



Title	再審開始決定に伴う刑の執行停止決定について
Author(s)	水谷, 規男
Citation	阪大法学. 2012, 62(3,4), p. 91-108
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/60124">https://doi.org/10.18910/60124</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 再審開始決定に伴う刑の執行停止決定について

水 谷 規 男

## 一 はじめに

二〇一二年三月二九日、大阪地裁第一五刑事部は、いわゆる東住吉事件に関して、無期懲役刑受刑中の二人の再審請求人について刑の執行を停止する決定をした。この事件の再審開始決定は同年三月七日に出されており、この事件では、再審開始決定とは別に、刑の執行停止決定が出されたことになる。ところが、この刑の執行停止決定に対して検察官は、同決定の執行停止と取消を求める抗告をし、大阪高裁第四刑事部は、検察官の抗告を容れて二〇一二年四月二日、同決定を取り消した。

他方、同じく無期懲役刑の受刑中に再審開始が認められた、いわゆる東電O・L殺人事件に関しては、二〇一二年六月七日、東京高裁第四刑事部が再審開始決定と同時に刑の執行停止決定をした。<sup>(2)</sup> 検察官は、この事件についても（抗告に代わる）異議申立をしたが、東京高裁がこれを容れなかつたため、検察官の釈放指揮に基づいてネパール国籍の請求人は釈放された。この請求人は、入管施設に移送された後に国外退去の処分となり、すでに帰国している。

本稿は、この二つの事件によつて提起された、刑の執行停止決定の法的性質及びその決定に対する不服申し立ての可否の問題について検討を加えようとするものである。結論において、本稿では東電OL殺人事件との対比においても、理論的な検討からも、大阪高等裁判所第四刑事部の決定（以下東住吉事件高裁決定という）について、この決定が無辜の救済を旨とする再審制度の理念に反するものであること、また再審開始決定をした裁判所が刑の執行を停止することができるとした刑事訴訟法四四八条二項の趣旨に反したものであること、さらには刑事訴訟法に規定上の根拠がない抗告を認めた違法な決定であることを明らかにするものである。

なお、本稿執筆に当たつては、東住吉事件に関する大阪地方裁判所の再審開始決定、これに対する検察官の即時抗告申立書<sup>(3)</sup>、刑の執行停止をした大阪地裁決定、これに対する検察官の抗告申立書及び意見書、検察官の抗告を容れて刑の執行停止決定を取り消した東住吉事件高裁決定等の本件関係資料を参照し、東電OL殺人事件に関しては、再審開始・刑の執行停止決定を参考した。これらは、いざれも未公刊であることをお断りしたい。

## 二 現行刑事訴訟法の下での再審の理念

現行刑事訴訟法の再審に関する規定（刑事訴訟法四三五条～四五三条）は、その大半は旧刑事訴訟法の規定を引き継いだものであつて、事実誤認に対する非常救済手続と位置づけられている点も旧法と同じである。しかしながら、現行法の再審制度は、日本国憲法三九条が「既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。」と規定したことを受け、その理念を大きく転換した。旧法には存在した不利益再審の規定は削除され、現行刑事訴訟法では利益再審のみが規定されるに至つた。すなわち、現行法の下での再審の理念は、端的に無辜の救済手続へと純化されたのである。<sup>(5)</sup>このことは、一九七五年五月二〇日のいわゆる白鳥決定<sup>(6)</sup>が、再審請求の段階で「疑わし

いときは被告人の利益に」という刑事裁判の鉄則が妥当する、と宣言したことによつて、より明確になつた。

白鳥決定以前においては、刑事訴訟法四三五条六号の新証拠の明白性が「確定判決の事実認定を覆す高度の蓋然性」と理解されていたこともあつて、現行法の下でも再審は「開かずの門」と評されるほどに例外的にしか機能しないものであつた。このような運用は、法的安定性の観点から、再審は容易に認めることはできないという考え方とも合致していた。しかし、白鳥決定はこのような考え方や再審制度の運用自体に見直しを迫るものだつたのであり、それが単に解釈の抽象的な変更にとどまるものでないことは、翌年、一九七六年一〇月一二日の財田川決定によつてより鮮明になつた。<sup>(7)</sup> 実際、その後の死刑再審四事件の救済にも現れているように、再審制度は、新証拠を起点とする総合評価によつて確定判決の事実認定に合理的疑いが生じれば、明白性ありとして再審を開始し、無罪を救済する制度として機能し始めたのである。

