論　　説

利益再審における再審開始決定と再審請求人の身柄

高　倉　新　喜

一　はじめに
二　再審開始決定の確定後の段階での原確定判決の効力と
　　再審請求人の身柄
三　刑訴法448条2項の刑の執行停止決定
四　刑訴法448条2項の刑の執行停止決定に対する検察官の
　　抗告―東住吉事件
五　おわりに

一　はじめに

袴田事件の再審開始決定と東住吉事件の高裁決定および最高裁決定において，再審開始決定の確定前の段階での再審請求人の身柄の問題が表面化した。前者においては，再審開始決定の確定前の段階での死刑の執行（絞首）のための拘置の可否との関係で，また，後者においては，再審開始決定をした再審請求手続の裁判所の刑の執行停止決定（刑訴法448条２項）に対する検察官の抗告の可否との関係で，再審請求人の身柄が問題になった。憲法39条は不利益再審を否定しており，現行刑訴法の再審制度は利益再審である。利益再審において再審開始決定がなされた場合，再審請求人の身柄は，どのように取り扱われるべきなのか。

両者いずれの事件においても，この問題は再審開始決定の確定前の段

階で表面化した。一方,再審開始決定の確定後の段階での再審請求人（正確には元再審請求人）の身柄の問題については，再審開始決定の確定後の段階での原確定判決の効力（とりわけ執行力）との関係で議論が積み重ねられてきた。再審開始決定の確定の前後で，再審請求人の身柄の取り扱いに相違があるのだろうか。後述する再審開始決定確定時説（消滅説）を採るならば，再審開始決定の確定後の段階では，同決定を受けとめて再審請求人の身柄の取り扱いを考えなければならないが，再審開始決定の確定前の段階では，検察官の即時抗告（刑訴法450条）が可能なのだから，再審開始決定は依然として流動的である。その意味で相違が出てくるのはやむを得ない。しかし,利益再審のもとでは,再審開始決定の確定前の段階ならば再審請求人の身柄はどうでもよいということにはならない。再審開始決定の確定後の段階での再審請求人の身柄の問題に対してどのような態度をとるかによって，再審開始決定の確定前の段階での再審請求人の身柄の取り扱いに相違が出てくると思われる。

本稿では，再審開始決定の確定後の段階での再審請求人の身柄の問題に関する議論を原確定判決の効力との関係で概観した上で，袴田事件の再審開始決定の意義と東住吉事件の高裁決定および最高裁決定の意義を検討し，再審開始決定の確定前の段階での再審請求人の身柄の取り扱いについて私見を述べたい。

二　再審開始決定の確定後の段階での原確定判決の効力と再審請求人の身柄

一般的には，再審請求手続で再審開始決定が言い渡されただけでは，事実上はどうであれ[(1)],原確定判決の効力（とりわけ執行力）は消滅せず,刑の執行停止の効力は生じない。しかし，再審開始決定の確定[(2)]後の段階では，原確定判決の効力はどうなるのか。すなわち，再審開始決定の

確定により原確定判決の効力は消滅するのか，それともその確定後も存続するのか，もし存続するならばそれはいつ消滅するのか（再審公判手続での終局判決の言渡し時かその確定時か）が問題になる。このように再審開始決定の確定後の段階での再審請求人の刑の執行は，再審開始決定の確定後の段階での原確定判決の効力の存否およびその消滅時期との関係で問題になるが，この点については見解の対立がある(3)。大きく分けて通説的見解（存続説・再審判決確定時説）と再審開始決定確定時説（消滅説）である。それぞれについて概観する。

1　通説的見解（存続説・再審判決確定時説）

わが国の通説的見解は，再審開始決定の確定に原確定判決の効力（とりわけ執行力）を消滅させる効力はなく，原確定判決の効力は存続すると考えている（存続説）。再審開始決定の確定の前後で，原確定判決の効力が影響を受けることはなく，再審請求人の身柄には基本的な変更は

---

(1)　再審開始決定によって直ちに原確定判決の効力が失われることにはならないが，事実上，「有罪者」という色彩が薄れることは疑いない（三井誠「再審における死刑確定者の地位及び身柄（二・完）」月刊法教1981年6月号（第9号）85頁【以下，「三井・前掲注1・月刊法教・頁数で表記】）。

(2)　再審開始決定は，即時抗告（刑訴法450条），抗告に代わる異議申立て（刑訴法428条2項）による不服申立ての期間を徒過したこと，または，即時抗告，異議申立てが棄却されたことによって確定する（河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法［第二版］第10巻』（青林書院，2013年）159頁［高田昭正執筆］【以下，「高田昭正・前掲注2・大コンメ・頁数」で表記】）。再審開始決定が確定すると，再審請求手続は終了し，再審公判手続の裁判所は，刑訴法449条の場合を除き，原則としてその審級に従い本案事件についての再審の審判を開始しなければならない（刑訴法451条1項）。

(3)　光藤景皎「再審公判の問題」別冊判例タイムズ7号『刑事訴訟法の理論と実務』（1980年）245頁【以下，「光藤・前掲注3・別判タ・頁数」で表記】）参照。もっとも，裁判所が再審開始決定と同時に原則として身柄を釈放する慣行が一般化すれば，これらの対立する見解について細かに議論する必要性は事実上薄れるだろう。三井・前掲注1・月刊法教・89頁参照。

ないとされ，裁判実務もそのように動いている[4]。再審開始決定の確定それ自体には原確定判決の効力を消滅させる効力はないから，これに基づく刑の執行を継続することは法的には何ら違法はないことになる。裁判所の裁量で刑の執行が停止されることがあるとしても，再審開始決定の確定によっては原確定判決の効力は消滅せず，原確定判決に基づいて刑の執行を受けている再審請求人について，その受刑者としての法的地位に変更はないとされる。

このように通説的見解は存続説を前提とした上で，①原確定判決の効力は，再審開始決定の確定によってではなく，再審公判手続での終局判決（刑訴法451条１項）の確定によって初めて消滅すると理解していた（再審判決確定時説）[5]。存続説と再審判決確定時説を前提とする通説的見解によれば，②再審開始決定が確定しても，再審開始決定と同時に，またはその後の再審公判手続での終局判決の確定までの間に，裁判所の裁量によって「決定で刑の執行を停止することができる」（刑訴法448条２項）にすぎない。原確定判決の効力が存続していても再審開始決定の

⑷　松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第４版〕』（弘文堂，2009年）1146－1147頁【以下，「松尾・前掲注４・条解・頁数」で表記】，伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法〔新版〕第７巻』（立花書房,2000年）178頁［臼井滋夫＝河村博補正］【以下，「臼井＝河村補正・前掲注４・注釈・頁数」で表記】，高田昭正・前掲注２・大コンメ・159頁参照。

⑸　臼井滋夫「再審」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編第12巻』（有斐閣，1957年）2758頁，2768頁【以下，「臼井・前掲注５・実務講座・頁数」で表記】，平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣，1958年）343頁，井戸田侃「再審」『刑事訴訟法講座第３巻』（有斐閣，1964年）206頁（同『刑事手続構造論の展開』（有斐閣，1982年）に所収），団藤重光『新刑事訴訟法綱要　七訂版』（創文社，1967年）596頁，青柳文雄ほか『註釈刑事訴訟法第４巻』（立花書房，1981年）488頁［臼井滋夫執筆］，平良木登規男「再審公判手続をめぐる諸問題」『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集・法律学科篇』（1990年）453頁，松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』（有斐閣，1992年）587頁［小林充＝小西秀宣執筆］，井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣，1993年）320頁等。

言渡し後に原確定判決の効力を停止するのが妥当な場合には，裁判所の裁量による刑の執行停止決定で対処すればよいと考えるのである[(6)]。刑訴法448条２項は，再審開始決定の確定の前後で処理を分けて論じてはおらず，原確定判決の効力が存続することを前提としていると解される。また，③刑訴法443条１項は再審請求の取下げを定めているが，時期的制限の明示はなく，単に「再審の請求は，これを取り下げることができる」とするだけであるから，再審公判手続での終局判決の言渡しの時点まで取り下げることができると解している[(7)]。再審開始決定の確定は原確定判決の効力に影響を及ぼすものでない以上，443条１項は再審開始決定の確定前の段階のみならず確定後の段階での再審請求の取下げをも認めているとの前提に立っている。

このように通説的見解には，刑訴法448条２項と同443条１項という条文上の根拠がある[(8)]。すなわち，上記②および③を根拠として上記①を主張している。通説的見解を支えているものは，後述する再審開始決定確定時説（消滅説）には明文の根拠規定がないことと，現行刑訴法の再審制度が再審請求手続と再審公判手続との二段階構造をとっていることであるように思われる。何よりも通説的見解の根底には，原確定判決の

⑹　福原道雄「判批」研修788号（2014年）5－6頁，福原道雄「判批」警論67巻７号（2014年）177頁，臼井＝河村補正・前掲注４・注釈・178－179頁参照。再審の請求後再審の請求についての裁判があるまでの間については，検察官の裁量により刑の執行を停止することができる（刑訴法442条但書）。

⑺　田宮裕『注釈刑事訴訟法』（有斐閣，1980年）490頁，小野清一郎ほか『ポケット註釈全書・刑事訴訟法（下）〔新版〕』（有斐閣，1986年）1179頁，臼井＝河村補正・前掲注４・注釈・178頁，臼井・前掲注５・実務講座・2746頁。なお，平野・前掲注５・342頁は，再審開始決定があるまでと解すべきであるという。

⑻　小田中聰樹「再審開始決定の確定と確定有罪判決の効力」『ゼミナール刑事訴訟法（上）－争点編』（有斐閣，1987年）233－235頁（初出1983年）【以下，「小田中・前掲注８・ゼミナール・頁数」で表記】参照。

無謬性を再審公判手続での終局判決の確定まで貫徹しようという意図があるが，これが，無辜の救済の理念に立つ現行刑訴法の利益再審[9]と相容れないことは明らかである[10]。

なお，通説的見解については，再審公判手続で無罪判決の言渡しがあったのに被告人の身柄を釈放しないことは，通常の公判手続で無罪判決により勾留状が失効する（刑訴法345条）ことと対比して疑問であるとの批判がある。この批判を考慮したのが再審判決言渡時説である[11]。これは，再審公判手続での無罪判決の言渡しによって原確定判決の効力が消滅するため，これ以後は刑の執行や死刑の執行のための拘置の執行ができないとするものである。

