

主 文

原判決を破棄する。
被告人を懲役式年六月に処する。
原審における未決勾留日数中五拾日を右本刑に算入する。
但し本裁判確定の日より五年間右刑の執行を猶予する。
原審における訴訟費用は被告人の負担とする。

理 由

弁護人佐々木一珍の控訴趣意は別紙記載の通りである。

控訴趣意第一点について。

本件記録を調査するに昭和二十六年一月十九日午前十時の原審第二回公判期日につき被告人に対し召喚手続のなされた形跡のないこと所論の通りである。右は刑事訴訟法第二百七十三条第二項第六十二条の規定に違背しているけれども、原審第二回公判調書に徴するに被告人は右公判期日に出頭し被告人及び弁護人は右の点につき何等異議を述べずして審理を受けて居り、右手続違背についての責問権を抛棄したものと見られるから、こしによつて右違法は治癒されたものと謂わなければならない。従て右召喚手続の違法を主張する本論旨は採用できない。

同第二点について。

本件記録を調査するに本件訴状によれば公訴事実第二の（１）乃至（６）はいずれも「被告人が酒の売掛代金を集金してこれを業務上保管中自己の遊興費等に費消して横領し」となつていところ、原審は訴因変更の手続を経ないで原判示第二の（１）乃至（６）の事実においていずれも「被告人は酒の売掛代金を集金して業務上占有中自己の遊興費等に使用するため着服横領し」と認定していること所論の通りである。（以上犯罪の日時場所横領金額等を省略したが原判決の認定は犯罪の日時、集金先、被害者、横領金額等の点につき公訴事実と同一である）。

〈要旨第一〉仍てかかる場合訴因変更の手続を要するか否かの点につき考察するに本件訴因も原判決の認定事実も共に業／＼要旨第一／＼務上横領事実であつて犯罪の構成要件は同一であり且つ犯罪の日時、集金先、被害者・横領金額等の点につき両者は同一であるけれども（犯罪の場所は異なる）前者は所謂費消横領であり後者は所謂着服横領であつて均しく横領であるとはいへ両者は不法領得の意思発現の態様において異なるものがあり犯罪行為の類型を異にしていると謂わなければならない。また訴因が費消横領であるか着服横領であるかは被告人の防禦に相当影響を及ぼすことであり、訴因が費消横領である場合裁判所がこれを着服横領と認定するには訴因変更の手続を必要とするものと解するを相当と考える。従つて原審が本件につ診訴因変更の手続を経ないで原判示第二事実において着服横領の事実を認定したのは違法であると謂わなければならない。

然らば次に訴因変更の手続を要する場合であるに拘らずその手続をしないで判決において訴因と異なる事実を認定した場合刑事訴訟法第三百七十八条第三号に所謂審判の請求を受けた事件について判決をせず、審判の請求／＼求を受けたい事件について判決をしたこととなるか否かの点につき考察する。訴因制度を採る新刑事訴訟法の／＼要旨第二／＼下においては裁判所の審判の対象は訴訟手続的には一応公訴事実／＼明示された訴因に限定されるけれども、公訴事実の同一性を害しない限度において訴因の変更、追加等が許されているのであるから（刑事訴訟法第三百十二条参照）審判の範囲は実体的には公訴事実全体に及ぶものであり、刑事訴訟法第三百七十八條第三号に所／＼要旨第三／＼謂「本件」とは訴因を指すものではなくして「公訴事実」を指すものと解するを相当とする。従つて裁判所が／＼要旨第三／＼公訴事実／＼示された訴因と異なる事実を認定しても公訴事実の同一性を害していない限り審判の請求を受けない事件について判決をしたものとはいへない。今本件の場合につき観るに訴因は費消横領であり原判決の認定は着服横領であるけれども前記の如く犯罪の日時、集金先、被害者、横領金額等は両者同一であつて公訴事実の同一性を害していないことは云う迄もない。従つて訴因変更の手続を経たいで裁判所が訴因と異なる事実を認定しても公訴事実の同一性を害していない限り絶対的控訴理由である刑事訴訟法第三百七十八條第三号に該当するそのとは解せられず、右は訴訟手続における法令違背であつて刑事訴訟法第三百七十九條に従い判決に影響を及ぼすか否かによつて控訴の理由があるか否かを決しなければならないと考える。仍て進んで本件の場合訴因変更の手続を経なかつたことが判決に影響を及ぼしているか否かの点につき考察するに、原審第二回公判調書に徴するに同公判において被告人は裁判官の問に対し「第一の窃盗事実が発覚してやけを起しどこかへ逃げようと思つて集金した金を着服した」旨答えて居りまた原審が適法に証拠調をした被告人の司法警察員及

び検察官に対する各第二回供述調書に徴しても被告人は情婦Aと岡山方面へ駈落ち
するため主家の得意先より集金した原判示第二の各金員を擅に着服した事実を窺う
ことができ、その他本件記録を検討しても原審が訴因変更の経緯を経なかつたこと
により被告人の防禦に実質的に不利益を及ぼしていることは到底認められない。従
て原審が訴因変更の経緯をしないで着服横領の事実を認定したのは訴訟手続上違法
たるを免れたいけれども、本件の場合右違法は判決に影響があるとは認められな
いから原判決を破棄すべき理由は存しない。

叙上の理由により本論旨は結局採用できない。

同第三点について。

論旨は原判決の量刑は不当であり被告人に対しては刑の執行猶予が相当であると
謂うのである。仍て本件記録を精査して考察するに本件は原判決認定の如く窃盗二
回、業務上横領六回の外住居侵入強盗未遂がありその罪責は決して軽くなく原審が
本件につき懲役二年六月の実刑を科したことを以て必ずしも非難することはできな
いけれども、被告人は原判示の如く酒造業B方に雇われていたものであるところ主
家の清酒を窃取し且つ集金した洒売掛代金を横領し更に同人方に押入つて強盗をし
ようとしたものであつて本件の被害者はいずれも主人である右Bであること、被告
人はかねて肺疾患のため自暴自棄となり人生に対する希望を失つて一時の享樂に走
り本件各犯行を重ねるに至つたこと、しかし検挙後においては相当改悛の情の窺え
ること、未だ若年にして是迄刑事上の処分を受けたことがないこと、右被害者は被
告人に対し寛大な処分を希望していること（尚被告人は現在両肺浸潤のため入院治
療中であるが空洞を生じて居り近く外科手術を受けることになつてゐる）その他論
旨主張の諸点を彼此斟酌すれば、本件については実刑を以て臨むよりも相当期間刑
の執行を猶予して病める被告人に対し人生に光明と希望を懷かせ以て更生を期待す
ることが寧ろ妥当な措置と思料される。従て論旨は理由がある。

仍て刑事訴訟法第三百八十一条第三百九十七条により原判決はこれを破棄し、同
法第四百条但書の規定に従い当裁判所において自判することとする。

罪となるべき事実及びこれを認める証拠は原判決と同一である。

（法令の適用）

窃盗の点につき各刑法第二百三十五条

業務上横領の点につき各刑法第二百五十三条

住居侵入強盗未遂の点につき刑法第三百三十条第二百三十六條第一項第二百四十三
条第五十四条第一項後段第十条第四十三条本文第六十八条第三号

刑法第四十五条前段第四十七条本文第十条（判示第二の5の業務上横領罪の刑に
併合罪加重）

刑法第二十一条第二十五条

刑事訴訟法第八十一条

仍て主文の通り判決する。

（裁判長判事 坂本徹章 判事 塩田宇三郎 判事 浮田茂男）