

所持と事實上支配の意思

中 義 勝

昭和三〇年一月一日最高裁判所第二小法廷判決、破棄自判、第一審須崎簡易裁判所、第二審高松高等裁判所（最高裁判所刑事判例集第九卷二四二〇頁以下）

【事實】 昭和二五年一〇月、高知縣高岡郡須崎町琴平部落のたばこ小賣人から專賣公社同町出張所長に對し『近時琴平部落方面に私製手巻たばこを一本八十錢乃至一圓で販賣しておる者がありこれがため公社の賣渡すたばこの賣行にも重大な影響がある』との連絡があつたので公社監視係員である第一審證人甲等が内偵した結果、同郡斗賀野村水野に住む第一審證人乙が密かに手巻たばこを製造していることが判明した。そこで乙に對する令狀を得て同居居宅を搜索した際、たまたま同家に間借りしていた本件被告人が水屋として用いていた戸棚の中から專賣公社の賣渡さない製造たばこ五本が発見されたというのである。

【判決要旨】 第一審判決はこれに對し『被告人は專賣公社の賣渡さない製造たばこ五本を所持しておつたかを按ずるに事實上物を支配する意思を持つてこれを支配することが所持であるが被告人は昭和二五年十一月一日高岡郡多の郷村海岸に於て魚釣り中專賣公社の賣渡さない製造たばこ十本を買い喫いたるも辛くて喫えず残り五本を捨てる氣持で下駄箱であつた戸棚にほうり込んであつたものを同月八日專賣監視員が発見差押えたものであるが一日に十本以上を喫う被告人でありながらこれに手を附けなかつた事は最早これを支配する意思がなく従つて所持しておつたものとは認められない（中略）以上の次第で犯罪の證明がない』と判示した。

ところが、第二審判決は檢察官の控訴趣意を容れて『被告人は法定の除外事由なくして昭和二五年一月八日肩書自宅に於て專賣公社の賣渡さない製造たばこ五本（證第一號）を所持していた事實を肯認することが出来る、ところが原審裁判所は勿論のようにこれが所持の點につき犯罪の證明が十分でないとして被告人に對し無罪を言渡したが本件孰れの證據に依つても被告人が右たばこを廢棄したと認められる何等の確證もなく又原判決の説明するところに依つても寧ろ右たばこは依然被告人の支配下にあり被告人がこれを所持していたと認められる點が多いのみならず右たばこが公社の賣渡さない製造たばこであつたことを被告人に於て認識していたことも被告人自らこれを認めているのであるからその犯罪の證明が十分でないとして無罪を言渡した原判決は結局事實を誤認した違法がある、そしてこの違法は判決に影響を及ぼすことは明らかであるから爾餘の判斷を俟つまでもなく原判決は破棄を免れない、論旨は理由がある』として有罪を言渡した。

最高裁判所は、右に對する辯護人の所謂一厘事件（明四三・一〇・一一刑錄一六・一六二三）に對する舊大審院判例違反を理由とする上告趣意を『所論は判例違反を主張するけれども、所論引用の判例は事案を異にし、本件に適切でない。論旨は採用できない』として一蹴した上で、『しかしながら、原判決舉示の證據によれば、同日、被告人自宅戸棚の中に判旨たばこ五本が存在した事實は、これを認定し得るけれども、第一審第一回公判調書中の被告人の供述記載によれば、被告人は魚釣に行つた際鬧煙草十本を買つてその内五本は喫つたけれどもあまり辛くて喫めないで残りの五本は捨てる氣持で戸棚の中にはうり込んであつたものである旨の供述があり、更に同第二回公判調書中、檢察官の質問に對する被告人の供述記載並びに第一審證人乙の供述記載の趣旨もこれと其の軌を一にするものであり、その他本件全證據を勘案しても、本件たばこは、被告人が判示の日これを事實上支配の意思をもつて、判示の場所におい