⑼　水谷規男「再審開始決定に伴う刑の執行停止決定について」阪法６２巻３・４号（2012年）628頁参照。

⑽　小田中聰樹ほか「刑事再審の新展開」法時55巻10号（1983年）19－20頁［光藤景皎発言］，小田中聰樹「再審の二，三の問題について―再審開始決定の効力を中心に」『現代司法と刑事訴訟の改革課題』（日本評論社，1995年）270－271頁（初出1984年）【以下，「小田中・前掲注10・改革・頁数」で表記】，鈴木茂嗣「再審請求審理手続」光藤景皎編『事実誤認と救済』（成文堂，1997年）227頁【以下，「鈴木・前掲注10・事実誤認と救済・頁数」で表記】，新屋達之「横浜事件再審判決の問題点（２・完）」大宮ロー６号（2010年）35－36頁参照。

憲法上再審が既判力よりも優位に立つ以上，有罪判決に限っていえば既判力といっても相対化された弱いものである。田口守一＝白取祐司「二重の危険と上訴・再審」光藤景皎編『事実誤認と救済』（成文堂，1997年）107頁［白取執筆］，鈴木茂嗣「再審手続の基本構造」『続・刑事訴訟の基本構造下巻』（成文堂，1997年）655頁，657頁（初出1981年）【以下，「鈴木・前掲注10・基本構造・頁数」で表記】参照。

なお，田中輝和「刑事確定力論と再審法論との関係―K・ペータースの場合についての素描―」庭山英雄先生古稀祝賀記念論文集『民衆司法と刑事法学』（現代人文社，1999年）306－308頁は，ペータースの学説を分析した上で，確定力があることとそれが実体的真実に立脚していることとは厳密に区別されるべきことを説いている。

２　原確定判決が死刑判決である場合に再審開始決定がなされたときと通説的見解

原確定判決が死刑判決である場合に再審開始決定がなされたとき，その後の死刑確定者の身柄はどうなるのか。死刑の執行（絞首）のための拘置（未だ執行停止されていない部分）は，生命刑ではない自由刑の受刑者の場合とは異なる特有の問題がある[12]。すなわち，確定死刑判決を受けた再審請求人について再審開始決定がなされた場合にも刑訴法448条２項により刑の執行停止決定をすることできるが，特に原確定判決が死刑判決である場合，死刑の「執行に至るまで」「刑事施設に拘置する」（刑法11条２項）となっている点（拘禁の性質）をどのように解するかという特有の問題がある。原確定判決が死刑判決である場合，再審開始決定の際に刑の執行停止決定ができるとはいっても，実際に刑の執行が停止されるのは死刑の執行（絞首）の点だけであり，そのために行われている拘置の点には刑の執行停止決定の効力は及ばない，と裁判実務では解されてきた。再審公判手続で無罪判決がなされた場合でも，その確

⑾　田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣，1996年）510頁，田宮裕『演習刑事訴訟法』（有斐閣，1983年）349頁以下，田宮裕「免田無罪判決にみる誤判の構造」ジュリ799号（1983年）36頁，高田卓爾編『判例コンメンタール・刑事訴訟法Ⅱ』（三省堂，1976年）748頁［鈴木義男執筆］，松尾・前掲注４・条解・1148頁，小野ほか・前掲注７・1183頁。この説に対する批判として，小田中・前掲注10・改革・268頁参照。なお，光藤景皎「再審開始決定の確定と身柄の問題」法学セミナー増刊『日本の冤罪』（1983年）191頁注４【以下，「光藤・前掲注11・日本の冤罪・頁数」で表記】も参照。

⑿　自由刑の受刑者の場合にこの問題が顕在化することは，まず考えられない。裁判所は再審開始決定と同時に刑訴法448条２項により刑の執行停止決定をするのがふつうだからである。三井誠ほか編『新基本法コンメンタール・刑事訴訟法［第２版］（別冊法学セミナー228号）』（日本評論社，2014年）615－616頁［駒田秀和執筆］，小田中・前掲注８・ゼミナール・227頁，240頁，小田中・前掲注10・改革・264－265頁，光藤・前掲注11・日本の冤罪・184頁，松尾・前掲注４・条解・1147頁参照。

定までは原確定判決の効力は消滅しないという通説的見解によれば，死刑の執行のための拘置を継続しても法的には何ら違法はないことになる。その根底には，死刑の執行のための拘置は刑の執行でも未決勾留でもない独特の拘禁（「死刑執行を確保するための措置」「死刑執行のため刑法が特別に創設した身柄拘束」）であり，死刑の執行停止決定がなされた場合の拘置について明文の根拠規定がないので，死刑の執行停止決定の効力は拘置の点には及ばない，という考え方がある[13]。

現に免田事件（熊本地八代支判昭58・７・15判時1090号21頁）[14]と財田川事件（高松地判昭59・３・12判時1107号13頁）[15]では，裁判所は再審開始決定と同時に再審請求人に対する死刑の執行停止決定をしたが，これは絞首の執行停止のみを意味し，絞首のための拘置の執行を停止するものではないとの解釈論をもとに，再審公判手続の間も被告人（元再審請求人）の身柄拘束が継続され，同手続で無罪判決の言渡しがあった直後に検察官が刑訴法442条但書によって身柄拘束を解くという運用がなされた[16]。松山事件（仙台地判昭59・７・11判時1127号34頁）[17]と島田事件（静岡地判平１・１・31判時1316号21頁）[18]では，再審公判手続の裁判所が無罪判決の言渡しと同時に刑訴法448条２項により拘置の執行を停止している[19]。この処理の根底には，①再審開始決定が確定しても原確定判決の効力は消滅しない，②死刑の執行停止決定は絞首の点にのみ及び拘置の点には及ばない，③原確定判決の効力は，再審公判手続での終局判決の確定によって初めて消滅する，という通説的見解の考え方がある[20]。

⒀　免田事件の熊本地八代支見解昭56・6・5判時1004号36頁参照。

⒁　光藤景皎「判批」月刊法教40号（1984年）86頁，福井厚「判批」昭和58年度重判解（ジュリ815号）（1984年）185頁参照。

⒂　高田昭正「判批」月刊法教46号（1984年）76頁参照。

免田事件の熊本地八代支見解昭56・6・5判時1004号36頁(21)は，再審開始決定が確定しても原確定判決の効力は形式的のみならず実質的にも消滅せず，原確定判決の効力は再審公判手続での終局判決が確定した時に初めて消滅するという結論を解釈論上とらざるを得ない理由として，①再審開始決定の確定により原確定判決の効力を消滅させる明文の根拠規定がないこと，②刑訴法448条２項は，再審開始決定の確定後の段階でも原確定判決の効力が存続することを前提にしていること，③再審開始決定の確定後の段階でも再審請求の取下げ（刑訴法443条１項）が可能である以上，再審開始決定の確定後の段階でも原確定判決の効力は消滅していないと解さざるを得ないこと（さもなければ，再審開始決定の確定によって一度消滅した原確定判決の効力が，再審請求の取下げによって再び効力を取り戻す事態となり，再審請求人の意思によって原確定判

⒃　小田中・前掲注10・改革・240－241頁，鈴木・前掲注10・事実誤認と救済・227頁，松尾・前掲注４・条解・1148頁，三井ほか・前掲注12・616頁［駒田執筆］，高田昭正・前掲注２・大コンメ・160－161頁参照。しかし，刑訴法442条但書は「再審の請求についての裁判があるまで」（再審開始決定または再審請求棄却決定まで）と限定しているのに，再審公判手続の終局判決時にこれを適用できるのであろうか。また，刑訴法448条２項の「刑（の執行停止）」に「拘置（の執行停止）」は含まれないとしながら刑訴法442条但書のそれには含まれるとするのは整合性を欠く。さらに，再審開始決定後の身柄の問題を検察官の裁量に委ねるのは相当ではない。小田中・前掲注８・ゼミナール・241－242頁，鈴木・前掲注10・事実誤認と救済・227－228頁，小田中ほか・前掲注10・17－18頁［光藤景皎発言］［村井敏邦発言］，福井・前掲注14・188－189頁参照。

⒄　椎橋隆幸「判批」昭和59年度重判解（ジュリ838号）（1985年）204頁，田中輝和「判批」月刊法教49号（1984年）132頁参照。

⒅　米山耕二「判批」法教114号（1990年）88頁参照。

⒆　後藤昭＝白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法［第２版］』（日本評論社，2013年）1092頁注42［水谷規男執筆］，松尾・前掲注４・条解・1148頁，三井ほか・前掲注12・616頁［駒田執筆］，椎橋・前掲注17・207頁参照。

⒇　小田中・前掲注８・ゼミナール・232－233頁，光藤・前掲注11・日本の冤罪・184頁参照。

㉑　横山晃一郎＝大久保哲「判批」法セ324号（1982年）152頁参照。

決の効力が左右される結果になる），④現行刑訴法の再審制度が再審請求手続と再審公判手続との二段階構造を採用していること，⑤刑訴法435条６号には「原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき」場合があることを挙げた⑵2。これはまさに通説的見解であるが，財田川事件と松山事件の再審公判手続の裁判所でも受け入れられた。

しかし，拘置は死刑の執行（絞首）のために認められているものであり，いわば主たる死刑の執行に対して従たる関係にある。通説的見解によれば，明文の根拠規定がないのに，主たる死刑の執行が停止されながら従たる拘置のみが無目的的に継続することになるが，これをどのようにして正当化するのであろうか[23]。刑訴法448条２項は，「再審開始の決定をしたときは，決定で刑の執行を停止することができる」としているのだから，拘置の執行停止を再審公判手続まで待つ必要はなく，再審請求手続の裁判所が再審開始決定と同時に死刑の執行停止および拘置の執行停止の決定ができると解することは可能である。この点，松山事件の仙台地見解昭59・3・6判時1115号88頁は，①拘置は固有の意味の刑ではないが，死刑の執行の前置手続として，広く死刑の執行手続の一環をなすとみられ，448条２項の「刑」にこれが含まれると解することが十分

---

(22)　なお，同見解は，死刑の執行停止がなされた場合に拘置をどうすべきかは立法政策の問題であるとしている。

(23)　小田中・前掲注８・ゼミナール・241頁，鈴木・前掲注10・事実誤認と救済・228頁，光藤・前掲注11・日本の冤罪・190頁注３，小田中ほか・前掲注10・19頁［村井敏邦発言］参照。もっとも，少なくとも再審開始決定の確定前の段階では，回復不能の不正義が生ずるおそれや，不服申立てによる再審開始決定の取消しの可能性があるなどの諸事情を考慮すると，刑訴法448条２項による死刑の執行停止の裁量が当然拘置の停止をももたらすとは言いにくいであろう（三井・前掲注１・月刊法教・89頁。福原・前掲注６・研修788号８頁，福原・前掲注６・警論67巻７号179－180頁も参照）。少なくとも，死刑の執行と拘置を常に一体不可分とみるのは妥当ではないといわざるを得ない（三井・前掲注１・月刊法教・89頁）。