ただし、白鳥決定、財田川決定に対しては、いわゆる限定的再評価説に拠つてその影響力を狭めようとする見解が生じたし、新証拠により、確定判決の事実認定に疑いが提起されても、旧証拠を不利益再評価して、その疑いは「合理的な疑い」にあたらないとして救済を拒否した事例なども存在する。<sup>(8)</sup> このような白鳥・財田川決定に抗する動きの中で、再審を緩やかな要件で認めることは、再審の事実上の四審化をもたらすとの指摘が行われてきた。<sup>(9)</sup> そこで強調されたのは、通常審の手続において厳格な証拠法則に基づいて、上訴審によるチェックも経て有罪判決が確定したことの重みである。再審請求審は、直接主義・口頭主義の基本原則にも支配されない職権主義的な手続であり、証拠法の制約も受けないのであるから、確定判決の事実認定に容喙してはならない、というのである。しかし、このような姿勢は白鳥・財田川決定それ自体を否定するものであり、真犯人が現れるなどの特段の事情がなければ再審が開始されなかつた、かつての再審制度の運用への回帰を求めるものに他ならない。

ところで、確定判決を動かしがたいものとみなし、白鳥・財田川決定に抗して再審による救済を狭めようとする傾向は、とりわけ検察官に根強い。それは、最終的に再審無罪判決によって救済された事例においても、ほとんどどの事件において検察官が即時抗告や異議申し立てをしていました事実に現れている。東住吉事件においても、東電OL殺人事件においても、検察官は即時抗告（またはこれに代わる異議申立）をしているのである。

しかしながら、学説上は、この検察官の即時抗告の権限自体に対して疑問が呈されている。<sup>(10)</sup>旧法の下では、検察官による不利益再審の請求も認められていた。このことは、必罰主義的な真実の探求を検察官の役割だとする考え方には合致していた。そのような再審制度の下では、たとえ元被告人の側から再審請求があつた場合でも、検察官において有罪判決を覆すべきでないと考へる限りにおいて、検察官による再審開始決定に対する抗告を認めるることは理由があつたといえよう。しかし、利益再審のみを認める再審制度の下では、確定判決によって不利益を受けた元被告人などに請求権を認め、請求棄却決定に対しては抗告権を付与することは当然としても、検察官に再審請求の権限を与え、さらに再審開始決定に対する抗告権までも与えることは必然ではない。

にもかかわらず、現行法が検察官に再審請求権限や即時抗告の権限を認めているのは、現行法の下では、検察官は公益の代表者として、誤った有罪判決の是正を求める存在であると位置づけられたからだと考へるべきであろう。再審の理念である無罪の救済は、単に請求人の利益であるにとどまらず、司法の過誤を正し、無罪を刑罰から解放することによって、国家の刑罰権への信頼を維持するという公益でもあるといえるからである。そこで検察官の役割はもはや必罰的な真実の探求や確定判決自体の擁護ではないというべきである。<sup>(11)</sup>検察官が再審請求の審理中であつても、自らの判断で刑の執行停止ができる（刑訴法四四二条但書）のも、このような検察官の役割から説明できるのである。

この観点から最近の事例において注目されるのは、いわゆる足利事件の再審請求（即時抗告審）の審理中に、東京高検が「新鑑定結果は再審開始の要件である『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』たり得る」とする意見書を提出し、併せて刑の執行を停止する手続を取つたことである。犯人のDNA型と請求人のDNA型が一致しないという動かぬ証拠の提出を受けてのことであつたとはいえ、この事件では検察官も無辜の不处罚の理念に従つて再審開始を求め、再審請求についての裁判所の判断の前に刑の執行を停止したのである。司法への信頼は、疑問のある確定有罪判決を墨守することによってではなく、発見された誤りを速やかに正して正義を回復することによってこそ保たれる。この足利事件における検察官の対応は、検察官が無辜の速やかな救済に協力した事例として評価されるべきである。

また、近時の検察官の不祥事を契機として制定された「検察の理念」には、検察官のあり方として、「あたかも常に有罪そのものを目的とし、より重い処分の実現自体を成果とみなすかのごとき姿勢となつてはならない。我々が目指すのは、事案の真相に見合つた、国民の良識にかなう、相応の処分、相応の刑罰の実現である。」と謳われております。具体的な職務規程としても、「三 無実の者を罰し、あるいは真犯人を逃して処罰を免れさせることにならないよう、知力を尽くして、事案の真相解明に取り組む。」と規定されている。再審においてこの姿勢を貫けば、確定判決に疑問が生じた場合には、確定判決の維持そのものを目的とすることなく、事案の真相に見合つた、国民の良識にかなう、相応の判断を尊重する姿勢が求められるはずである。