て所持していたものとは認めることができない。すなわち、本件公訴にかかる事實は、これを認める證據不十分であると斷ぜざるを得ない』として原判決を破棄自判し、ここに被告人は再轉して無罪の最終判決をうけたのである。但し、これに對しては池田裁判官の『破棄差戻』を適當とする旨の少數意見がある。

【研究】 本件は昭和三〇年一月一日朝日新聞夕刊紙上に『昭和の一厘錢事件』という見出しを以て報道せられ、

翌二日同紙天聲人語欄にも取上げられた事件であつて、一部識者の興味と關心を喚起したものである。但し、所謂一厘事件が葉たばこの單純所持(たばこ事實法六六條一項)を肯認した上で、しかも葉たばこ七分價額一厘にしかすぎぬほどのもの所持を、未だ可罰的違法性なしとして無罪としたのに對し、本件は、第一審以來、公社の賣り渡さない製造たば

この單純所持(同法同條)そのものが争われていた次第は右に掲げた判決要旨中にも窺われるところであり、所持を前提

とした上での可罰的違法性存否の問題はたかだか傍論として隱顯していることに注意せねばならぬ(第一審判決理由、二點の三。尤も、辯護人上告趣意は正面からその可罰的違法性の不存在を主張している)。新聞紙が本件を取上げた意圖、並びに一般識者が本件に注いだであろうと思われる興味と關心は、多分に右の第二次的問題、即ち可罰的違法性の存否をめぐるそれであつたであらうと察せら

れ、且つそれはそれとして充分に法學的關心の的たることを喪うものではないが、その前段階として本件において終始争われた所持の認否如何の問題を事實の實相に即いて考察することは、より法學的興味を満足せしめる所以であるのみならず、實は所持に必要だとされる『事實上支配の意思』の内容を確定する上に頗る重要な法學的研究所問題たることを喪わないものと確信するのである。それ故、本稿においては、研究の焦點を専ら本件製造闇たばこの所持認否の問題に定め、假りにこれが認定されたものとして、その後を生ずる可罰的違法性存否の問題については末尾に簡單に補説したいと考ふる。

さて、本件製造闇たばこが発見された客觀的状況を摘示すれば、闇たばこ五本が被告人の間借りしていた部屋の戸棚の中はうり込まれていたままの状態で見発見・押収されたというのである。そして、通説によれば、自己が事實上支配する家宅内に在る一切の物は、假令それが自己の紛失したものであると、その存在を忘失したものであると、また他人が置き忘れたものであるとを問わず、すべて自己の所持内に在ると解せられているのであるから（宮本『刑法大綱』三三五頁、木村『刑法各論』二〇頁、大判大五・一〇・八刑集五・四四三、Frank, Strafgesetzbuch, 18. Aufl.）、いわんや本件闇たばこは被告人がそれと意圖して戸棚の中へほうり込んだものである以上、被告人のこれに對する所持を認めることこそがむしろ最も通常の見解であると考えられるのである。従つて、本件においてかような一般の見解の適用を否認し得るためには、本件にのみ特殊な事情の存在を舉示せねばならぬ。

そこで、その一として、本件闇たばこがほうり込まれてあつた戸棚が、本來下駄箱の戸棚であつたのか、それとも水屋として使用中のもののかそれであつたのかをめぐる議論（檢察官控訴趣意）が登場する。蓋し、通説によれば、所持とは物に對する事實上の支配をいうが、その支配の行われる形態は物の自然的及び經濟的性質によつて様々であり、日常生活上の一般的慣習によつて理解されねばならぬものであるから（大判大五・五・二刑錄二二・六七三、大判大四・三・一宮本・上掲三三五頁、小野『新訂刑法講義』各論二二一～二二頁、Frank, *ibid.*, S. 512;）もし本件闇たばこが下駄箱の中からばらで発見されたものとすれば、いやしくも嗜好用品として人の口に觸れることをその效用とするたばこの經濟的性質にかんがみ、これを下駄箱の中に保管するという如きは極めて不相當なことであり、たばこ保管として一般的に認められている慣習に背馳するものとして、むしろ所持なる客觀的事實なく、また所持意思の客觀的に是認される如き態様における表動なしと解されるに反し、もし水屋の中から発見されたものであるとすれば、同じ理由から充分に所持を