に可能であること，②裁判所（再審開始決定をした裁判所のみならず再審公判手続の裁判所も）が448条２項の刑の執行停止の裁量権を有するのは，被告人を救済するという理念に立つものであって，原確定判決による死刑の執行停止はできるが，拘置の執行停止は再審公判手続での終局判決の確定まで法的に不可能であると解することは，あまりに不当な結果をもたらすことを理由に，448条２項の「刑の執行を停止する」とは，死刑の執行を停止することだけでなく拘置の執行を停止することをも含むとの見解を示した（ただし，結論的には拘置の執行を停止するのは相当ではないとした）。もっとも，松山事件の再審公判手続の裁判所が448条２項の権限を無罪判決と同時に行使したことには疑問がある(24)。448条２項の刑の執行停止決定は，再審請求手続の段階においてのみ（すなわち再審開始決定の確定時まで）認められるものではなかろうか。

３　通説的見解に対する批判

このような通説的見解（存続説・再審判決確定時説）の解釈論は，旧（大正）刑訴法の時代から主張されてきた。ところが，通説的見解に対して強い批判が研究者や弁護士からなされるようになった（それゆえ本稿では，この見解を「通説」とは呼ばずに「通説的見解」と呼んでいる）。すなわち，後述する高田卓爾説と竹澤説と再審開始決定確定時説（消滅説）である。

---

(24)　篠倉満「判批」刑事訴訟法判例百選（第５版）（別冊ジュリ89号）（1986年）267頁，小田中・前掲注８・ゼミナール・242頁参照。なお，臼井滋夫「判批」刑事訴訟法判例百選（第６版）（別冊ジュリ119号）（1992年）219頁は，同見解に賛成している。松山事件，財田川事件，免田事件，島田事件の４大事件のいずれにおいても，裁判所が再審開始決定をして，刑訴法448条２項により「死刑の執行を停止する」決定をした後も，拘置が続いた（三井・前掲注１・月刊法教88－89頁）。

（1）高田卓爾説

この説は，「再審請求人の法的地位は何か」という視点からの批判である。前述のように通説的見解によれば，再審開始決定の確定の前後で原確定判決の効力は影響を受けないはずであるが，再審開始決定が確定すると再審公判手続が開かれる（刑訴法451条1項）から，原確定判決を受けた再審請求人は自動的に「被告人」となる（刑訴法451条3項は「被告人」という文言を用いている）。したがって再審請求人は，原確定判決による受刑者としての法的地位と再審公判手続の「被告人」としての法的地位を併有することになる[25]。この説は，この点に着目した批判である。

すなわち，再審開始決定の確定後の段階でも原確定判決の効力がそのまま存続する（したがって，再審公判手続での終局判決の確定によって原確定判決の効力が当然に消滅する）としながらも，「およそ同一事件について同一人が被告人であると同時に受刑者であるというがごとき事態は法的に許容しがたい」ことを理由に，再審開始決定の確定後の段階では刑の執行の対象となる者がいなくなるので刑の執行が当然に停止される（もはや刑の執行を続けることは許されず，再審請求人の身柄は直ちに釈放される）というのである[26]。原確定判決はそのまま存続するが，ただ刑の執行の対象となる者が存在しなくなると考えるのである。この説によれば，一度再審開始決定が確定してしまえば，もはや裁判所の裁量による刑の執行停止（刑訴法448条2項）を問題にする余地がなくなる[27]。

この説は，再審公判手続での終局判決の確定によって初めて原確定判決の効力が消滅するという通説的見解に抵触しないで，刑の執行停止

---

(25) 三井ほか・前掲注12・615頁［駒田執筆］。

(26) 平場安治ほか『注解刑事訴訟法下巻〔全訂新版〕』（青林書院新社，1983年）372－373頁［高田卓爾執筆］，高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（青林書院新社，1984年）606頁。

を論拠づけることができる点で説得力がある[28]。もっとも，なぜ受刑者としての法的地位がなくなるかの実質的理由づけが必要である[29]。また，原確定判決の効力が存続すると解する限り，受刑者としての法的地位と被告人としての法的地位の併有は認めざるを得ない，再審公判手続の「被告人」と通常の公判手続の「被告人」を同一視するには原確定判決の効力を消滅させる必要がある（少なくとも原確定判決の執行力を消滅させる必要がある）との批判がなされる[30]。

（2）竹澤説

この説は，通説的見解が再審開始決定の確定によっても原確定判決の効力には影響がないとする点を疑問視する。すなわち，再審開始決定の確定は，原確定判決の心証を覆して無罪判決を言渡すべき証拠関係にある，つまり無罪判決を言渡すべき理由があるとの判断の確定と同然であるから，それは刑の執行という身柄拘束の実質的理由を消滅させる（原確定判決が自由刑の場合も死刑の場合も，裁判所は特段の事由がない限り刑の執行を停止して刑の執行としての身柄の拘禁を解かなければならない）ものであるという[31]。通説的見解と同様に，再審開始決定の確定後の段階でも再審請求人について原確定判決による受刑者たる身分（法

⑵⑺　通説的見解においても，裁判所が刑の執行を停止することによって身柄を釈放していればさほど問題はないが，それは裁判所の裁量によるのだから釈放されない事態も生じうる。高田卓爾説と通説的見解との相違は重大である（三井・前掲注１・月刊法教・86頁）。

⑵⑻　後述する再審開始決定確定時説については，「原確定判決の法的存在と，その確定力の行使の阻止」という論理に疑問をもつ向きがあるが，高田卓爾説は，これを避けることができる（光藤・前掲注３・別例タ・246頁）。

⑵⑼　光藤・前掲注３・別判タ・246頁。

⑶⑽　三井誠「再審手続の構造」鴨良弼編『刑事再審の研究』（成文堂，1980年）185－186頁（初出1980年）【以下，「三井・前掲注30・刑事再審の研究・頁数」で表記】，三井・前掲注１・月刊法教・87頁，鈴木・前掲注10・基本構造・665頁。

⑶⑴　竹沢哲夫「再審手続と検察官関与の問題点」法時53巻５号（1981年）20頁。

的地位）が存続しているとしながらも，その身分は「実質を全く欠いた形骸」に過ぎず，この身分の存続を理由に裁判所が刑の執行の継続を認める事態が生じたとすれば，それは刑訴法448条２項の裁量権を濫用した違法拘禁との判断を免れないという[32]。この説は，裁判所の裁量権を制約する形で，結論的には高田卓爾説と同様に再審請求人の身柄を釈放することにつながる。

もっとも，再審開始決定の確定が「有罪判決の実質を否定し」「無罪判決を言渡すべき理由があるとの判断の確定と同然である」のならば，義務的にしろ，刑訴法448条２項により裁判所の刑の執行停止決定が宣言されて初めて身柄拘束が解かれるのではなく，再審開始決定の確定をもって当然身柄が釈放されると解すべきではないかとの批判がなされる[33]。

４　再審開始決定確定時説（消滅説）

この説は，前述の通説的見解（とりわけ存続説）と対立する関係にある。すなわち，再審開始決定の確定後の段階での原確定判決の効力の存続を前提とする通説的見解，高田卓爾説および竹澤説に対して，再審開始決定の確定により原確定判決の効力が実質的に消滅すると主張するものである（消滅説）[34]。再審請求手続での審理の実態およびこれに基づ

---

(32)　竹沢哲夫「再審手続と検察官関与の問題点」法時53巻５号（1981年）20頁。

(33)　三井・前掲注１・月刊法教・87頁。

(34)　光藤景皎「再審の基本構造」鴨良弼編『刑事再審の研究』（成文堂，1980年）60－62頁（初出1979年）【以下，「光藤・前掲注34・刑事再審の研究・頁数」で表記】，鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院，1990年）328－329頁，光藤景皎『口述刑事訴訟法　下』（成文堂，2005年）108頁，光藤・前掲注11・日本の冤罪・184頁以下，光藤・前掲注３・別判タ・245－246頁，三井・前掲注30・刑事再審の研究・185－188頁，三井・前掲注１・月刊法教・85頁以下，小田中・前掲注10・改革・264－280頁，小田中・前掲注８・ゼミナール・226頁以下，鈴木・前掲注10・基本構造・665－666頁，鈴木・前掲注10・事実誤認と救済・227－228頁参照。

いてなされる再審開始決定の実質的意義を重視する発想に立ち[35]，原確定判決の効力の実質的な消滅による刑の執行停止の必要性を主張する[36]。通説的見解に対する疑問から主張された有力な学説である。

通説的見解のように再審開始決定の確定後の段階でも原確定判決の効力が依然として存続しているのならば，再審公判手続は，本来原確定判決の当否を審判対象としてこれを維持するか取り消すかの審理になるはずであるが，実際には新たなやり直しの審判だと考えられている[37]。通説的見解は，この実態とマッチしない[38]。

現行刑訴法の再審制度は，旧（大正）刑訴法の再審請求手続と再審公判手続との二段階構造を受け継いでいるが，その旧刑訴法においては再審開始決定の確定だけでは原確定判決の効力に影響はないと考えられたために，通説的見解もこの考え方を受け継いだものと思われる。しかし，現行刑訴法は，旧刑訴法で採用されていた不利益再審を廃止して利益再審のみを採用したのだから，現行刑訴法の再審の構造が旧刑訴法と同一の二段階構造であることをもってこの考え方を受け継ぐ必然性はない[39]。

現行刑訴法における再審請求手続での再審開始決定は，原確定判決の

---

(35) 横山＝大久保・前掲注21・153頁参照。

(36) 小田中・前掲注10・改革・270頁。

(37) 三井・前掲注１・月刊法教・87－88頁，三井・前掲注30・刑事再審の研究・187頁。なお，藤野英一「再審開始決定について」判タ117号（1961年）28頁，光藤・前掲注３・別判タ・246頁も参照。

(38) ただし，刑訴法435条6号の再審請求理由（「原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき」）が認められたときは，例外的に，再審開始決定の確定後の段階でも刑の執行は継続する（三井・前掲注30・刑事再審の研究・187頁）。この点，「例外」とすることに対して疑問を示すものとして，小田中・前掲注８・ゼミナール・238－239頁参照。なお，大出良知「刑事訴訟法435条6号の『原判決において認めた罪より軽い罪』の意義」刑弁77号（2014年）172頁も参照。