東住吉事件について検察官は、「再審請求審で真犯人が現れたとか、請求人らの犯人性を明らかに疑わせる客観的証拠が新規に提出された事実もない。単に本件現場の再現といい難い実験等が提出され、それにより再審開始決定がなされただけの現時点で、原判決に重大な事実誤認が認められるとか、再審の裁判で無罪の言い渡しが予想さ

れるなどと即断することは到底できない。」などと指摘している。<sup>(13)</sup> 再審開始決定が提起した確定判決への疑問を直視することなく、再審開始決定に抗告をする検察官の姿勢は、検察官自らが定めた検察の理念にも反しているといふべきである。

### 三 再審開始決定をした裁判所の刑の執行停止決定権限の意義

刑事訴訟法四四八条二項は、再審開始決定をした裁判所が刑の執行停止を決定できることを規定する。<sup>(14)</sup> この規定は、再審開始決定と同時に、またはその後再審の判決確定までの間に、開始決定をした裁判所のみが刑の執行停止ができると規定したものと解釈されている。<sup>(15)</sup> この解釈は、再審開始決定によつて確定判決の効力が直ちに失われるものではない、とする考え方を前提にしたものである。すなわち、確定判決の効力が失われるのは、再審公判における判決が確定したときである、とされているのである。確定判決の効力が存続していても、なお刑の執行停止が妥当な場合があることをこの規定は認めていることになる。

この規定は、文言上「停止する」となつてゐる。一見すると、この規定によつて執行停止を命じるかどうかは、再審開始決定をした裁判所の裁量であるかのように見える。しかし、これを全面的に裁量的権限と見るのは、次の理由で誤つてゐる。

まず、再審の請求は刑の執行中でも、その執行が終わつた後でも行うことができる（刑訴法四四一条）。したがつて、再審開始決定をしたときに常に刑の執行停止が問題になるわけではない。四四八条二項は、開始決定時点で刑の執行が存続しているときには、その執行を停止することができる、と規定したものに過ぎない。

第二に、再審開始決定は、刑事訴訟法四三五条、四三六条の事由があるときになし得る。この中にはいわゆる

ファルサ（虚偽証拠）型の再審事由（刑訴法四三五条一号ないし五号、七号、四三六条一項）も含まれている。

ファルサ型の再審の場合、再審公判では虚偽証拠を除いて、あるいは適法な裁判所を構成し直して、裁判のやり直しが求められることになる。しかし、虚偽証拠の事実認定上の重要度には差があり得るので、再審公判において当然に無罪の判决が予測されるとはいひ難い。したがつて、再審開始決定をした裁判所が執行停止をしないことが認められる。すなわち、ファルサ型再審の場合、刑の執行停止をするかどうかは、再審公判で有罪認定が覆される蓋然性がどの程度あるかを勘案して、再審開始決定をした裁判所が裁量的にその可否を判断してよいと考えられるのである。

しかし、刑事訴訟法四三五条六号のノヴァ（新証拠）による再審の場合、上記の白鳥决定の判断枠組みに従えば、再審開始決定は、新証拠を加えた新旧全証拠の総合評価によつて、確定判決の事実認定に合理的疑いが発生したこととを認める決定である。つまり、この場合には、ファルサ型の再審の場合と異なり、再審開始決定が出されたこと自体によつて、再審公判における無罪判決の可能性が極めて高いものとなつたといえるのである（実際、これまでの再審無罪事例においては、再審開始決定が確定した後の再審公判において無罪判決等が言い渡され、そのまま確定している）。また、確定判決の事実認定に合理的疑いが生じたことを認めて開始決定をした裁判所が、それにもかかわらずに刑の執行の存続を認めるのは背理である。<sup>(16)</sup> したがつて、この場合には再審開始決定をした裁判所は、当然に刑の執行停止決定をしなければならない。この場合に刑の執行停止を命じないことは、その裁判所の判断自体との矛盾をはらむことになるから、開始決定と同時に執行停止の決定がなされなかつた場合には、請求人、あるいは検察官は、裁判所の職権発動を促すべきことになる。実際、東住吉事件では、開始決定の後に請求人側から執行停止の職権発動の申出がなされ、それを受けて大阪地裁の刑の執行停止決定がなされているのである。