認めて差支えない、との見解が腹藏されているからである。洵に、下駄箱は下駄類の保管にこそ相當な容器であるが、飲食嗜好に供する品を保管する場所としては極めて不適當なものであり、これを喫せんとする人の感情的評價を大いに減損する結果、そこに入れられてある飲食嗜好品はむしろ毀棄されたものと解せられるのが常態であろう。幸にして、本件戸棚は、被告人自身がこれを水屋として食器等の什器を保管するために使用していたことを認めており、また直接本件たばこの檢舉に當り檢舉當時の現状を目撃していた第一審證人甲の證言によつてもこの點は是認されているのであるから、下駄箱か水屋かの議論、従つてこれをめぐつて生ずる所持か無所持かの争いは、少くとも無所持を積極的に支持證明せしめるの資料としては價値なきものであるといわねばならぬ。

次に、所持の否認に役立てられる資料としては、本件闖たばこが辛くて喫えぬほどの粗惡品であつたから、『捨てゝる氣持で』戸棚にほうり込んであつたという被告人の供述、及び一日に一〇本以上も喫う被告人でありながら、右たばこを持ち歸つた日から押收の日まで八日間これに手を附けなかつたという事實が擧げられる。然るに、この被告人の供述についての檢察官の分析は甚だ犀利なものであつて、注目に價するものである。(檢察官控訴趣意第一點の二) 即ち、『原判決に言う「捨てゝる氣持で戸棚にほうり込んであつた」なる意味が「將來何處かへ捨てゝる意思で一時戸棚にほうり込んであつた」というのであるか又は「捨てゝる意思で戸棚の中へ投げすてあつた」というのであるか必ずしも明確でない』とする主張は正鵠を得ているといつてよいであらう。そして、第一審、及び恐らくは最高裁判所も、本件闖たばこが戸棚内に在中している間、被告人によつて手を附けられていない事實から、逆にたばこを戸棚の中にほうり込む行爲を後者の意思の客觀的現われであると解しているかに察せられるのであるが、私見によれば、右の事實は前後孰れの意思をも推斷せしめるに足るものであつて、これを專一排他的に後者の意思の現われであるとみる根據はない。蓋し、

不日廢棄のつもりの場合でも、かかる意思を生ずるにいたつた所以が辛くて嗜好に耐えぬものであつたからというのであれば、このたばこは不日廢棄の對象にこそなれ、嗜好的感情上これに手を付けてみようというような氣持の生じないであろうことは經驗上あり得べきことであり、従つてまたその事實ありとしい得ると共に、廢棄の意思で戸棚の中へほうり込んでしまつた場合であると、その後一本も手を付けなかつたということは廢棄後の客觀的事實であると解せられ、逆にこの事實から先行のほうり込み行爲を廢棄處分であつたと推斷することも不可能ではないからである。そして、檢察官控訴趣意もいふ如く、『若し前者即ち「將來捨てる意思で一時戸棚へほうり込んであつた」と言うのであればこれは即ち該たばこを處分する意思を以て處分し得る状態においてあつたものであるから正に事實上本件たばこを支配していたものと謂わなければならぬ』であろう。つまり、所持とは事實上の支配關係をいうまでのことであつて、それが如何なる内部的動機に基づくものであるとも、例えば假令不日廢棄の目的でなされていようとも、まさに廢棄をも含めた處分をなし得るといふ事實的支配關係そのものが所持であり、かかる事實上の支配關係をそれと知つて維持することが事實上支配の意思ありということに他ならぬとの趣旨であろう。