(39) 三井・前掲注１・月刊法教・87頁，小田中・前掲注８・ゼミナール・233－235頁参照。

事実認定に合理的疑いを抱かせてその認定を覆すに足りる蓋然性があるとしてなされるわけであるから（最一小決昭50・５・20刑集29巻５号177頁），一度それが確定すれば，もはや原確定判決の法的安全性は保証されないこととなり（大阪高判昭37・９・13高刑集15巻６号510頁），いわば原確定判決の効力（とりわけ執行力）は実質的に消滅させられたと考えるのである[40]。再審開始決定の確定によりその効力を実質的に消滅させられた原確定判決の実体的判断には，再審開始決定が認定した合理的疑いが付着しており，その意味でその実体的判断は，再審開始決定の確定により単に確定力を奪われて未確定の状態に置かれ，やがて再審公判手続での終局判決の確定とともに手続的に消滅するというにとどまらず，実体的にも再審開始決定によって消滅したに等しい状態に置かれるのである[41]。こうなった以上，もはや刑の執行は違法性を帯びると考えざるを得ないのであり，「刑の執行の利益に」ということで刑の執行を継続することは，確定再審開始決定と矛盾する[42]。この説の結論は，再審開始決定の確定後の段階で「無罪の推定」を受ける権利を憲法上与え

⑽ 三井・前掲注１・月刊法教・87頁，三井・前掲注30・刑事再審の研究・187頁，光藤・前掲注11・日本の冤罪・190頁，高田昭正・前掲注２・大コンメ・162頁参照。ただし，再審開始決定の確定により原確定判決のもつ一切の法的効力が失われたとみるのは行き過ぎというべきであろう（三井・前掲注30・刑事再審の研究・187－188頁。光藤・前掲注11・日本の冤罪・190頁も参照）。また，再審開始決定の確定により原確定判決の実体的確定力が破られるということと，原確定判決の実体的判断そのものが消滅することとを混同するべきではない（小田中・前掲注８・ゼミナール・235頁）。

なお，執行力の消滅のみを指摘して形式的確定力の点に言及しないことは，実体的確定力の法的消滅ではなく事実上の消滅（または実質的消滅）というやや曖昧な理論構成をとる主張や，執行力消滅としながら執行停止とすべきだという矛盾した主張などに微妙に結び付く（小田中・前掲注10・改革・271頁）。「再審開始決定の確定により確定有罪判決の形式的確定力が消滅し，これに伴い実体的確定力も破られる」と考えるのか，「実体的確定力が失われると同時に形式的確定力も奪われる」と考えるのか，の問題については，小田中・前掲注10・改革・275－277頁参照。

られる「被告人」となった再審請求人の法的地位に最も合致する(43)。

再審開始決定確定時説によれば，再審請求手続の裁判所による刑の執行停止決定の効力が及ぶ時間的範囲は，自ずと再審開始決定の確定時までに限定される(44)。再審開始決定の告知からその確定までは，再審請求手続の裁判所が刑訴法448条２項により，その裁量で刑の執行停止決定ができる。しかし，再審開始決定の確定後の段階では，原確定判決の効力が実質的に消滅するから，再審請求手続の裁判所の裁量による刑の執行停止は問題にならない。通説的見解のように再審開始決定の確定後の段階でも刑の執行停止が裁判所の裁量に委ねられるとすることは，再審開始決定の確定によりその効力を消滅させられた原確定判決の実体的判断に合理的疑いが付着しているという状態と余りにそぐわない(45)。448条２項が再審開始決定の際に刑の執行停止決定をすることができるとしているのは，主として即時抗告（刑訴法450条）に備えたものであり，再審開始決定の告知からその確定までの事態に対処するためであると解される(46)。

---

(41) 小田中・前掲注８・ゼミナール・236頁，光藤・前掲注11・日本の冤罪・185頁参照。原確定判決は，刑訴法上，再審公判手続での終局判決の確定時において，その（すでに効力なき）存在を否定されて「消滅」すると解する（高田昭正・前掲注２・大コンメ・163頁）。

(42) 光藤景皎「誤った確定判決の執行」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第４巻』（有斐閣，1985年）290頁，光藤・前掲注11・日本の冤罪・188－190頁，高田昭正・前掲注２・大コンメ・163頁参照。

(43) 小田中・前掲注８・ゼミナール・236－237頁。

(44) もっとも，例外的に「原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき」（刑訴法435条６号）との再審理由が認められた場合や併合罪関係の一部事実についてだけ再審理由があるとされた場合などで，事情によっては再審開始決定の確定後の段階でも刑の執行停止が裁量的になることがあると考えることはできる（三井・前掲注１・月刊法教・88頁）。

(45) 小田中・前掲注８・ゼミナール・237頁。

(46) 鈴木・前掲注10・基本構造・666頁，鈴木・前掲注10・事実誤認と救済・228頁，光藤・前掲注11・日本の冤罪・190頁。

再審開始決定確定時説によれば，刑訴法443条１項の再審請求の取下げは，再審開始決定の確定前の段階に限られると解される[47]。不利益再審を廃止した現行刑訴法では，再審請求の取下げが許されるのは再審開始決定が確定するまでであり，それ以後は取下げをする実益に欠けるからである[48]。前述のように通説的見解は，再審開始決定の確定が原確定判決の効力に影響を及ぼすものでない以上，443条１項は再審開始決定の確定前の段階だけでなく確定後の段階での再審請求の取下げをも認めているとの前提に立っているが，このことは，原確定判決には合理的疑いがあることが確定再審開始決定によって認められたにもかかわらず，再審請求の取下げを認めることで合理的疑いの付着する原確定判決に基づいて刑の執行を行うことを認めることになり，現行刑訴法の再審制度の無辜の救済の理念と合致しない[49]。

再審開始決定確定時説によれば，たとえ刑訴法448条２項による刑の執行停止決定がない場合でも，再審開始決定が確定すれば，もはや原確定判決の効力も身柄拘束の根拠も消滅するので，検察官は直ちに，再審公判手続での無罪判決の言渡しを待つことなく，原確定判決により服役中または死刑執行のための拘置中の再審請求人について，その身柄の釈放を指揮しなければならない[50]。再審請求人は再審開始決定の確定と同時に「被告人」としての法的地位に立つことになるので，これ以降の身柄保全は，一般原則に従い，もっぱら被告人勾留（再審公判手続の裁判

⑷7　小田中・前掲注８・ゼミナール232頁，238頁，鈴木・前掲注10・基本構造・666頁，光藤・前掲注11・日本の冤罪・185頁。

⑷8　三井･前掲注１･月刊法教･88頁,三井･前掲注30･刑事再審の研究･187頁。

⑷9　小田中・前掲注８・ゼミナール・238頁。

⑸0　三井・前掲注１・月刊法教・88頁，小田中・前掲注８・ゼミナール・239－240頁，鈴木・前掲注10・事実誤認と救済・228頁，高田昭正・前掲注２・大コンメ・163頁。

所による職権勾留）の問題として明示的に処理すべきものとなる[51]。もし再審開始決定の確定後の段階で勾留手続もふまずに身柄拘束を継続するならば違法に監禁したことになるから，人身保護法２条・４条による救済の対象となり[52]，また，この状態で再審公判手続が開始されたならば，その手続は重大な違法が付着することになる[53]。

三　刑訴法448条2項の刑の執行停止決定

1　裁判所の裁量

これまで再審開始決定の確定後の段階での原確定判決の効力と再審請求人の身柄について概観したが，再審開始決定の確定前の段階，それも再審請求人が再審の請求をしただけの段階では，その者は依然として原確定判決を受けた者であって受刑者としての法的地位に何ら変化はないのだから，その身柄についても検察官が刑訴法442条但書により「再審の請求についての裁判があるまで」「刑の執行を停止することができる」だけである[54]。刑訴法448条１項により再審開始決定がなされれば，原確定判決の事実認定につき合理的疑いが生じたことになるので，再審開始決定をした裁判所が再審開始決定の確定まで刑訴法448条２項によ

⑸1　鈴木・前掲注10・事実誤認と救済・228頁。もっとも，原確定判決には「合理的疑い」があり無罪判決を言渡すべき蓋然性があることが確定再審開始決定により認められている状況で，勾留の要件である「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」（刑訴法60条１項）があるとすることは困難であろう（小田中・前掲注８・ゼミナール・240頁，三井・前掲注１・月刊法教・88頁）。

⑸2　三井・前掲注１・月刊法教・88頁，小田中・前掲注８・ゼミナール・239－240頁。

⑸3　小田中・前掲注８・ゼミナール・240頁。

⑸4　再審開始決定があれば検察官の刑の執行停止の処分は失効する。その後においてどうするかは，もっぱら裁判所が決定する。平場ほか・前掲注26・366頁［高田卓爾執筆］，高田昭正・前掲注２・大コンメ・158－159頁参照。

り刑の執行停止決定ができる[55]。もっとも，再審開始決定が確定するまでは検察官が同決定に対して即時抗告をすることができ（刑訴法450条），原確定判決の効力が消滅するわけではないから，刑の執行停止決定は必要的なものではなく，裁判所の裁量とされる[56]。確かに文言を見る限り，再審開始決定の確定前の段階では，448条２項による刑の執行停止決定は，再審開始決定をした裁判所の裁量であるように思われる。しかし，それは全面的な自由裁量ではないであろう。

通説的見解を前提とするならば，再審開始決定の確定前の段階ではなおさらのこと原確定判決の効力（とりわけ執行力）は存続しているのだから，裁判所の裁量で刑の執行停止決定をすることは，再審開始決定の言渡し後に刑の執行を停止しなければ正義に反するような場合に限定されるであろう[57]。再審開始決定の確定前の段階ではなおさらのこと再審請求人の身柄の釈放をなるべく認めない方向で刑訴法448条２項を限定的に適用することになろう。

しかし，仮に通説的見解を前提にするとしても，刑訴法448条２項は再審請求手続の早い段階から刑の執行停止決定をして再審請求人の身柄

---

(55) 再審開始決定と刑の執行停止決定は，別個の決定であると解され，刑の執行停止決定に対しては不服申立てができないと解される（刑訴法450条）。平場ほか・前掲注26・366頁［高田卓爾執筆］，臼井＝河村補正・前掲注４・注釈・179頁参照。もっとも，刑の執行停止決定に対しては刑訴法450条の即時抗告ができないという意味なのか，刑の執行停止決定に対しては不服申立てが一般的にできないことまで意味しているのかについては，明らかでない（福原・前掲注６・研修788号6－7頁，福原・前掲注６・警論67巻７号178頁）。

(56) このように刑訴法448条は，再審開始決定それ自体には刑の執行停止の効力を認めない構造になっている。裁判所の裁量は，あくまでも職権によるのであって，再審請求人その他の者に請求ないし申立ての権利は認められない（臼井＝河村補正・前掲注４・注釈・179頁）。