東住吉事件において、地裁の刑の執行停止決定に対し検察官は、「再審開始決定が告知されても、未だ『原判決に重大な事実誤認の存することが著しい確からしさをもつて推測される』ような状態ではなく、『(再審開始)決定の確定により将来における再審の終局裁判の確定により原判決の効力が動かし難いもの』となつておらず、『刑の執行を継続することが正義に反する場合』とは認められない場合」には、四四八条二項に刑の執行停止の条件を充たしていない、と主張している。<sup>(17)</sup>つまり、検察官は、再審開始決定をした裁判所が刑の執行を停止するべき場合とそうでない場合があると主張しているのである。この検察官の主張は、再審開始決定に再審無罪が見込まれる場合とそうでない場合の二つを認めることになるし、結局のところ再審開始決定をした裁判所に、自らの証拠評価とは異なる判断をせよと求めるものであつて、妥当とは言い難い。

上述のように、検察官には、刑訴法四四八条二項による刑の執行停止とは別に、再審請求審の審理中に刑の執行停止をする権限が与えられている。この検察官の権限は、足利事件で実際に行使されており、確定判決への疑問が生じた場合には、検察官において確定判決どおりの刑の執行を続けることが正義に反することを認め、刑の執行を停止することができる。<sup>(18)</sup>

このように、再審公判における判決の確定によって、はじめて確定判決の効力が破られるという理解を前提にしても、現行法は再審請求手続の早い段階から刑の執行を停止し、元被告人を解放することを認めていることになる。これもまた、無辜の救済という現行法の再審制度の趣旨にかなうものである。

#### 四 刑事訴訟法四四八条二項の決定に対する抗告の可否

再審請求を棄却する決定、再審開始決定に対しでは、即時抗告を許す旨の規定がある（刑訴法四五〇条）。しか

しながら、刑訴法四四八条二項の刑の執行停止決定については、同四五〇条は即時抗告を認めていない。再審請求の棄却決定、再審開始決定に対しても即時抗告を認めつつ、再審開始決定をした裁判所がした刑の執行停止決定に対する抗告を認めないとする規定のあり方は、旧法も同様である。<sup>(19)</sup>

刑訴法四四八条二項の刑の執行停止決定が即時抗告の対象から外されていることからいかなる帰結が生ずるかについて、二つの考え方があり得る。<sup>(20)</sup> 一つは、刑訴法四四八条二項の刑の執行停止決定は、再審開始決定に付随するものであるので、開始決定に対して即時抗告を認めれば十分であり、即時抗告によって開始決定が取り消されたときは、自動的に刑の執行停止決定も失効する、という考え方である。いま一つは、刑の執行停止決定は、開始決定とは別個の裁判であり、それに対する独立した即時抗告は許されないが、開始決定が刑の執行停止決定を可能にしたのであるから、これを取り消すことができるは、開始決定に対する抗告を受けた裁判所が、再審開始決定を取り消す裁判をしたときに限られ、その場合も、開始決定を取り消す裁判と別に執行停止決定を取り消す裁判が必要であるとする考え方である。<sup>(21)</sup>

いずれにせよ、刑の執行停止決定に対しては、即時抗告はできないことが法文上明らかである。注釈書においても刑訴法四四八条二項の解釈として、「(再審開始決定と刑の執行停止決定を)「同時にした場合であつても両者はもちろん別個の裁判であつて、刑の執行停止の決定に対しては、不服申立をすることができない」」<sup>(22)</sup> とされている。上記のいずれの考え方を取つても、刑の執行停止決定に対する不服申し立てが許されない以上、執行停止決定に従つて一旦は受刑中の請求人を釈放しなければならないことになる。

東住吉事件において、検察官はこのような解釈が一般的に行われていることを知っていたからこそ、刑の執行停止決定に対する抗告を一方で申し立てながら、同時に抗告ではなく、「執行停止の裁判の執行を停止し、請求人両

名の拘置を継続するとの職権発動を求める」という申立書（平成二四年三月二九日付の「申立書」）を出して請求人らが釈放されることを阻止しようとしたものと考えられるのである。しかし、即時抗告ができない決定に対してもその決定を取り消し、あるいはその執行の停止を求めて、上級の裁判所に職権発動の申立をすること自体、法律上の根拠がない。東住吉事件高裁決定がそのような申立を認めなかつたは当然である。

