

主 文

本件上告を棄却する。

理 由

弁護人吾野金一郎の上告趣意書は「原判決は擬律錯誤の違法あり原判決は単純横領罪に問擬すべきに拘らず業務上横領罪に問擬したる違法あり抑々刑法第二百五十三條に所謂業務とは法令慣例若くは契約に因り一定の事務を常業とするを謂ひ業務たるに必ず一定の事務を常業として行ふことその事務は法令慣例若くは契約に因ることを要すること大審院の屢々判示せしところなり被告人は昭和二十二年二月一日A上陸地連絡所の庶務課員として専ら庶務に従事し復員者に対する旅費交付事務に関与すべき職務権限を有せざりしが旅費交付事務を担当する者に多忙その他支障ある場合自己が嘗て旅費交付事務を経験ありたる関係上同僚に対する情誼上之を坐視するに忍びず私的關係に於て隨時自発的にその手伝を為したるものなり従庶務課員として旅費交付事務に関与すべき責務なく又上司より特に之を命ぜられたるものにあらず之れ証人Bの原審に於ける証言に抛り明かにしてその手伝を為したる根拠の法令に基かざること疑を容れず又庶務課員たる被告人が旅費交付事務を担当すべき慣例の存するものなし苟も慣例と認めむには相当期間慣行せられ然も之が公認せられ職務化せられたるを要するも被告人は短期間中時々手伝を為したるに過ぎずしてその期間及回数は之を慣行とするには甚だ遠きのみならず未だ公認せられ居りたるものにあらず況して職務化せられたるものにあらず専ら私的關係に於て手伝を為したるが之が手伝を為すと否とは全く被告人の自由にして手伝するを欲せざるときは之に関与せざる自由を有し何人も之を咎むることなし依て執務の根拠が慣例に因るものにあらざるは亦明白なり更に契約に因り手伝を為したりや否やを觀るに此所に契約に因るとは事務担当の根拠が一般概括的に予め契約に因り決定せられ該契約の内容として執務行為が反覆せらるる場合を指稱し箇々の行為に付その都度契約を為

し之に基きその事務のみをその時限りの責任に於て担当するが如きは契約と反覆性に於て欠ぐるところあり所謂契約に因るものと為すを得ざるなり尚被告人は前述の如く旅費交付事務を担当すべき責務なく係員が如何に多忙を極め支障あるも之を傍観して然る可きに拘らず自己の欲する時のみその手伝を為し上司等之を感知するも放置せられありたる程度にして手伝を為すことを予め決定せられ居りたるものにあらず従て時偶々手伝を為すことあるもその各行為はその都度各別の意思決定に依るものにしてその間に毫も意思の連絡なく之を以て常業と為したりと認むるは甚だしく事実の真相に合致せず要するに被告人の旅費交付事務は法令慣例若くは契約に因り一定の事務を常業と為したるものにあらざるを以て須く刑法第二百五十二条を適用すべきに拘らず刑法第二百五十三条に問擬したるは擬律錯誤の違法あり仮りに然らずとするも刑法第二百五十三条適用に際り叙上の理由を明かにせざるは理由不備若くは判断遺脱の違法ありと信ず」というにある。

しかし復員事務官でA上陸地連絡所庶務課勤務を命ぜられた者が他課の所管ではあるが復員者に対する旅費の交付及びこれに充てる国庫の前渡資金保管の事務についても平素から事実上担当主任事務官の輔佐としてこれに従事し関係上司においてもこれを認めていた以上特にその命令に出でたものでなくてもその事務の処理は刑法第二百五十三条のいわゆる業務に該当するものと解すべきである。然らば原判決が被告人につき右と同趣旨の事実を認定した上本件につき刑法第二百五十三条を適用したことは正当であつて原判決には所論の如き違法があるということはできない論旨は理由なきものである。

よつて本件上告は理由がないから刑事訴訟法第四百四十六条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 松岡佐一関与

昭和二十三年六月五日

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	田		茂
裁判官	小	谷	勝	重
裁判官	藤	田	八	郎