(57) 福原・前掲注６・研修788号5－6頁，福原・前掲注６・警論67巻７号177頁。

を釈放することを認めていると解することができる[58]。特に刑訴法435条6号に基づく再審開始決定がなされた場合，同決定がなされたこと自体によって，再審公判手続での無罪判決の蓋然性が極めて高いものとなったといえるのであり，原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再審開始決定をした裁判所が，それにもかかわらず刑の執行の継続を認めることは背理である[59]。再審開始決定の言渡しの時点で刑が執行中(原確定判決が死刑判決の場合には死刑の執行のため拘置中)である場合には，刑の執行の継続が不正義であることが明白になったのだから，裁判所は再審開始決定とともに刑の執行停止決定をするのが当然であろう[60]。448条2項は，再審開始決定をした裁判所に刑の執行停止を義務づけただけでなく，再審開始決定をした裁判所の専権的な刑の執行停止の権限を創設した規定であると解するべきである[61]。かかる解釈論は，無辜の救済という現行刑訴法の再審制度の趣旨にかなうものである[62]。

さらにいえば，刑訴法448条2項により再審請求手続の早い段階から刑の執行停止決定をして再審請求人の身柄を釈放することは，通説的見解ではなく再審開始決定確定時説を前提にしてこそ一層可能なのではなかろうか。確かに再審開始決定確定時説は，再審開始決定の確定後の段階での原確定判決の効力を論じるものであるが，この説を前提とするならば，再審開始決定の確定前の段階での再審請求人の身柄の取り扱いにも影響があると思われる。この説は，再審開始決定が確定した以上，もはや刑の執行は違法性を帯びるのであり，「刑の執行の利益に」という

---

(58) 水谷・前掲注9・634頁

(59) 川崎英明「判批」法時86巻3号（2014年）122頁，123頁注3，水谷・前掲注9・632－633頁，後藤＝白取・前掲注19・1091頁［水谷執筆］参照。

(60) 後藤＝白取・前掲注19・1091頁［水谷執筆］，川崎・前掲注59・122頁。

(61) 川崎・前掲注59・122頁，123頁注5。

(62) 水谷・前掲注9・634頁。

ことで刑の執行を継続することは，確定再審開始決定と矛盾するという考え方をとるのだから，再審開始決定の確定前の段階でもできるだけ無辜の救済を図るべく再審請求人の身柄を釈放する方向で448条２項の刑の執行停止決定がなされる重要なファクターになるはずである。再審開始決定確定時説から見れば，再審開始決定の確定前の段階といえども，再審開始決定を受けた再審請求人は，原確定判決の効力の実質的な消滅により「無罪の推定」を受ける権利を憲法上与えられる「被告人」としての法的地位を得つつあるからである。回復不能の不正義が生じるおそれや再審開始決定の取消しの可能性があるとしても，このような者にはできるだけ早期の身柄の釈放によって利益再審の恩恵を与えようという発想になると思われる。少なくとも，再審開始決定の前後で原確定判決の効力が影響を受けることはないとする通説的見解を前提とする限り，再審開始決定の確定前の段階でできるだけ無辜の救済を図るべく再審請求人の身柄を釈放するという発想は生まれにくい。

２　袴田事件の再審開始決定―静岡地決平26・３・27判時2235号113頁

2014（平成26）年３月27日，（論点は多岐にわたるが）刑訴法448条２項の適用について注目すべき裁判例が出された。袴田事件の再審開始決定[63]である。静岡地方裁判所は，同裁判所が1968（昭和43）年９月11日に袴田巖氏に死刑判決を言い渡していた住居侵入，強盗殺人，放火事件について再審開始決定をして，併せて死刑の執行とともに拘置の執行をも停止する決定をしたのである。

（1）決定要旨

本決定の主文は，「本件について再審を開始する。有罪の言渡を受けた者に対する死刑及び拘置の執行を停止する。」である。

本決定は，刑訴法448条２項の適用と死刑事件の再審請求人の身柄について次のような解釈論を展開している。

［１］「本件は，確定判決の主文が死刑であるから，死刑が執行され取り返しのつかない事態が生じるのを防止するため，死刑の執行を停止すべきであることは当然であるが，本件では，さらに，拘置（刑法11条２項）の執行も併せて停止するのが相当と判断したので，以下，その理由を補足する。

ア　当裁判所は，本件につき，刑事訴訟法435条６号の再審事由があるものと判断した。その再審事由の性質上，再審の審判においては，被告人が無罪となる蓋然性が認められるものである。当裁判所が取り上げた新証拠は，放火に直接関連するものはないが，確定１審以来，放火の点は，それ以前の被害者殺害や財物の取得の問題と一括して考えられており，本件が発覚した経緯等を考慮すれば，放火の点だけが他の犯罪とは別の者による犯行とは考え難いから，結局，放火の点も含めても，Ｅが無罪になる蓋然性が認められるということになる。

イ　刑法11条２項の拘置は，確かに死刑の執行が絞首と定められていることからすれば，死刑自体の執行とはいえない。しかし，拘置は，死刑の執行行為に必然的に付随する前置手続であることは間違いないから，その意味では，死刑執行の一環であり，拘置及び絞首が全体として，

⒀　葛野尋之「袴田事件第二次再審請求における静岡地裁開始決定の意義―刑事司法改革とも関連させて―」生田勝義先生古稀祝賀論文集『自由と安全の刑事法学』（法律文化社，2014年）602頁，守屋克彦「袴田事件の再審開始決定」法時86巻６号（2014年）１頁，小川秀世「袴田事件　証拠のねつ造可能性を認めた画期的判断」刑弁79号（2014年）92頁，小川秀世「袴田事件」矢澤昇治編『再審と科学鑑定―鑑定で「不可知論」は克服できる』（日本評論社，2014年）167頁，「袴田事件，再審開始決定―48年ぶり釈放，『証拠捏造の疑い』静岡地裁が指摘」法セ713号（2014年）6頁参照。

刑事訴訟法448条２項の『刑』に含まれると解釈することが可能である。そうでなければ，懲役刑などとの間に看過しがたい不均衡が生じる。すなわち，仮に無期懲役であっても，無罪の蓋然性があるとして再審開始と共にその刑の執行が停止されれば，身柄が解放されて自由になるのに，死刑だと，同じく無罪の蓋然性がある場合（極端な場合としては，真犯人が出現し身代わり犯人であることが客観的にも十分裏付けられ，一見して無罪が明らかなような場合も想定される。）でも，拘置は続き結局は身柄拘束が続かざるを得なくなってしまう。これは，明らかに著しく不均衡である。さらには，この執行停止の中に死刑に伴う拘置が含まれないとすると，再審の審判で無罪の言渡しがあっても，これが確定するまでは拘置が続かざる〔ママ〕得ないと解されるおそれがあり，これは通常の公判手続で無罪の言渡しがあれば，勾留されていても身柄が解放されることと比べて不均衡である。

したがって，刑事訴訟法448条２項は，裁判所の裁量により，死刑のみならず，死刑の執行のための拘置の執行をも停止することを許容する趣旨と解すべきである。」

さらに本決定は，以上の解釈論を前提として再審請求人の身柄保全の必要性にも配慮しながら，拘置の執行停止の可否について本件への当てはめをしている。

［２］「ウ　さらに，本件について拘置の執行を停止するべきか否かを検討する。もとより，死刑は執行されてしまえば取り返しが付かない結果となるのと比べ，拘置は現状を維持するという面が強いから，当然裁量権行使の基準も異なると考えられる。拘置の執行停止の場合，身柄を保全する必要性という観点からの検討も必要となろう。

当裁判所は，そのような観点を含めて検討しても，拘置の執行をも停

止するのが相当と判断した。

その理由の第１としては，現状において，再審の審判で無罪になる相当程度の蓋然性が認められることである。当裁判所が検討してきた弁護人が当審において提出した証拠，とりわけＫのＤＮＡ鑑定については，当裁判所は，複数の専門家による批判を念頭に入れ，批判にある程度の合理性がある場合にはその批判を受け入れた前提で検討を進めたものである。そして，その検討結果は，確定判決が最も重視した５点の衣類が，Ｅの犯人性を基礎付けるものでないことが明らかになったばかりか，ねつ造されたものではないかとの疑いを相当程度生じさせるものである。各味噌漬け実験の結果や５点の衣類の発見経緯等これを補強するような証拠や事情が複数存在することからすれば，現時点で，再審の審判においてＥに無罪判決が下される相当程度の蓋然性が認められる。

第２の理由は，Ｅが極めて長期間死刑の恐怖の下で身柄を拘束されてきたことである。Ｅは，昭和43年確定１審で死刑判決を受けて以来45年以上身柄を拘束され続けた。控訴，上告をするもいずれも棄却され，昭和55年に死刑判決が確定して以来，33年以上も死刑執行の恐怖にさらされながら施設内生活を続けてきた。既に78歳と相当高齢で精神状態も万全ではない。無罪の蓋然性が認められるのに，このような過酷な状況に置かれてきたことは，これ以上の身柄拘束を正当化できなくさせる事情である。

第３の理由は，本件では，５点の衣類という最も重要な証拠が捜査機関によってねつ造された疑いが相当程度あり，その他にも自白調書のほとんどが任意性を否定されたり，清水郵便局で発見された紙幣入りの封筒もねつ造の疑いを払拭できないなど，捜査機関の違法，不当な捜査が存在し，又は疑われる。国家機関が無実の個人を陥れ，45年以上にわたり身体を拘束し続けたことになり，刑事司法の理念からは到底耐え難いことといわなければならない。

他面，前述したＥの年齢や精神状態等を考慮すると，実効性のある手段を用いて逃走を図るおそれは相当低いと考えられる。

以上によれば，本件が４名の尊い命を奪うなどした極めて重大な事案であり，Ｅに対して死刑判決が確定していることを考慮しても，Ｅに対する拘置をこれ以上継続することは，耐え難いほど正義に反する状況にあると言わざるを得ない。一刻も早くＥの身柄を解放すべきである。」

なお，検察官は拘置の執行停止の判断について抗告したが，東京高決平26・３・28判時2235号137頁は拘置の執行停止の判断について，「再審開始を決定した根拠，再審の審判において無罪判決が言い渡される蓋然性，死刑確定者の身柄保全の必要性等を総合考慮した上での再審開始決定をした裁判所の合理的な裁量に委ねられている」と判示して検察官の抗告を棄却した[64]。

（２）本決定の意義

本決定は，再審開始決定と同時に死刑の執行（絞首）だけでなく，そのための拘置の執行をも停止した。「拘置は，死刑の執行行為に必然的に付随する前置手続であることは間違いないから，その意味では，死刑執行の一環であり，拘置及び絞首が全体として，刑事訴訟法448条２項の『刑』に含まれる」と判断したのである。確定死刑判決を受けた再審請求人について再審開始決定がなされた場合にも448条２項により刑の執行停止決定ができるとはいっても，実際に執行が停止されるのは死刑の執行の点だけであり，拘置の執行の点には刑の執行停止の効力は及ばないという従来の裁判実務の解釈論を採らず，前述の松山事件の仙台地