しかしながら、東住吉事件高裁決定は、結論的には検察官がした抗告を、刑訴法四二〇条二項に準じて認めることができるとして、検察官の抗告を容れて地裁決定を取り消している。この点は、抗告制度に関する理解を誤つたものといわざるを得ない。

まず、刑訴法四四八条二項の刑の執行停止決定が一般抗告の対象となるべき裁判に当たるか、という点が問題となる。刑訴法四一九条は、「抗告は、特に即時抗告をすることができる旨の規定がある場合は、この限りでない。」と規定する。この規定は、明文の規定がなくとも裁判所の決定一般について抗告を許す趣旨である。しかし、本条の但書に言う「特別の定」がある場合には、抗告はできない。この「特別の定」に当たるのが刑訴法四二〇条であり、この規定によれば、「勾留、保釈、押収又は押収物の還付に関する決定及び鑑定のためにする留置に関する決定」（刑訴法四二〇条二項）を除き、「裁判所の管轄又は訴訟手続に関し判決前にした決定」については、抗告は許されない。

判決前の裁判所の決定について抗告ができないのは、これを許せば抗告の手続によって手続が遅延する可能性があることと、このような決定に対しても、抗告によってではなく、通常の上訴の中で、訴訟手続の法令違反の問題として争う機会を与えれば足りると考えられるからである。<sup>(23)</sup> 同条二項で勾留に関する決定がこの例外とされているのは、被告人の身体拘束の可否の問題は、判決に向けた訴訟手続それ自体の問題ではなく、出頭

確保と罪証隠滅の防止という、手続を適正に成り立たせるための付隨的問題であることと、被告人の側から見たときに、身体拘束からの解放という独立した利益が存在するため、通常の上訴とは別に速やかな救済制度を設ける必要があることによる。<sup>(24)</sup>

東住吉事件高裁決定は、刑訴法四四八条二項の刑の執行停止決定に対しても、刑訴法四二〇条二項に準じて一般抗告ができるとする。してみれば、同決定は、四四八条二項の決定が「訴訟手続に関し、判決前にした決定」に当たることを前提として、四二〇条二項が明文で認めている勾留の裁判に準じて抗告が許されると解していることになる。しかしこれは、いずれも誤りである。

まず、刑の執行を存続すべきかどうかの問題と、再審請求を認めるべきか否かという問題は、全く別個の問題である。再審請求に関する判断や、再審公判における判断は、請求人に対する刑の執行が存続しているかどうかに関わりなく、行なうことができるものだからである。たしかに、再審請求を受けた裁判所の決定は、将来の再審公判に向けた手続の一環である。その意味では、「訴訟手続に関する判決前の決定」に形式的には含まれるかもしれない。しかし、再審制度は、再審請求段階と再審公判段階の二段階の手続構造を取つており、請求審と再審公判を担当する裁判所は、別の裁判体である。したがつて、再審請求を受けた裁判所がする刑の執行停止決定は、判決に向けた一個の手続の中間段階での裁判ではなく、「訴訟手続に関する判決前の決定」とは言えない。

また、再審請求手続においては、請求人の手続への出頭は必要ではなく、手続自体を成り立たせるために刑の執行の継続が必要になるわけではない。<sup>(25)</sup> したがつて、いずれにせよ、刑訴法四二〇条二項を準用して、出頭確保のために身体拘束が必要であったかどうかの問題として、刑訴法四四八条二項の執行停止決定の当否を判断することはできないというべきである。

したがつて、残る問題は、刑訴法四五〇条が明示的に即時抗告の対象から外している四四八条二項の刑の執行停止決定に対する抗告ができるかどうか、という点にある。

再審請求に関する決定に対する不服申立手段は、一般抗告ではなく、提起期間が三日に限定されている（刑訴法四二二条）即時抗告である。誤った確定判決からの救済という再審請求のテーマが迅速な対応を必要とするものだからである。これに対して、一般抗告の場合、申立についての時間的制限はなく、抗告の利益がある限り、いつでも抗告をすることができる（刑訴法四二一条）。再審請求に対する決定自体について即時抗告が対応しているのに、再審開始決定に付随して言い渡される刑の執行停止決定について、いつでも抗告ができると解することは、刑訴法四五〇条の趣旨から考えて疑問がある。再審請求に関する裁判に関しては、即時抗告しか許されず、刑訴法四一九条の一般抗告はできないと解するべきである。<sup>(26)</sup>

