ為シ、其ノ結果他殺ト認メ得ラルル状況ナリシヲ以テ医師 B ニ対シ死体検案方ヲ囑託シ、尚事案急速ヲ要スルモノアリタルヲ以テ引續キ検証ヲ為シ、右死体ヲ解剖ニ付シ、医師 B ラシテ之が鑑定ヲ命シ、検事ノ該鑑定命令ニヨリ医師 B ハ本件鑑定書ヲ作成シ提出シタルコト明カナリ。換言スレバ検事平田進ハ刑事訴訟法第一八二条第一項ニヨリ被害者ノ変死体ニ臨ミ検視シタルニ他殺ト認メ、同条第二項ニ依リ引續キ検証ヲ為シ、更ニ進ンテ公訴提起前ニ限り検事ノ為シ得ル強制処分トシテ医師 B ニ対シ創傷ノ部位、程度、致死ノ原因、死後ノ経過時、兇器ノ種類、死者ノ年齢等ノ鑑定ヲ命シ、医師 B ハ検事平田進ノ命シタル右事項ヲ鑑定シ本件鑑定書ヲ作成提出シタルモノナリ。而シテ右述ノ如ク、本件鑑定書力、検事ノ公訴提起前ニ於ケル強制処分タル鑑定命令ニ依リタルモノナルコトハ、前掲記載ノ如ク右鑑定書ニ

明瞭ニ検事ノ命ニヨリタル趣旨ノ記載並ニ検視並ニ検証調書中（記録第二丁以下）
検事力該鑑定ヲ命シタル趣旨ノ記載、更ニ同調書中検事平田進力医師 B ニ対シ任意
処分トシテ死体検案方ヲ囑託シタル趣旨ノ記載、及ヒ右 B 作成提出ニ係ル死体検案
書記録（第一二丁以下）中ニ同人力検事平田進ヨリ死体検案方ヲ囑託セラレタル趣
旨等ノ記載アリテ、強制処分ト任意処分ト其ノ文言ヲ異別ニ使用シーハ「命シ」ト
アリ他ハ「囑託シ」トアルニ徴スルモ疑ナキトコロナリ。仍テ、前記刑事訴訟法第
一八二条第二項ニヨル所謂継続検証ト強制処分ニヨル鑑定トノ關係ニ付考察セムニ
検証ハ検証物ヲ以テ其ノ目的ト為シ其ノ性質物ニ対スル証拠手續ナルニ反シ、鑑定
ハ鑑定人ヲ以テ其ノ対象ト為シ其ノ性質人ニ対スル証拠手續ニシテ兩者其ノ性質手
続ヲ異ニスルヲ以テ検証ノ内ニハ其ノ性質ノ相容レサル鑑定ヲ包含セサルモノト解
サザル可カラス。サレハ、検事力変死者又ハ変死ノ疑アル死体ニ付検視ヲ為シ、犯
罪アルコトヲ発見シタル場合ニ於テ急速ヲ要スルトキハ引續キ検証ヲ為スコトヲ得
ルハ刑事訴訟法第一八二条ノ規定スルトコロニシテ同検証ニ付テハ死体ノ解剖其ノ
他必要ナル処分ヲ為シ得ルコトハ同法第一八三条第一七六条ノ規定スルトコロナレ
トモ此ノ場合ニ於テ更ニ進ンテ鑑定ヲ命シ得ヘキ規定存セサルヲ以テ検事ハ任意処
分トシテ之ヲ囑託スル場合ハ格別強制処分トシテ之ヲ命スル職権ヲ有セサルコト一
点疑ノ余地ナク該命令ニ依リ作成セラレタル鑑定書ハ違法ノモノニシテ之ヲ犯罪事
実認定ノ資ニ供スルヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス（大審院昭和八年（れ）第三
七八号同年五月一日刑事二部判決、大正十五年（れ）第一三二六号同年一〇月一
日刑事二部判決参照）然ラハ、本件医師 B 提出ニ係ル鑑定書ハ適法ナラサル手續
ニヨリ作成セラレタルモノト断スルノ外ナク、斯カル違法ノ鑑定書ヲ断罪ノ資ニ供
シタル原判決ハ当然破毀セラルヘキモノナリ。而シテ右ノ点ニ付、或ハ本件ニアリ
テハ検事ノ前述継続検証ノ結果所謂要急事件トシテ刑事訴訟法第一二三条第五号該
当ノ事由アルモノトシテ同法第二一四条同第二二八条ニ依リ強制処分トシテ鑑定ヲ

