

## 主 文

原判決を破棄する。

本件を大阪高等裁判所に差し戻す。

## 理 由

検察官の上告趣意は、判例違反をいうものである。

職権をもって調査すると、原判決には判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、破棄を免れない。その理由は以下のとおりである。

一 記録によれば、次の事実が明らかである。

1 原審は、被告人に対する恐喝被告事件につき、平成六年九月一日、被告人の量刑不当の控訴理由を認めて第一審判決を破棄した上、被告人を懲役六月に処し、三年間刑の執行を猶予する旨の判決を言い渡した。

2 しかしながら、被告人は、これに先立つ平成三年九月一二日和歌山地方裁判所田辺支部において暴力行為等処罰に関する法律違反等の罪により懲役八月に処せられ、同判決は平成四年二月一五日確定し、同年一一月五日右刑の執行を受け終わったものである。したがって、原審は、右刑の執行終了からいまだ五年を経過しない時点において更に刑の執行を猶予する判決を言い渡したことになる。

3 本件恐喝罪は、右和歌山地方裁判所田辺支部の有罪判決に対する控訴中の平成三年一〇月六日から同月八日にかけての犯行であるから、確定裁判のあった暴力行為等処罰に関する法律違反等の罪とは平成七年法律第九一号による改正前の刑法四五条後段の併合罪の関係に立ついわゆる余罪に当たる。

二 このような余罪については確定裁判が懲役又は禁錮の刑の執行を猶予する判決の場合には、同法二五条一項を適用して更に執行猶予を言い渡すことができるが（最高裁昭和三〇年（あ）第九六一号同三二年二月六日大法廷判決・刑集一一巻二号五〇三頁参照）、本件のように確定裁判が実刑判決の場合には、執行猶予を言い渡

すことができないと解すべきである。

そうすると、原判決が、被告人を懲役六月に処した上、同法二五条一項を適用して三年間右刑の執行を猶予したのは、同条項の解釈適用を誤ったものであって、原判決には判決に影響を及ぼすべき法令の違反があり、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認める。

よって、刑訴法四一一条一号により原判決を破棄し、同法四一三条本文に従い、本件を大阪高等裁判所に差し戻すこととし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

検察官平本喜禄 公判出席

平成七年一二月一五日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官	千	種	秀	夫
裁判官	園	部	逸	夫
裁判官	可	部	恒	雄
裁判官	大	野	正	男
裁判官	尾	崎	行	信