

## 主 文

本件上告を棄却する。

## 理 由

弁護士鶴崎善八の上告趣意書第一点は「原判決が認定した事実は罪とならないにも拘らず原審は法令の解釈を誤り該事実を罪とし刑法第二百五十二条第一項を適用して被告人に対し刑の言渡をした違法がある。刑法第二百五十二条第一項の横領罪は自己の占有する他人の物を不法に領得するにより成立するものであるが私は其の物の占有は委託に基き開始されたものでなければならぬと思考する。而して茲に委託とは返還又は一定の用途に充つることを内容とする義務を負担し物の引渡しを受くること意味するのであるが本件に於ける委託は被告人が相被告人A及Bより受取つた金員を同人等の収賄事実の隠蔽手段として同人等の上司である岩国警察署司法主任等を買収する費用に充当して費消するに在つたのである然るに被告人が受取つた金員は之を委託の趣旨に従ひ買収費に充当することが事実上出来なかつたばかりでなく之を充当費消することは却つて贈収賄等の犯罪を醸成し妥当ではなかつた然らば被告人としては其の金員を相被告人A及Bに返還する一途あるのみであつたが相被告人等の右金員給付の原因は前記の通り司法主任等を買収する為めであつたから民法第七百八条に所謂不法原因による給付であつて給付者たる右相被告人等は被告人に対し給付した金員の返還請求権を有せないのである。従つて被告人は給付を受けた前記金員を自由に処分し得べき地位にあり之を自己の用途に費消するも刑法第二百五十二条第一項の横領罪が成立する余地がないのである。然るに昭和十一年（れ）第二〇一〇号大審院判例は民法上不法原因の為め給付した者は其の給付した物の返還を請求することは出来ないが其の物に対する所有権を喪失することがないから給付受領者が擅に之を自己の為め着服した場合は横領罪が成立すると為して居る。然し右判例は大正八年（れ）第一八七六号の大審院判例と其の精神に於て多

少の矛盾があるばかりでなく代替物特に金銭が委託された場合之を封金に為すか又は特別の意思表示がない限り其の金銭の所有権は委託と同時に委託を受けた者に移転する通常の事例に反する。殊に民法上委託契約の場合には交付された金銭は受任者に帰属する旨の大審院民事部判例（明治四十五年判決録第一頁）賭博行為を一任して交付した賭博資金の所有権は其の交付と同時に交付を受けた者に帰属し之を費消するも横領罪は成立せない旨の昭和五年七月二十八日の朝鮮高等法院判例に想倒する時益々其の感を深くするものである。果して然らば前記昭和十一年（れ）第二〇一〇号の判例は当然変更せらるべきものであつて之を墨守した原判決は結局刑法第二百五十二条第一項の解釈を誤り不法に被告人に対し有罪の言渡しを為したる違法があるものと謂ふべく到底破毀を免れないものと思考する」と言うにある。

原判決の確定した事実によれば被告人は昭和二十一年五月二十八日頃岩国警察署外一個所で原審相被告人A及びBから同人等の収賄行為を隠蔽する手段として同人等の上司である岩国警察署司法主任等を買収する為め金二万二千元を受取り保管中同年六月一日頃から同月中旬頃迄の間犯意を継続して数回に神戸市その他で右金員の内二万円を自己のモルヒネ買入代金等に費消したものであるというのである、ところで不法原因の為め給付をした者はその給付したものの返還を請求することができないことは民法第七百八条の規定するところであるが刑法第二百五十二条第一項の横領罪の目的物は単に犯人の占有する他人の物であることを要件としているのであつて必ずしも物の給付者において民法上その返還を請求し得べきものであることを要件としていないのである。そして前示原判示によれば被告人は他に贈賄する目的をもつて本件金員を原審相被告人A及びBから受取り保管していたものであるから被告人の占有に歸した本件金員は被告人の物であるということとはできない。又金銭の如き代替物であるからといつて直ちにこれを被告人の財物であると断定することもできないのであるから本件金員は結局被告人の占有する他人の物であつてその