然る時は、本件圍たばこの所持を否認し得るために殘された唯一の場合とは、たばこを戸棚の中へほうり込む行爲が廢棄の意思に基づいてなされた場合のみだということになり、この場合についてのみ所持の存否を檢討することが許されることになる。然るに、今、被告人の右の供述を是認するとしても、これに對しては、なお本件圍たばこは被告人の事實的支配下にあるものであるとの檢察官控訴趣意^(第一點)が對立する。即ち、曰く『原判決が「一日に十本以上も喫う被告人であり乍らこれに手を付けなかつた事は云々」と言うのは「被告人は本件たばこに手を付け得る状況にあつたのに拘らずこれに手を付けなかつた云々」と云う趣旨である事は行文の前後から推斷して明らかであつて

斯く解さない限り原判決の「これに手を附けなかつた事は最早これを支配する意思がなく云々」と判示した意味がない事になる。若しそうだとすれば原判決は「被告人が本件たばこに手を附け得る状況即ちこれを喫おうと思えば喫い得る状況にあつた事」を是認しておるものであつてこれ即ち被告人が事實上本件たばこを支配していたこと即ち所持していたことを肯定したものと謂わなければならない」と。そして、右の内、本件闇たばこが「これに手を附けようと思えば附け得る状況」に在つたことは我々も亦檢察官と共にこれを是認してもよいかと考える。そこで、問題は、たばこをそれと知つてかような状況に置くことが即ち事實上支配の意思といえるかという點に展開する。蓋し、單純所持罪において、犯人に存すべき主觀的要件としては、所持の客體たる物が所持を禁ぜられている物であるとの知情の他、故意としての所持の意思、即ち事實上支配の意思が必要であることはいうまでもないからである。以下、この點について考察することにする。

およそ、所持とは、物を自己の實力支配下に置こうという意思を以てする物に對する事實上の支配關係*fatsächliches Herrschaftsverhältnis* をいふものであると説かれてゐるが(宮本・上掲三三四頁、木村・上掲一八頁、Frank, *ibid.*, S. 513; Maunach, *ibid.*, S. 160; Schönke, *ibid.*, S. 646; Weizer, *ibid.*)、ここに所謂物に對する支配意思 *Herrschaftswille* の内容は如何なるものであることを要するのであらうか。先にも觸れたように、物に對する事實上の支配關係とは單に物理的に握持していることのみを指稱するのでなく、所持の客體たる物の形状、自然的並びに經濟的性質等に從い、日常の社會生活上相當とされる仕方に基づいてその實力支配下にありと解される關係をいふものであつて、その内容は規範的・社會的見解によつて制約又は補充されるものである。然りとすれば、物に對する事實上支配の意思も、右の如き規範的・社會的見解に則つて理解さるべき事實上支配關係の主觀的反映・認識として、齊しく規範的・社會的見解に即應して把握されねばならないであらう

(特ニ Maurach)。⁹⁾ところが、物が通常ある人の實力支配下にあるといわれ得るためには、その物が、一面において、みだりに他人の力に服する圈内に存しないということ(排他性)、他面において、所持者において何時でもその力に任せて事實上これを支配し得るといふ兩箇の要件が存せねばならぬ(Maurach, *ibid.*, S. 161, ¹⁰⁾。そこで、本件園たばこが被告人の水屋として常用している戸棚内に在中していたという客觀的事情を基にして、果してこの場合に被告人に所持ありや否やを考えるに、先ず、我々の日常生活上のたばこ保管の仕方¹¹⁾に照してみるに、これをばらで水屋戸棚内にほうり込んでおくという仕方は決して非常規のことではなく、むしろ相當なたばこ保管の態様であるから、右に所謂事實上の支配關係は肯定されてよいであらう。次に假令被告人がたばこを戸棚内に廢棄したと主張したとしても、それは單純に被告人の一方的な主張にとどまり、むしろ客觀的な狀況證據はこれを廢棄された状態とは認めしめず、從つてその廢棄の意思は客觀的な結果を伴わない獨斷的感想にすぎぬとの感が濃厚である。のみならず、上記檢察官控訴趣意からも窺い得る如く、本件園たばこは、被告人がこれに手を付けようと思えば何時でも可能な状態にあつたことは疑いないのであるから、かく排他性と支配力推及上の無障礙性を具備する客觀的狀態をそれと知りつつ維持することは畢竟支配意思ありということに他ならぬのではなからうか。かようにして、私は、檢察官控訴趣意、並びにこれを容れた第二審判決が妥當なものではないかと思ふのである。

