

## 主 文

本件上告を棄却する。

## 理 由

弁護人角南元一の上告趣意第一点について。

第一審判決において業務上の占有者たる身分なき被告人が他人の業務上横領罪に共同正犯として加功した事実を認めながら刑法二五三条を適用処断したのは性質上判決に影響を及ぼすことの明らかな法律適用の誤りがあるものというべきこと論をまたないから、原判決がこの理由から第一審判決を破棄した上、第一審と同一の犯罪事実を認定し、これに原判示のとおり同法二五二条を適用し通常横領罪の刑を基準として量刑したのは相当である。この場合第一審では重い業務上横領罪の刑を基準としても懲役二年執行猶予二年の判決をしたのだから原審で軽い通常横領罪の刑を基準として量刑すべきものとする以上必らず第一審判決主文より軽い刑を言い渡さなければ違法であるということとはできない。けだし、この場合、控訴審は刑訴法四〇二条（不利益変更禁止）に違反しない限度において通常横領罪の刑を基準として量刑しななければならないけれども、この範囲内では記録上の諸般の情状に照らし控訴審独自の見地から量刑する自由裁量の権を有するのであつて、事実を単純横領罪と見ても情状上第一審宣告刑と同一の刑を言い渡すのを相当とするときは固よりこれを言い渡すことができるものだからである。されば原判決にはこの点において理由のくいちがいはなく、論旨は理由がない。

同第二点について。

論旨は単なる量刑不当の主張に過ぎず刑訴法四〇五条の上告理由に当たらない。

弁護人小西竹次郎の上告趣意第一点について。

論旨中、事実誤認、証拠解釈の違法を主張する点は刑訴法四〇五条の上告理由に当たらない。又、判例違反をいうけれども、論旨引用の判例は、農業協同組合の組合

長が擅に組合名義で貨物自動車営業を經營しこれに組合資金を支出した場合においても、右支出が専ら組合自身のためになされたものと認められるときは不法領得の意思を欠くとの趣旨であつて、本件には適切でないから右判例違反の主張は前提を欠き採用できない。

同第二点について。

論旨中原判決主文は第一審判決主文と異なる結果にならない、又、さもなければ刑訴法四〇二条の精神にも反するという点は前記弁護人角南元一の上告趣意第一点について説示した理由により採用することができない、その余の点は単なる量刑不当の主張であつて刑訴法四〇五条の上告理由に当らない。

また記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない。

よつて同四〇八条により裁判官全員一致の意見で主文のとおり判決する。

昭和三十一年六月五日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	垂	水	克	己
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