理論的な可能性としては、再審開始決定に対して即時抗告が認められているのであるから、再審請求に関する決定と同様に、刑訴法四四八条二項の刑の執行停止決定に対しても即時抗告制度を設けることはできるかも知れない。しかし、これは現行法の解釈としては無理であつて、もしその必要があるというのであれば、立法による他はない。しかし、すでにみたとおり、現行法の下での再審の理念は、無辜の救済なのであつて、再審開始決定に付随して開始決定をした裁判所がした、刑の執行停止決定をなおも争う機会を設けることが必要であるとは考えられない。また、この場合、再審開始決定よつて確定判決の事実認定に合理的疑いが生じたことが認められているのであるから、開始決定が未確定であるという理由だけで、公益の代表者たる検察官にこれだけを単独で争う権限を与えることが適切であるとも思われないのである。

本件地裁決定をした裁判所も、平成二四年三月三〇日付の意見書（刑訴法四二三条二項に基づく意見書）で、刑

訴法四四八条二項の刑の執行停止決定は抗告の対象とならないと明確に指摘している。大阪地裁の意見書の指摘は、上述したところからすれば、全く正当であり、このような意見書が提出されていたにもかかわらず、検察官の抗告を容れた東住吉事件高裁決定は、違法という他はない。

また、実質的な判断内容としても、東住吉事件高裁決定は、「刑の執行停止の当否を判断するに当たっては、再審開始決定から再審の終局裁判の確定までのどの段階にあり、今後どのような審理が予想されるかという点や、再審開始決定の判断構造、事案の重大性、受刑者の身柄保全の必要性等を総合考慮すべきである。」としている。このような判断方法は、結局のところ再審請求についての抗告審において、開始決定が覆される可能性がある場合は、刑の執行停止をするべきでないと述べているに等しい。再審請求それ自体について判断する前に、それを先取りする形で判断を示すことも許されないというべきである。

## 五 結論

以上述べたところから、東住吉事件高裁決定は、法律上認めることができない検察官の抗告を容れて、本来不服申立の対象とならない地裁決定を取り消したものとして違法であるばかりでなく、法律の規定に基づかないで、刑の執行の存続を認めた点において、憲法三一条に違反したものである。

なお、付言すれば、東住吉事件地裁決定は、執行停止に当たって身元引受け人、居住先を定め、将来刑の執行が困難になることを防ぐ指定条件を定めているのであって、請求人を釈放したからといって、直ちに公益に反するとは言えない。<sup>(27)</sup> 東住吉事件高裁決定は、この点について「原決定が付した指定条件を考慮するとしても」と一言触れているだけであり、いかなる条件で釈放することが適切かという点について十分な検討をした形跡がない。また、東

住吉事件高裁決定は、検察官の「抗告及び裁判の執行停止の申立書」のみを判断資料としてその判断を行つており、不利益処分について被処分者に告知・聴聞の機会を与えていないという点でも憲法三一条に違反する。

東住吉事件高裁決定に對して、弁護団は最高裁に特別抗告をした。この特別抗告審は、従来の刑の執行停止をめぐる議論において、ほとんど検討されたことがない問題に対し最高裁が判断を示す最初の機会であつた。しかし、最高裁第三小法廷は、平成二四年九月一八日、特別抗告を棄却する決定をした。最高裁決定は、特別抗告の趣意が刑訴法四三三条の抗告理由に当たらないとしたうえで、職権で刑訴法四四八条二項による刑の執行停止決定に対する抗告の可否について判断を示した。その中で、最高裁は、刑訴法四四八条二項による刑の執行停止決定は、「再審開始手続又は再審開始後の審判手続において、終局裁判をするため、その前提としてなす個々の決定の一つではないから、『訴訟手続に関し判決前にした決定』又はこれに準ずる決定には当たらない。」と判示して、東住吉事件高裁決定が刑訴法四二〇条二項に準じて抗告を認めることができるとした法解釈を否定した。しかしながら最高裁決定は、刑の執行停止決定は、刑訴法「四一九条の裁判所のした決定であり、不服申立てを許さないとする特別の規定も存しない」から検察官による抗告は適法である、として検察官の抗告を容れた東住吉事件高裁決定は結論において正当である、とした。本稿ですでに示したように、刑訴法四一九条による抗告は、抗告の利益が存する限り何時でもできるものであつて、速やかな手続を指向する再審請求手続にはそぐわない。また、東住吉事件においては、地裁決定が執行停止の期日を四日先に指定したがゆえに、その間隙をぬつて検察官の抗告、高裁による刑の執行停止決定の取消しがなされた。刑の執行停止決定に釈放期日が付されず、検察官の抗告に拘らずに釈放手続がなされた東電OL殺人事件との權衡も問題となろう。最高裁決定は、形式論にすぎるようと思われる所以である。