(64) 指宿信「判批」新・判例解説 Watch15号（2014年）183頁，葛野・前掲注63・615－618頁参照。

見解昭59・3・6判時1115号88頁に沿う判断をした点で画期的である。

本決定は，その根拠として，無期懲役などの自由刑の場合に再審開始決定および刑の執行停止決定があったときとの不均衡と，通常の公判手続で無罪判決の言渡しがあった場合に勾留が失効すること（刑訴法345条）との不均衡を挙げている。特に後者に関連して，「執行停止の中に死刑に伴う拘置が含まれないとすると，再審の審判で無罪の言渡しがあっても，これが確定するまでは拘置が続かざる〔ママ〕得ないと解されるおそれがあ」ると指摘していることは，前述の再審判決言渡時説を意識したものであろうか。少なくとも前述の通説的見解を前提とする限り，本決定の解釈論および結論は導きにくいと思われる。通説的見解は，再審開始決定の確定後の段階でさえ，原確定判決の効力が影響を受けることはなく，再審請求人の身柄には基本的な変更はないと考えるのだから，仮に再審開始決定の確定前の段階で確定死刑判決について刑の執行停止決定がなされたとしても，原確定判決の無謬性を再審公判手続の終局判決の確定まで貫徹するべく，また即時抗告審で再審開始決定が取り消される場合に備えて，死刑の執行（絞首）のみを停止して拘置の執行は停止しないという考え方になるのではないか。また，再審判決言渡時説を前提とするにしても，本決定の解釈論および結論は導きにくいと思われる。この説も基本的には通説的見解と同様に，再審開始決定の確定の前後で原確定判決の効力が影響を受けることはなく，再審請求人の身柄には基本的な変更はないと考えるからである。これに対して，再審開始決定確定時説を前提とするならば，本決定の解釈論および結論は導きやすいと思われる。再審開始決定が確定した以上，もはや刑の執行は違法性を帯びると考えざるを得ず，「刑の執行の利益に」ということで刑の執行を継続することは，確定再審開始決定と矛盾するという再審開始決定確定時説の考え方は，再審開始決定の確定前の段階でもできるだけ無辜の救済を図るべく再審請求人の身柄を釈放する方向で448条２項の刑の

執行停止決定をする重要なファクターになるはずであり，そうであれば再審請求人の身柄を早期に釈放するべく，「拘置及び絞首が全体として，刑事訴訟法448条２項の『刑』に含まれる」という解釈論および結論に結びつくことになるのではないか。再審開始決定の確定前の段階といえども，再審開始決定を受けた死刑確定者は，確定死刑判決の効力の実質的な消滅により「無罪の推定」を受ける権利を憲法上与えられる「被告人」としての法的地位を得つつあるからである。回復不能の不正義が生じるおそれや再審開始決定の取消しの可能性があるとしても，このような者にはできるだけ早期の身柄の釈放によって利益再審の恩恵を与えようという発想になるのではないか。

本決定は，拘置の執行停止の可否については，①再審公判手続で無罪になる相当程度の蓋然性，②極めて長期間の死刑の恐怖のもとでの再審請求人の拘束とその精神状態，③捜査機関による最も重要な証拠のねつ造の疑いを理由として拘置の執行停止を認めるという結論をとった。しかも，死刑判決が確定していることを考慮しても，再審請求人に対する拘置をこれ以上継続することは，「耐え難いほど正義に反する状況にある」との強い表現をした。

もっとも，原確定判決が死刑判決である場合の死刑の執行停止および拘置の執行停止が，上記①から③の事情が存在しない場合にはどうなるのかについては，本決定からは明らかでない。本決定は，前述の通説的見解や再審判決言渡時説や再審開始決定確定時説のいずれを前提にするとしても，①から③の事情を極めて異常なものとして受け止めたがゆえに前述のような解釈論を展開した上で死刑の執行だけでなく拘置の執行をも停止するという結論をとったのであろうか。本決定は，あくまでも再審開始決定の確定前の段階での再審請求人の身柄の問題を扱ったものであるから，通説的見解や再審判決言渡時説や再審開始決定確定時説のいずれを前提としているかは定かでないが，通説的見解と再審判決言渡

時説を前提としながら，かかる解釈論および結論を導くことは困難であろう。

四　刑訴法448条2項の刑の執行停止決定に対する検察官の抗告—東住吉事件

東住吉事件（最三小決平24・９・18刑集66巻９号963頁）では，刑訴法448条２項の刑の執行停止決定が検察官の抗告（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った。同決定は，刑の執行停止決定は刑訴法450条の即時抗告の対象になっていないが，刑の執行停止決定に対する検察官の抗告を認めた。なお，従前の事件で問題となった刑の執行停止決定のほとんどが（死刑の執行の停止があっても拘置は存続した）死刑事件に関するものであったため，刑の執行停止決定が450条の即時抗告の対象になっていないことが，これまで自覚的に議論されたこともなく，本件のように検察官の抗告がなされた例も存在しない[65]。

1　事実の概要

本件では，無期懲役の原確定判決により受刑中の者による再審請求事件において，再審請求手続の大阪地裁が再審開始決定をした[66]のに伴い，後日，２人の再審請求人について刑訴法448条２項による刑の執行停止決定（原々決定）をした[67]のに対して，検察官が（再審開始決定に対し

(65)　水谷・前掲注９・643頁注20。

(66)　塩野隆史「東住吉事件」矢澤曻治編『再審と科学鑑定—鑑定で「不可知論」は克服できる』（日本評論社，2014年）196頁参照。

(67)　原々決定は，刑の執行停止の期日を４日先に指定したが，その間隙をぬって検察官が抗告し，原決定による刑の執行停止決定の取消しがなされた。これに対して，東電 OL 殺人事件では，刑の執行停止決定に釈放期日が付されず，検

て刑訴法450条の即時抗告を申し立てるとともに）刑の執行停止決定に対する抗告（本件抗告）(68)をしたため，その可否が争われた。大阪高裁の抗告審（原決定）は，本件抗告を適法とした上(69)，原々決定を取り消したため，再審請求人側は特別抗告を申し立てたが，最高裁は，本決定（前掲最三小決平24・９・18）において，原決定とは異なる刑訴法の条文を引用しつつ，本件抗告を適法とした原決定は結論において正当であるとした(70)。すなわち，本決定は，刑訴法420条２項に準じて本件抗告を認めることができるとした原決定の解釈論を否定したが，刑の執行停止決定は刑訴法「419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」から検察官の抗告は適法であるとして，本件抗告を適法とした原決定は結論において正当であるとした。

本決定は，刑訴法448条２項の刑の執行停止決定に対して検察官が抗告できることを示すとともに，その法的根拠を明確にした意義がある。もっとも前述のように，その法的根拠については，本決定は刑訴法419条適用説に立ち，原決定は420条２項準用説に立った。

刑訴法419条の趣旨は，明文の根拠規定がなくとも裁判所の決定一般

察官の抗告にかかわらずに釈放手続がなされた。水谷・前掲注９・640頁参照。

なお，原々決定は，刑の執行停止決定に当たって身元引受人，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た。水谷・前掲注９・639頁参照。

(68) 抗告をするだけでなく，「刑の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」という申立てもしていた。水谷・前掲注９・635－636頁，福原・前掲注６・研修788号11頁注６，福原・前掲注６・警論67巻７号183頁注10参照。

(69) 原決定は，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しており，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憲法31条に違反するとの指摘（水谷・前掲注９・639－640頁）がある。

(70) 森下弘「東住吉事件　執行停止決定の取消決定」刑弁74号（2013年）99頁参照。

について抗告（一般抗告）を認めることである。しかし，同条但書の「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420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」（同条２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」に対しては，即時抗告をできる場合を除いては，抗告は認められない。なぜなら，このような決定に対する抗告を認めれば，抗告の手続によって訴訟（本案審理）の進行が害され，訴訟が遅延する可能性があるからである。このような決定の当否については，抗告によってではなく，本案についての通常の上訴の中で争えば足りる(71)。420条２項で勾留等に関する決定がこの例外とされているのは，これらが人権などの重要な事柄に直接かかわるので，速やかに救済の機会を与える必要があるからである(72)。

２　原決定（大阪高裁）

原決定は本件抗告を適法とした上，これに理由があるとして原々決定を取り消した。

［１］「再審に係る手続も訴訟手続に準ずるものと解され，また，刑訴法450条が再審請求棄却決定（…）と再審開始決定（刑訴法448条１項）に対しては即時抗告をすることができると規定し，刑訴法448条２項を挙げていないことからすると，再審開始決定に基づく刑の執行の停止の決

---

(71)　時武英男「訴訟手続に関し判決前にした決定の意義」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅳ』（日本評論社，1975年）369頁，374－375頁，福原・前掲注６・研修788号９－10頁，福原・前掲注６・警論67巻７号181頁，平場ほか・前掲注26・270－271頁［高田卓爾執筆］参照。

(72)　松尾・前掲注４・条解・1103－1104頁，水谷・前掲注９・636－637頁参照。

定は，刑訴法419条に基づく一般抗告を許す決定から除外されているとも解し得るところである。」
［２］「しかし，刑訴法420条２項が，訴訟手続の関し判決前にした決定であっても，勾留など身柄関連の決定等に関してはその重要性に鑑み抗告による不服申立てを認めていること，再審開始決定の確定によっても直ちに確定判決の効力に影響を及ぼすものではないところ，刑訴法448条２項の措置は，再審開始決定の告知から再審の終局裁判の確定までの間に随時なし得るものであり，しかも再審開始決定が未確定の段階から確定判決の効果を事実上否定し受刑者の身柄を釈放するという重大な結果を生じさせることなどに鑑みれば，刑訴法448条２項に基づく職権発動としての刑の執行停止決定に対しては，刑訴法420条２項に準じて一般抗告ができるものと解するのが相当である。」
［３］「再審裁判の確定を待つことなく再審開始決定に伴って刑の執行を停止することを認める刑訴法448条２項は，再審開始決定がされたことにより確定判決に基づく刑の執行が不都合となる蓋然性が高まり，これを継続することが正義に反する場合があり得ることをその根拠とするものと解される。したがって，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。」

原決定は，再審開始決定に伴う刑の執行停止決定は，刑訴法419条に基づく抗告を許す決定から除外されていると解し得るとしながら，勾留等の身柄に関して刑訴法420条２項が同条１項の適用を除外していることなどを踏まえ，同条２項に準じて抗告ができるとしたものである[73]。原決定については，法律上認めることができない検察官の抗告を認めて，本来不服申立ての対象とならない原々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継続を認めた点において，憲法31条に違反しているとの批判(74)がある。

