

主 文

本件各上告を棄却する。

理 由

弁護人今井常一、同今井忠男、同児玉正五郎の各上告趣意は添付の別紙記載のとおりである。

弁護人今井忠男の上告趣意第一点及び第二点について。

刑法第六条は「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ変更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ス」と定めている。従つて、同条が適用されるには、犯罪の制裁である刑が犯罪時と裁判時の中間において法律の改正によつて変更され、その間に軽重の差を生じたことを前提としている。そして、犯罪の制裁である刑の変更は、刑罰法令の各本条で定めている刑が改正されるときに生ずるのが典型的な場合であるが、なお刑法の総則等に規定する刑の加重減輕に関する規定が改正された結果、刑罰法令の各本条に定める刑が影響を受ける場合にも生ずるであらう。いずれにしても、特定の犯罪を処罰する刑そのものに変更を生ずるのでなければならない。また、刑の軽重は刑法第一〇条によつて刑の種類又は量の変更を標準として判断されるのである。されば、刑法第六条は特定の犯罪を処罰する刑の種類又は量が法律の改正によつて犯罪時と裁判時とにおいて差異を生じた場合でなければ適用されない規定である。しかるに、本件で問題となつている刑の執行猶予の条件に関する規定の変更は、特定の犯罪を処罰する刑の種類又は量を変更するものではないから、刑法第六条の刑の変更に当らない。刑の執行猶予はその性質からいえば、刑の執行を一時猶予するというだけのものである。（刑法第二十七条の効果は同条所定の要件が新に具わることにより同条に従つて新に発生するものである）つまり刑の執行のしかたであつて刑そのものの内容ではない。それだから、法律も刑と刑の執行猶予とを全然別に取り扱い各別の章に規定しており又刑の軽重の比較方法を定めた刑法第一〇条も執行猶予には

一言も触れていないのである。そこで、刑の執行猶予の条件に関する規定が改正された場合に新旧いずれの規定を適用すべきかは刑法第六条によつて決まるのではなく、改正規定の立法趣旨によつて判断しなければならない問題となる。そして刑法の一部を改正する法律（昭和二十二年法律第一二四号）附則第四項の規定の反面解釈によると、刑法第二五条の改正規定は同法施行前の行為についても適用される趣旨が窺われるので、事実審が判決で刑の言渡をする場合に刑の執行猶予をも同時に言渡すときには新規定によるべきこと当然である。しかし、原審が本件について判決で刑を言渡した当時においては、改正規定はまだ施行されていなかったから新規定を適用する余地はまったくなく、この点について原判決にはもとより違法はない。上告審では原審の判決後に刑の廃止又は大赦があつたときには原判決を破毀して免訴の判決をすべきであり、刑の変更があつたときには原判決を破毀して新たに刑を言渡すべきであるが本件のように刑の執行猶予の条件に関する規定が改正された場合には如何にすべきであらうか。原審の判決後に刑の廃止若は変更又は大赦があつたときには事後の事情によつて前審の判決が法令に違反する場合と同様な結果となるから原判決を破毀するのである。しかるに、刑の執行猶予の条件に関する規定が改正された場合には前審の判決は法令に違反する場合と同様な結果を生じないので前記の場合に準ずることはできない。そして、上告審は前記の場合を除いては原判決に違法がない限りこれを破毀して自判することはできず、従つて自ら刑を言渡し得ないのであるから、後段の論旨に対して説明するごとく原判決に違法のない本件については、上告審たる当裁判所は刑の執行猶予の条件に関する改正規定を適用する余地のないことも亦当然である。されば論旨は理由がない。

弁護人今井常一、同兇玉正五郎の各上告趣意、弁護人今井忠男の上告趣意第三点について。

互に暴行し合う所謂喧嘩は、鬪争者双方が攻撃及び防禦を繰り返す一団の連続的

闘争行為であるから、闘争の或る瞬間においては闘争者の一方がもつばら防禦に終始し正当防衛を行うの觀を呈することがあつても、闘争の全般から見てその行為が法律秩序に反するものである限り刑法第三六条の正当防衛の觀念を容れる余地がないものと言わなければならない。本件について原判決の確定した事実によれば、被告人等三名はAとの衝突を予期して各自仕込杖、日本刀等を携えて同人と面談した末、交渉が決裂して喧嘩となり、Aが被告人Bに跳びかかるや被告人Cは「やつちまえ」と叫び被告人Bは所携の日本刀でAの足に斬りつけ、組みついてきた同人と格闘中被告人Dは右Aの背後から所携の日本刀で同人に斬りつけ切創を負わせた結果右Aを死亡するに至らせたというのであるから、被告人等の行為はその全般から見て法律秩序に反するものと言うべきであつて、刑法第三六条を適用すべき余地はない。されば、原判決には所論のような違法はなく論旨は理由がない。

よつて刑事訴訟法第四四六条により主文のとおり判決する。

以上は裁判官全員の一致した意見である。

検察官 十蔵寺宗雄関与

昭和二十三年六月二十二日

最高裁判所第三小法廷

裁判長裁判官 長 谷 川 太 一 郎

裁判官 井 上 登

裁判官 島 保

裁判官 河 村 又 介

裁判官庄野理一は差支の為署名捺印することができない。

裁判長裁判官 長 谷 川 太 一 郎