## 六 おわりに

本稿を山下眞弘先生、吉本健一先生の退職記念号に寄稿するにあたり、一言謝辞を記しておきたい。私は、二〇〇四年四月に大阪大学に赴任し、八年間、両先生の同僚として過ごさせていただいた。山下眞弘先生とは同じ時期の赴任であつたし、研究室が近かつたこと也有つて、親しく接していただいた。山下先生の飄然としていたがら、筋の通らないことには決然と自らの意見を示される姿勢には、大学人として学ぶことが多かつた。また、吉本先生は高等司法研究科の初代研究科長を務められた。私のような新参者に対しても、意見を積極的に取り入れ、仕事を任せる、という度量をもつた研究科長であったと思う。阪大の法科大学院は、認可保留により、スタートラインで躊躇を経験した。それを立て直し、軌道に乗せたのも、吉本先生の功績であった。思えば、吉本先生に初めてお会いしたのは、二〇〇三年秋、前任校で身の置き所がなくなっていた私の割愛に愛知まで来ていただいたときであった。あくまでも穏やかに頭を下げられた吉本先生の姿勢が、本来であれば円満退職とは言えなかつたはずの私の異動がスムーズに進んだ一因であつたとあらためて思う。この場を借りてお礼申し上げたい。

- (1) LEX／DB文献番号二五四八〇八九〇
- (2) 判例集未登載。なお、この事件については、開始決定、刑の執行停止決定の双方について検察官の異議申立がなされたが、この異議は二〇一二年七月三日に棄却された。
- (3) 東住吉吉事件の再審開始決定と検察官の抗告申立書については、「東住吉冤罪事件を支援する会」が資料集としてまとめた冊子がある。
- (4) 旧刑事訴訟法四八六条は、以下のように規定していた。

再審ノ請求ハ左ノ場合ニホヒテ有罪ノ言渡ヲ為スヘキ事件ニ付無罪若ハ免訴ノ言渡ヲ為シタル確定判決、刑ノ言渡ヲ為

スヘキ事件ニ付刑ノ免除ノ言渡ヲ為シタル確定判決、相当ノ罪ヨリ輕キ罪ニ付有罪ノ言渡ヲ為シタル確定判決又ハ不法ニ公訴ヲ棄却シタル確定判決ニ對シテ之ヲ為スコトヲ得

一 前条第一号、第二号、第四号又ハ第七号ニ規定スル原由アルトキ

二 死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル罪ヲ犯シタル者無罪又ハ相当ノ罪ヨリ輕キ罪ニ付有罪ノ言渡ヲ受ケタル後裁判上又ハ裁判外ニ於テ其ノ原由ナカリシコトヲ陳述シタルトキ

三 死刑又ハ無期若ハ短期一年以上ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル罪ヲ犯シタル者刑ノ免除若ハ免訴又ハ公訴棄却ノ言渡ヲ受ケタル後裁判上又ハ裁判外ニ於テ其ノ原由ナカリシコトヲ陳述シタルトキ

(5) 田宮裕「再審の指導理念」鴨良弼編『刑事再審の研究』（成文堂、一九八〇年）一九頁以下。

(6) 最決昭和五〇年五月二〇日刑集二九卷五号一七七頁。

(7) 最決昭和五一年一〇月一二日刑集三〇卷九号一六七三頁。

(8) 拙稿「再審法理論の展望」村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『刑事司法改革と刑事訴訟法 下巻』（日本評論社）一〇〇七年）五一一五二一頁参照。

(9) 小西秀宣「再審——裁判の立場から」三井誠他編『新刑事手続III』（悠々社、一〇〇〇年）五〇一頁以下参照。

(10) 平場安治・中武靖夫・高田卓爾・鈴木茂嗣著『注解刑事訴訟法下巻（全訂新版）』（青林書院、一九八三年）三七〇頁  
【高田卓爾】。

(11) 解釈論としても、再審開始決定に対する検察官抗告を制限的に解することは可能である。なぜなら、刑訴法四五〇条は、再審請求の棄却決定と再審開始決定について即時抗告を認めているものの、抗告権者については明示しておらず、検察官の役割を無事の救済による公益の保護と位置付けた場合、検察官には開始決定に対する上訴の利益が常にあるわけではないと考えることができるからである。とくに、新証拠によつて確定判決の有罪認定に合理的疑いが生じたとして再審開始決定が出された場合、検察官は新証拠によつて提起された疑いが「合理的疑い」なのかどうかについては、再審公判で争うことができる以上は、抗告の利益がないといふべきである。