［1］の部分が貫徹されたならば，刑訴法448条２項の刑の執行停止決定に対する検察官の抗告は排斥されたかもしれない(75)。ところが，［２］の部分で，再審請求手続における刑の執行停止決定が，その実質において通常審の「訴訟手続に関し判決前にした決定」（刑訴法420条１項）に準じ，その重要性において通常審の勾留等に関する決定（刑訴法420条２項）に相当するものであると解することで，検察官の抗告を認めた。換言すれば，原決定は，刑の執行停止決定が「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，420条２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，刑の執行停止決定が「訴訟手続に関し判決前にした決定」に当たるといえるかは疑問である。再審請求手続での再審の請求に関する裁判も再審公判手続での終局判決も，刑の執行停止決定の存否に関わりなく行うことができ，また，二段階構造のもとで再審請求手続を担当する裁判所と再審公判手続を担当する裁判所は別の裁判体だからである(76)。また，刑訴法420条２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いえるかも疑問である。再審請求手続においては，再審請求人の手続への出頭は必要的ではなく，刑の執行が継続していなければ再審請求手続が成立しないというものではないからである(77)。

---

(73) 原々決定をした大阪地裁が，刑訴法423条２項に基づく意見書で，刑訴法448条２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たのに，原決定は，検察官の抗告を認めた。水谷・前掲注９・638－639頁参照。
(74) 水谷・前掲注９・639頁。
(75) 川崎・前掲注59・121頁
(76) 水谷・前掲注９・637頁。
(77) 同上637頁。

原決定は，利益再審における刑の執行停止決定を通常審における抗告の対象に取り込んだことが問題である。その根底には，再審制度における刑の執行自体が，事実上通常審における勾留の執行と同一の機能を果たしていると捉え，通常審における勾留等について抗告が認められていることとの権衡を図ろうという意図(78)があるかもしれないが，再審制度で問題とされている刑の執行の継続の可否を，通常審における勾留等の可否と同列に扱うこと自体，現行刑訴法の利益再審の理念が無辜の救済であることを等閑視しているとの批判を免れないであろう(79)。

原決定が「再審開始決定の確定によっても直ちに確定判決の効力に影響を及ぼすものではないところ，刑訴法448条２項の措置は，再審開始決定の告知から再審の終局裁判の確定までの間に随時なし得る」として前述の通説的見解を前提としていることも，本件抗告を認めることにつながっていると思われる。

［３］の部分については，再審開始決定が覆される可能性がある場合には，刑の執行停止決定をするべきでないと述べているに等しいとの批判(80)がある。原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再審開始決定をした裁判所が，このような可能性を考慮して刑の執行の継続を認めることは，自己矛盾であろう。

---

(78) 福原・前掲注６・研修788号10頁，12頁注11，福原・前掲注６・警論67巻７号182頁，183頁注15参照。

(79) 再審公判手続は，やり直し裁判で，審級に応じた通常の公判手続であるとはいっても，それと全く同一ではあり得ず，むしろ一般に破棄差戻しの手続に近いとされる（三井・前掲注30・刑事再審の研究・190頁，192頁）。また，再審公判手続での検察官の立証活動も，利益再審を前提とする現行刑訴法のもとでは二重の危険の法理（憲法39条）が適用されるため，無制限とはいえない（三井・前掲注30・刑事再審の研究・193頁）。

(80) 水谷・前掲注９・639頁。

３　本決定

本決定は，特別抗告の趣意が刑訴法433条の特別抗告の理由に当たらないとしつつ，刑訴法448条２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職権で判断した上，以下のように述べて，本件抗告を適法とした原決定は結論において正当であるとした。

特別抗告棄却。

「刑訴法420条１項において特に即時抗告を許す旨の規定がある場合のほかは抗告することができないものと規定されている『訴訟手続に関し判決前にした決定』とは，判決を目標とする訴訟手続に関しその前提としてなす個々の決定をいう（…）ところ，同法448条２項による刑の執行停止決定は，再審開始決定がされたときに行うことのできる刑の執行に関する決定であって，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。そうすると，上記の刑の執行停止決定については，同法419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，同条による抗告をすることができるものと解するのが相当である。」

本決定は，再審開始決定に伴う刑の執行停止決定は，「訴訟手続に関し判決前にした決定」（刑訴法420条１項）に該当しないことを明らかにする一方，刑の執行停止決定に対する独立の不服申立てとして，刑訴法419条による検察官の抗告を認めた。本決定は，刑の執行停止の如何は，再審開始決定の当否（再審の請求を認めるか否か）の判断に実質的に左右されることはあっても，この判断を左右する前提問題ではないから別個独立に決着をつけるべき問題であると考えて，法的根拠を刑訴法420

条２項の準用ではなく刑訴法419条に求めたと思われる(81)。しかし，刑訴法450条が明示的に即時抗告の対象から外している448条２項の刑の執行停止決定に対して，419条による抗告ができるのだろうか。

４　刑訴法450条の趣旨

刑訴法450条は，再審請求棄却決定（刑訴法446条・447条１項・449条１項）と再審開始決定（刑訴法448条１項）に対する即時抗告を認めている(82)。しかしながら，刑訴法448条２項の刑の執行停止決定については，450条は即時抗告を認めていない(83)。したがって，再審開始決定に伴う刑の執行停止決定に対して即時抗告ができないことは条文上明らかである。そこで，刑の執行停止決定について即時抗告以外の不服申立てが認められるかが問題となる。

本決定は原決定と同様に，刑訴法450条の趣旨については，再審開始決定に対する不服申立てとして即時抗告を許容した規定であって，刑の執行停止決定に対する通常抗告を排除する趣旨までも含む規定ではないとの解釈論に立っていることは明らかであり(84)，利益再審における刑の執行停止決定を通常審の抗告の対象に取り込んだことが問題である。再審開始決定については，提起期間が３日に限定されている即時抗告（刑訴法422条）で対応する一方，再審開始決定に付随して行われる刑の執行停止決定については，不服申立てについて時間的制限のない通常抗告

(81)　川崎・前掲注59・123頁。

(82)　もっとも，平場ほか・前掲注26・370頁［高田卓爾執筆］は，再審開始決定に対する検察官の即時抗告の意義について疑問を示している。水谷・前掲注９・630－632頁，三井・前掲注30・刑事再審の研究・178－179頁も参照。

(83)　再審請求棄却決定と再審開始決定に対しては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しては即時抗告を認めないとする規定のあり方は，旧（大正）刑訴法も同様である。水谷・前掲注９・635頁参照。

(84)　福原・前掲注６・研修788号７頁，福原・前掲注６・警論67巻７号179頁参照。

（刑訴法421条）で対応することには疑問がある[85]。刑の執行停止決定は，不当な刑の執行の継続から再審請求人の身柄を早期に釈放するためのものであるから，これに対する不服申立てについて時間的制限を設けないことは不合理である。

そもそも再審開始決定は，原確定判決の事実認定には合理的疑いが残ることを確認した再審請求手続の裁判所の実質的な無罪の実体的判断と異ならないのであって，同裁判所にとって，これ以上の刑の執行の継続は不正義であることが明白となったのである[86]。それなのに，再審開始決定が未確定であるという理由だけで，検察官が刑の執行停止決定だけを単独で争う機会を与えることが適切であるとは思えない[87]。

現行刑訴法の利益再審は，無辜の救済を早期に果たすために，原確定判決の効力（とりわけ執行力）が存続している段階から，再審開始決定をした再審請求手続の裁判所に刑の執行停止決定をする固有の権限を刑訴法448条２項により付与したと考える[88]。再審請求手続における刑の執行停止の可否は，再審開始決定をした再審請求手続の裁判所の他には判断できないことである。そうだとすれば，刑訴法450条が再審開始決定に対する検察官の即時抗告権を明記する一方，刑の執行停止決定に対する検察官の即時抗告権を明記しなかったのは，刑の執行停止の権限が再審開始決定をした再審請求手続の裁判所の専権的権限であると捉えた

---

(85) 水谷・前掲注９・638頁，640頁，644頁注26，後藤＝白取・前掲注19・1092頁［水谷執筆］。

(86) 川崎・前掲注59・122頁

(87) 水谷・前掲注９・638頁。

(88) 川崎・前掲注59・122頁

からである[89]。450条は，刑の執行停止決定に対して即時抗告を許容しないという趣旨だけでなく，一般抗告も含めておよそ不服申立てを許容しないという趣旨を含んでいると解すべきである[90]。現行刑訴法の利益再審の理念は無辜の救済であるから，再審開始決定をした裁判所によってなされた刑の執行停止決定について検察官がなおも争う機会を設けることが必要であるとは思われない[91]。

再審開始決定と刑の執行停止決定は別個の裁判ではあるが，前者の実質的な無罪の実体的判断が後者の実質的な判断内容であるという意味で一体不可分であり，刑の執行停止決定は再審開始決定の付随的な決定である。刑の執行停止決定の誤りを是正したいのであれば，それは，再審開始決定に対する検察官の即時抗告で争うべきことである[92]（もちろん，このような検察官の即時抗告については夙に批判がある）。即時抗告審

---

(89) 前掲注61参照。これに対しては，「そもそも刑訴法448条２項に基づく刑の執行停止決定は，検察官が責任と義務を負うべき刑の執行に関して，裁判所が，事実認定や刑の量定といった本来的に担う事項とは異なって，その刑の執行を停止しなければ正義に反する場合といえるかという見地から行う特別かつ例外的な判断事項であって，このような裁判所の判断に対して不服申立てを認める必要性が極めて高く，かつ，これを認めるのが相当である」（福原・前掲注６・研修788号８頁，福原・前掲注６・警論67巻７号179－180頁）との批判があるかもしれないが，確定前といえども，再審開始決定が，原確定判決の事実認定には合理的疑いが残ることを確認した事実は重大であろう（再審開始決定の法的性質については，光藤・前掲注34・刑事再審の研究・43－44頁参照）。後述するように，刑の執行停止決定の誤りを是正したいのであれば，それは，検察官の再審開始決定に対する即時抗告で争うべきことである。また，「刑の執行停止の権限が再審開始決定をした再審請求手続の裁判所の専権的権限である」と捉えるならば，刑の執行停止決定が「少年法５５条の決定や最高裁決定，準抗告の決定等の，当該決定の性質上，抗告が許されないものとは明らかに異なる性格のもの」（福原・前掲注６・研修788号10頁，福原・前掲注６・警論67巻７号182頁）とはいえないであろう。

(90) 川崎・前掲注59・122頁

(91) 水谷・前掲注９・638頁

(92) 川崎・前掲注59・122頁

によって再審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考えればよい(93)。刑の執行停止決定の実質的な判断内容の是正は，即時抗告審での再審開始決定（本案裁判）の是正の中で行うべきであって，刑の執行停止決定に対する抗告のような付随的な手続で行うべきではない(94)。

---

(93) 刑の執行停止決定を取り消すことができるのは，再審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，再審開始決定を取り消す裁判とは別に刑の執行停止決定を取り消す裁判が必要であるとの考え方もある（水谷・前掲注９・635頁，643頁注21参照)。