命シタル場合ナルヲ以テ、該命令ニヨリ作成セラレタル鑑定書ハ何等違法ナル手続ニヨリ作成セラレタルモノニ非ストノ論ナシトセス、然レ共刑事訴訟法第一二三条第五号ニハ死体ノ検証ニ因リ犯人ヲ発見シタルトキトアリ。而カモ本件記録ヲ仔細ニ閲スルモ検事平田進カ本件検証ニ因リ医師 B ニ対シ前記鑑定ヲ命スルニ至ル迄ノ間ニ於テ犯人ヲ発見シタリトノ記載絶エテ存スルナク、又本件全記録全証拠物ニヨルモ斯カル事跡ノ毫モ之ヲ認ムルヲ得サルモノナリ。サレハ本件鑑定書ハ刑事訴訟法第一二三条第五号、同第二一四条、同第二二八条ニヨリ検事ノ為ス強制処分トシテノ鑑定命令ニヨリタルモノニ非サルコト極メテ明白ナリ。果シテ然ラバ、原判決ハ適法ナラサル証拠ヲ断罪ノ資ニ供シタル違法アリ。到底破毀ヲ免レサルモノト信ズ。尚、茲ニ附言スルニ、本件鑑定書ニヨレハ、該鑑定ノ為ノ死体解剖ハ昭和二十一年五月二十四日午後五時ヨリ同七時ニ至ル間ニ行ハレタル旨ノ記載アルモ、検事平田進ノ検視並ニ検証調書ニハ、右検視ノ開始セラレタルハ同日午後三時ニシテ死体解剖ヲ終ヘテ検証ヲ全ク終了シタルハ同六時十分ナル旨ノ記載アリ。右検証ノ終了シタル時刻ハ果シテ孰レカ真ナリヤ否、甚タ惑ハサルヲ得ス。且、右検証調書ニヨレハ検事平田進ハ医師 B ニ対シ鑑定事項トシテ、創傷ノ部位程度、致死ノ原因、死後ノ経過時、兇器ノ種類、死者ノ年令ノ五項目ノ鑑定ヲ命シタルニ拘ラス、本件鑑定書ニヨレハ右五項目中、死後ノ経過時ノ鑑定ヲ逸脱シ居レルコト明カニシテ、彼比考量スルニ本件鑑定書ハ医師 B カ之ヲ作成スルニ当リ良心ニ従ヒ誠実ニ鑑定ヲナシタルモノナリヤ否甚タシク疑問ヲ抱カサルヲ得サルモノアリ。一言茲ニ附言スル次第ナリ。以上。」と言うにある。

原判決は原判示の事実を認定するにあたり医師 B 作成の昭和二十一年七月十九日附鑑定書を証拠として採用しておることは原判文上明かである。よつて右鑑定書が果して適法の手続により作成せられたか否やにつき按ずるに右鑑定書及び本件記録中の検視並に検証調書を看るといづれも論旨摘録の如き記載があるのであるから、

本件においては先づ被害者Aの変死体が発見されたので、その所在地を管轄する宇都宮地方裁判所検事局検事事務取扱検事平田進が検視を為し、その結果他殺と認め得られる状況であつたから医師Bに検案を囑託し、なほ事案急速を要し死体の解剖の必要があると認めたので引続き検証を為し、右死体を解剖に付し、医師Bに対しこれが鑑定を命じ、右医師は検事の該鑑定命令により本件鑑定書を作成して提出したものであることは明かである。ところで検事の変死体につき検視を為し犯罪あることも発見した場合において急速を要するときは引続き検証を為すことができることは刑事訴訟法第百八十二条の規定するところで、同検証については死体の解剖その他必要なる処分を為すことができることは同法第百八十三条第百七十六条の規定するところであるが、この場合に更に進んで鑑定を命ずることのできる規定はないのである。唯検事は同法第二百二十八条第二百十四条の規定により同法第二百二十三条各号の場合に鑑定を命じ得るに過ぎないのであるから、右第二百二十三条各号に該当しない場合には検事は鑑定を命ずる職権を有しないのである、そして本件鑑定書は前記の如く検事の鑑定命令により作成せられたもので検事が刑事訴訟法第二百二十三条各号のいずれにか該当するものとして同法第二百二十八条第二百十四条により鑑定を命じたものでないことは本件検視並に検証調書によつて明白であるから検事のした本件鑑定命令は不法であつてこれに基づき作成された鑑定書は適法の手続により作成されたものと言うことはできないのである。果して然らば該鑑定書を本件犯罪認定の資料に供した原判決は違法で論旨は理由がある。従つて原判決はこの点において破毀を免かれない。被告人の上告趣意書については説明を省略する。

よつて本件上告は理由があるから刑事訴訟法第四百四十七条第四百四十八条の二の規定により主文の如く判決する。

この判決は裁判官全員一致の意見によるものである。

検察官茂見義勝関与

昭和二十三年三月二十日

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	塚	崎	直	義
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