(12) <http://www.kensatsugo.jp/oshirase/img/rinenn.pdf>

(13) 平成二四年三月一九日付検察官の「抗告及び裁判の執行停止の申立書」および同日付の「申立書」。

(14) この点は、旧法でも同様で、旧刑事訴訟法五〇六条は、以下のように規定していた。

再審ノ請求ヲ理由アリトスルトキハ再審開始ノ決定ヲ為スヘシ

二 再審開始ノ決定ヲ為シタル時ハ決定ヲ以テ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

(15) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法第四版』(弘文堂、二〇〇九年)一四七頁。ただし、いつまでこの規定による執行停止ができるかについては、争いがあり、前掲『注解刑事訴訟法下巻(全訂新版)』三六六頁【高田卓爾】は、受刑者の地位と再審の被告人の地位が並存し得ないことを理由に、再審開始決定の確定までとする。

(16) 後藤昭・白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法』(日本評論社、二〇一〇年)一〇六三頁【水谷規男】。

(17) 平成二四年三月二九日付検察官の「抗告及び裁判の執行停止の申立書」

(18) さらに、刑訴法四八二条は検察官に広範な刑の執行の任意的停止権限を与えている。現行法は、確定判決がある限り刑の執行を続けなければならぬとはしていないのである。

(19) 旧刑事訴訟法五〇六条は、現行法四四八条と同様、一項で「再審ノ請求ヲ理由アリトスルトキハ再審開始ノ決定ヲ為スヘシ」と規定し、二項で「再審開始ノ決定ヲ為シタル時ハ決定ヲ以テ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得」と規定していたが、即時抗告の規定である五〇六条では、「第五〇四条、第五〇五条、第五〇六条第一項、第五〇七条又ハ第五〇八条ノ決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得」と規定していた。

(20) ただし、この点については、従前の事件で問題となつた刑の執行停止決定がほとんど(死刑の停止があつても、拘置は存続した)死刑確定事件に関するものであつたため、自覚的に議論されたこともなく、また本件のように検察官による抗告がなされた例も存在しないため、二つの理論的説明が可能である、ということに過ぎない。

(21) この点については、実務的にも統一的な扱いが確立していないように思われる。その一例として、名張事件の七次請求を見てみると。請求審の開始決定に死刑の執行を停止するとの決定が付されたのに対して、異議審決定は再審請求を取り消すしながら、死刑の執行停止については言及しなかつた。これに対してこの異議審決定が特別抗告によつて破棄された後の差戻し異議審決定では、同じく再審請求棄却の結論であつたものの、決定理由の最後に死刑の執行停止決定を取り消す旨の言及があるのである。

(22) 前掲『注解刑事訴訟法下巻(全訂新版)』三六六頁【高田卓爾】。この説は上記の第一の考え方と親和性があることに

なる。

(23) 時武英男「訴訟手続に關し判決前にした決定の意義」熊谷弘他編『公判法大系IV』（日本評論社、一九七五年）三六五頁以下。

(24) 前掲『条解刑事訴訟法第四版』一一〇三一一〇四頁。

(25) 実際、東電OL殺人事件では、請求人不在のまま異議審の手續が進められだし、再審公判も被告人不在のまま進められている。

(26) 最高裁判例の中には、付審判請求を棄却する決定について、それが刑訴法四二〇条の「訴訟手続に關し判決前にした決定」には含まれないとしたうえで、棄却決定に対し、刑訴法四一九条の通常抗告が「何時でも」できるとしたものがある（最大決昭和二八年一二月二二日刑集七卷一三号二五九五頁）。しかし、付審判請求の棄却決定に対する抗告については抗告期間の定めが不要であるとしても、刑訴法四四八条二項の決定は、刑罰執行の継続からの解放が問題になる点で、時間的制約を設けないことは不合理であり、同様に解することはできない。

(27) 東電OL殺人事件では、刑の執行停止決定に条件は付されていなかつた。請求人が不法滞在者として国外退去になることが想定されていたとはいそ、この点でも東住吉事件と東電OL殺人事件には差異がある。