なお，このように再審開始決定と刑の執行停止決定との付随的な関係を強調する考え方に対しては，二つの決定が同時になされるとは限らず，本件のように即時抗告がなされた後に刑の執行停止決定がなされた場合には，再審開始決定自体に対する不服申立てがあることによって独立の不服申立てを認める必要性が乏しくなることにはならないとの批判がある（福原・前掲注６・研修788号７－８頁，福原・前掲注６・警論67巻７号179頁。福原・前掲注６・研修788号11頁注７，福原・前掲注６・警論67巻７号183頁注11も参照）が，仮に二つの決定が同時になされなくても，即時抗告審によって再審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ならば，刑の執行停止決定に対する独立の不服申立てを認める必要性はないだろう。仮に二つの決定それぞれに独立の不服申立てを認めるならば，二つの決定それぞれに対する抗告審で実体的判断について相反する結論が出た場合，不都合である。刑の執行停止決定に対する抗告審でも，再審開始決定での無罪の実体的判断に立ち入らざるを得ないからである。

また，刑の「執行停止の決定は，再審開始決定と同時から再審判決後確定前までのいずれの段階でも随時なし得るものと解されており，刑訴法448条２項という同一の条文に基づく決定に対する当不当の判断が，当該決定がなされた時期，すなわち，再審開始決定に対する即時抗告か，再審判決に対する控訴か，というような異なる不服申立てに伴って，それぞれ争点となることにも疑問があり得る」との批判がある（福原・前掲注６・研修788号８頁，福原・前掲注６・警論67巻７号180頁）が，前述の再審開始決定確定時説を採るならば，この問題は解消される。再審請求手続の裁判所による刑の執行停止決定の効力が及ぶ時間的範囲は，おのずと再審開始決定確定時までに限定されるからである。

(94) 川崎・前掲注59・122頁。本件の場合には，再審の請求に関する判断の前に，抗告審裁判所が，（再審公判手続で無罪となる蓋然性があるか否かと直結するにもかかわらず）「将来刑の執行を継続する必要があるか否か」を先取り的に

本来，利益再審においては，検察官の積極的な反証活動や即時抗告は許されるべきではない(95)。ましてや刑の執行停止決定に対する独立した検察官の抗告を（しかも不服申立てについて時間的制限のない通常抗告という形で）認めるべきではない(96)。即時抗告審が再審の請求それ自体について決定する前に，（刑の執行停止決定の可否という）再審の請求の可否に関する実体的判断を先取りするような不服申立てを認めるべきではない(97)。一般抗告を含めて刑の執行停止決定に対する不服申立てがおよそ許されないならば，刑の執行停止決定に従って一旦は受刑中の再審請求人の身柄を釈放しなければならない(98)。

5　本決定と原決定の意義

本決定と原決定の根底には，前述の通説的見解の考え方があると思われる。前述のように原決定には通説的見解を前提とした表現があるが，本決定はそれ自体を否定してはいない。本件は再審開始決定の確定前の段階ではあるが，再審開始決定の確定後の段階での再審請求人の身柄の問題に対してどのような態度をとるかによって，刑訴法448条２項の刑の執行停止決定に対する検察官の抗告を認めるか否かに相違が出てくる

判断するという問題もあった（後藤＝白取・前掲注19・1092頁注44［水谷執筆］）。

(95)　田口＝白取・前掲注10・108頁［白取執筆］，光藤・前掲注34・刑事再審の研究・56－57頁，新屋・前掲注10・35－39頁，鈴木・前掲注10・基本構造・668頁参照。

(96)　高田昭正・前掲注２・大コンメ・167頁参照。

(97)　水谷・前掲注９・639頁，川崎・前掲注59・122頁。原決定は，「再審開始決定が未確定の現段階において直ちに確定判決の効果を否定する刑の執行停止の措置を講じなければ正義に反するような状況にあるとはいえ」ないとしているが，これは，まさしく再審開始の可否に関する判断としてなされるべき性質のものである（川崎・前掲注59・122頁）。

(98)　水谷・前掲注９・635頁

と思われる。

本決定が，不服申立てについて時間的制限のない通常抗告という形で刑の執行停止決定に対する検察官の抗告を認めたことは，まさに再審開始決定の確定後の段階でも原確定判決の効力は消滅しないという通説的見解を前提としていることの現れであろう。通説的見解によれば，再審公判手続での終局判決が確定するまでは原確定判決の無謬性は貫徹されるべきであるから，検察官がいつ何時でも刑の執行停止決定に対して抗告してもよいことになる。再審開始決定の確定前の段階であれば，なおさらである。原確定判決の無謬性を再審公判手続の終局判決の確定まで貫徹しようとする意図が通説的見解の根底にあり，本決定もこれを前提とするからこそ，かかる検察官の抗告を認めることになる。また，再審開始決定の確定前の段階で再審請求人の身柄を釈放することで回復不能の不正義が生ずることに対する過度のおそれもあると思われる。

原決定は，前述のように利益再審における刑の執行停止決定を通常審の抗告の対象に取り込んだが，このような発想も，通説的見解を前提とすればこそ出てくるのではないか。通説的見解のように再審開始決定の確定後の段階でも原確定判決の効力は消滅しないと考え，原確定判決の無謬性を再審公判手続の終局判決の確定まで貫徹しようとするならば，再審開始決定の確定前の段階であればなおさらのこと，検察官があたかも通常審においてのごとく刑の執行停止決定について抗告で争う機会を与えようということになる。

しかし，前述の再審開始決定確定時説（消滅説）を前提とするならば，本決定および原決定のような結論には至らないのではないか。この説によれば，再審開始決定の際に刑訴法448条２項により刑の執行停止決定ができるのは，主として刑訴法450条の即時抗告に備えたものであり，再審開始決定後同決定確定前の事態に対処するためであるから，仮に再審開始決定に対する検察官の即時抗告が450条によって認められるとし

ても，刑の執行停止決定に対する抗告までも認められることは想定していないと思われる。この説においては，再審請求手続の裁判所による刑の執行停止決定の効力が及ぶ時間的範囲は自ずと再審開始決定の確定時までであり，再審開始決定の確定後の段階では原確定判決の効力が実質的に消滅するのだから，もはや448条２項の裁判所の裁量による刑の執行停止決定は問題にならない。そうであれば，再審開始決定の確定前の段階では，再審開始決定に対する検察官の即時抗告が450条によって認められているのだから（そのことの是非は措く），あえて再審請求手続の裁判所の専権的権限である刑の執行停止決定に対する検察官の抗告を認める必要性が乏しい。いやむしろ，かかる抗告は再審開始決定に対する検察官の即時抗告と同様に，原確定判決の効力の実質的な消滅により「無罪の推定」を受ける権利を憲法上与えられる「被告人」としての法的地位を得つつある再審請求人に不利益を与えるものであり，利益再審に相応しくないから許されるべきではない。

五　おわりに

以上，再審開始決定の確定後の段階での再審請求人の身柄の問題に関する議論を原確定判決の効力との関係で概観した上で，再審開始決定の確定前の段階での再審請求人の身柄の問題が表面化した袴田事件の再審開始決定の意義と東住吉事件の高裁決定および最高裁決定の意義を検討してきた。

再審開始決定の確定後の段階での再審請求人の身柄の問題に対してどのような態度をとるかによって，再審開始決定の確定前の段階での再審請求人の身柄の取り扱いに相違が出てくる。再審開始決定の確定後の段階での再審請求人の身柄の問題について裁判実務は，通説的見解に基づいて動いてきたが，東住吉事件の高裁決定および最高裁決定は，それを

前提としているからこそ，再審開始決定の確定前の段階での再審請求人の身柄の問題においても，刑訴法448条２項の刑の執行停止決定に対する検察官の抗告を認めるという結論に至った。一方，袴田事件の再審開始決定では，再審開始決定と同時に死刑の執行（絞首）および拘置の執行を停止する決定をしたが，かかる解釈論と結論を導くことは，通説的見解と再審判決言渡時説を前提とする限り困難である。

現行刑訴法の再審制度が利益再審であり，その趣旨が無辜の救済であると捉えるならば，東住吉事件のように刑の執行停止決定に対する検察官の抗告を認める結論をとりにくい一方，袴田事件の再審開始決定のように死刑の執行（絞首）および拘置の執行を停止する結論をとりやすい。通説的見解の根底には原確定判決の無謬性を再審公判手続の終局判決の確定まで貫徹しようとする意図がある一方，再審開始決定確定時説は，現行刑訴法の利益再審の趣旨である無辜の救済と親和的である。再審開始決定確定時説は，再審開始決定が確定した以上，もはや刑の執行は違法性を帯びるのであり，「刑の執行の利益に」ということで刑の執行を継続することは，確定再審開始決定と矛盾するという考え方をとるからである。この説は，再審開始決定の確定前の段階でもできるだけ無辜の救済を図るべく再審請求人の身柄を釈放する方向で刑訴法448条２項の刑の執行停止決定がなされる重要なファクターになる。再審開始決定の確定前の段階といえども，再審開始決定を受けた再審請求人は，原確定判決の効力の実質的な消滅により「無罪の推定」を受ける権利を憲法上与えられる「被告人」としての法的地位を得つつあるからである。無辜の救済の趣旨を活かして袴田事件のような事態を救済しようと考えるならば，なおさらのこと裁判実務は，再審開始決定の確定後の段階での通説的見解を見直して再審開始決定確定時説を採るべきである。

再審開始決定確定時説において，再審開始決定の確定の前後で再審請求人の身柄の取り扱いに相違があるとすれば，それは，再審開始決定の

確定後の段階では，もはや原確定判決は実質的に消滅しているのだから再審請求人の身柄は直ちに釈放されなければならないのに対して，再審開始決定の確定前の段階では，刑の執行停止決定によって再審請求人の身柄が釈放されても，即時抗告審で再審開始決定が取り消された場合に刑の執行停止決定が自動的に失効する可能性が依然として存在するということである。

しかし，現行法の利益再審のもとでは，このことは，再審開始決定の確定前の段階ならば再審請求人の身柄はどうでもよいということを意味するものではない。そこにも現行法の再審制度の無辜の救済の趣旨が及ぼされるべきである。再審開始決定確定時説を前提とするならば，たとえ再審開始決定の確定前の段階といえども，刑訴法448条２項の刑の執行停止決定における裁判所の裁量は全面的な自由裁量ではありえず，不当な刑の執行の継続から再審請求人の身柄を早期に釈放するべく，この規定を積極的に適用することが求められる。そして，確定死刑判決について刑の執行停止決定がなされた場合，それは死刑の執行（絞首）の停止のみならず拘置の停止を意味することになる。さらに，刑の執行停止決定に対する検察官の抗告は認められないことになる。