次に、池田裁判官の少數意見を要約紹介すると共にこれに對する簡單な私見を述べ、以て本件をめぐる考察に遺漏なきを期したいと思ふ。その一は、押收にかかるたばこ第一審公判廷において證據として示されたたばこ同一性を疑う旨の被告人の供述及びこれと軌を一にする證人乙の供述のある點を指摘した上で、右に證據として示したたばこは押收後約一年保管されていたものであるから『たばこの性質上月日の經過により卷紙に汚斑を生ずる等相當の

變化を伴つてゐるべき筋合のものであるにも拘らず、被告人の前記供述記載によれば、押收のたばこは新しいように見受けられるというのであり、前記乙の證言にもまた、これに照應する供述記載があるのであるから、本件押收に係るたばこが差押當時のたばこそのものであるかどうかについて取調をなすことは、被告人の罪責を決定する重要な點であつたといわなければならない』とするにある。その二は、『假りに、本件押收に係るたばこが差押えたたばこそのものであるとしても、被告人は專賣監視員の取調を受けた當初から、本件闇たばこは辛くて喫めないで捨てる氣持で置いてあつたと供述していることが窺われること前記のとおりであつてみれば、そのような物を廢棄する考で放置して最早その物に對する支配意思が認められない場合の存することも日常の生活過程において往々經驗するところであるから、本件の「たばこ」が果して被告人の供述するような程度のものであるかどうかについて取調をなすことはこれまた、被告人の罪責を決定する重要な點であつたといわなければならない』というに在る。右の内、第一の主張は、被告人や證人のいう如く、押收にかかるたばこは魚釣のために汚れた手でポケットに入れられていたためくしゃくしゃになつており、また被告人の水屋は證人乙の下駄箱であつたもので塵がたまつていたので、置いてあつたたばこが黒くなつていたとしても、いやしくもその戸棚内にたばこがほうり込まれてあつたという點を否認する主張がない以上、特にその同一性を争ふことにより罪責の存否に影響があるとは解せられない。但し、水屋の戸棚内部は往々にして液汁がこぼれたままであることがあるから、本來濕潤をきらうたばこを、それにもかかわらず濡れるに任せて其處へ放置したというのであれば、このことから逆に被告人の廢棄意思が推斷されぬでもない。然しながら、右主張はかような場合に論及しているものではない。次に、第二の主張に對しては、假りに辛くて喫めないほどの粗惡品であることが判つたとしても、なおこれを水屋戸棚内に置くことは客觀的に『廢棄』したものと考えられない。そ

の次第は上記に縷説のとおりである。

かようにして、一應本件闡たばこの所持が認定されるものとして、これが可罰的違法性なきものといえるかどうか。これは、頗る困難な問題であつて、違法・適法を決する實質的な基準はその時代時代の國家觀・文化觀・經濟狀況等によつて多少の變動を免がれ得ぬものであり、このことは同様に違法性内部における可罰的か不可罰的かの段階的推移の上にも妥當する。私見によれば、事件發生當時の我國における經濟的背景を考え、また當時における闡たばこ駄扈の事情に照し、爲に專賣事業の蒙る少なからざる影響を勘案した上で、本件被告人の製造闡たばこ所持行爲はなお可罰的違法性を具備すると考へるのは酷であらうか。