給付者が民法上その返還を請求し得べきものであると否とを問わず被告人においてこれを自己の用途に費消した以上横領罪の成立を妨げないものといわなければならない。然らば原判決が右と同一見解の下に被告人を横領罪として処断したのは正当であつて論旨は理由がない。

同上告趣意書第二点は「原判決には当然適用せなければならない法令を適用せなかつた違法がある。(イ)原判決は被告人Cは云々司法主任等を買収する為め金二万二千円を受取り保管中同年六月一日頃から同月中旬頃迄の間犯意を継続して数回に神戸市其の他に於て右金員の内二万円を自己のモルヒネ買入代金等に費消して横領したと摘示し被告人の行為が連続犯なることを認定して居る。然るに刑法第二百五十二条第一項を適用したのみで同法第五十五条を適用して居らない之れは当然適用せなければならない法令を適用せなかつた違法があること極めて明瞭ではあるが斯る軽微なる違法を強張して原判決の破毀を要求するものではない。(ロ)被告人の人物及経歴被告人は朝鮮京城の中等学校を卒業した後D専門学校及E医科大学に学び其の後F国立病院助手として勤務し次で医業を開業し昭和十八年六月渡日し其の後は東京に於て支那語の家庭教師を為し或は姫路施設部に勤務し其の間G自治会を組織し朝鮮人の指導に従事して居た者で朝鮮人としては知識階級に属し其の性質は温厚篤実である。家庭の状況妻H当三十九年長女I当七年長男J当三年それに被告人の四人暮であるが妻Hは虚弱であるばかりか長女Iは本年より就学せねばならぬ状態にある。本件犯罪の原因被告人は昭和二十年七月腸結核に罹つた際頻発する痙攣治療の為めモルヒネ注射を為す内モルヒネ中毒患者となつたのであるが岩国市内でモルヒネを入手することが困難であつたため苦痛に堪えず之が購入の為め昭和二十一年五月下旬神戸に赴いたのであるが其の留守中朝鮮人聯盟岩国支部の者が被告人は総務部長の肩書を悪用して警察官を脅かし金四万円を喝取して逃亡し聯盟の名誉を失墜したと言つて騒ぎ立て被告人が帰来後弁明しようとしたが其の弁明を聴

かず免職する等苛酷の措置に出でたので被告人はクリスチヤンであり其の性質温厚篤実であるだけに人格を冒瀆せられたと言ふ感を深くし自暴自棄に陥り突発的に本件犯行に出でたのである。然らば被告人の反社会性は実に微弱であると言はなければならぬ。犯罪後の情状被告人は昭和二十一年七月十八日より同年十二月六日保釈出獄に至る迄五ヶ月に垂々とする期間勾留せられ法の威信も十分に体得し改悛の情も顕著である。保釈出獄後は謹慎して居たので本件により失墜した名誉は聯盟の誤解解消と同時に回復し岩国市在住の朝鮮人より懇望せられ聯盟経営に係る岩国市K初等科学院同市L初等科学院に於て教鞭を執ることになつたが現在に於ては在学児童合計百三名より慈父の如く慕はれて居るのである。絛上の如き情状がある場合は更生の途を辿らしむる為め仮に前記理由第一点理由なしとするも裁判所は当然刑法第二十五条を適用し刑の執行を猶予する旨の言渡を為さねばならぬ筋合である（刑法第二十五条には云々猶予することを得と規定してあるが之れは裁判所の権限を定めたもので本文記載の如き情状ある場合は猶予することを要すと解せねばならぬものと信ずる。）。然るに原審は適然適要せねばならぬ右第二十五条を適用せなかつた違法があるから原判決は破毀を免れないものと思考する」と言うにある。

然し執行猶予を言渡すや否やは事実審たる原審の自由裁量に属することであつて論旨記載の如き情状のある場合には執行猶予の言渡を為すことを要するものであると解することはできない。従つて論旨は理由がない。

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 福尾彌太郎関与

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 霜 山 精 一

裁判官	栗	山		茂
裁判官	小	谷	勝	重
裁判官	藤	田	八	郎