

## 再審有罪判決への対応 —— 二重刑執行回避方法 ——

原 田 保

- I 序 言
- II 対応の現状
- III 確実かつ平等な方法
- IV 結 語

### I 序 言

再審開始決定が確定すると、再審公判での無罪判決を予測するのが通常であると認められる。しかし、全面無罪の保証が存在する訳ではなく、再審公判が有罪判決を以て終局することもある。それは、再審公判裁判所の認定が

- ① 原判決と同一の罪
- ② 原判決より軽い罪<sup>(1)</sup>
- ③ 原判決認定数罪中の一部のみ無罪

となった場合である。①は結果的に雪冤失敗であるが、理論的にあり得る事態であり、稀ながら実例も存在する。<sup>(2)</sup>②③は再審対象犯罪の不成立・不

---

(1) 再審公判裁判所が原判決より重い罪の心証を形成することもあり得ない訳ではないが、煩瑣になるので本稿では論及しない。

(2) 大阪高判昭37・9・13高刑集15巻6号510頁参照。再審公判第一審が原第一審

証明が認定された雪冤成功でありながら再審公判裁判所が有罪を宣告する場合である。②は刑事訴訟法435条6号が再審請求事由として規定しているところであり、再審公判でも当然に想定される<sup>(3)</sup>。③は再審対象犯罪以外の犯罪にも訴訟係属を認めることから再審公判が残余有罪事実を認定する場合であり、实例は珍しくない<sup>(4)</sup>。

刑事訴訟法の規定によれば、再審開始決定確定によって当該事件は被告事件として訴訟係属し、再審公判裁判所は審級に従って審判を行うべきことになる(451条)が、再審公判の審判方法については若干の制約を規定するに留まる。故に、再審公判においても原則として通常手続に関する規定に基づいて審判する他ないと解され、その結論が有罪認定であれば刑免

---

と犯行時期の異なる同一犯罪を認定した事案の控訴審である。控訴審は、犯行時期につき訴因変更手続が執られなかった違法を理由として破棄・差戻を宣告した。

(3) 但し、再審公判裁判所が原判決より軽い罪の心証を形成しても、そのまま当該軽い罪を認定できる訳ではない。例えば、原判決が殺人罪を認定した行為につき、再審公判裁判所が傷害致死罪を認定する場合には縮小認定として訴因変更手続を要しないとすると、再審公判裁判所が過失致死罪の心証を形成した場合には訴因変更の問題が生じ、かかる訴因変更を不可とする見解によれば当初訴因のまま無罪を宣告すべきことになる。しかし、再審公判を通常手続と同一の方法で遂行することを前提とするなら訴因変更を禁止する理由は存在しないと解することも可能である。前掲註1大阪高判昭37は訴因変更手続不履行を理由として再審第一審判決を破棄したのであるから、再審公判での訴因変更を許容する見解に立脚していたと解し得る。これは再審に関する論点の1つであるが、本稿では論及しない。

(4) 冤罪に対する無罪と共に、残余有罪事実につき、仙台高判昭52・2・15高刑集30巻1号28頁(弘前大学教授夫人殺し事件)で罰金5000円、札幌地小樽支判昭55・4・21判時970号175頁で懲役1年、熊本地八代支判昭58・7・15判時1090号21頁(免田事件)で懲役6月、東広島簡判昭58・12・14判例集不登載(原田保「再審開始決定の一事例」愛知学院大学論叢法学研究27巻1・2号(昭59)115頁、132頁追記二参照)で懲役6月、大阪高判平4・1・22判時1429号144頁で懲役3月、高松高判平6・3・22判時1523号155頁(榎井村事件)で懲役2年、福岡地判平13・7・17判タ1091号291頁で懲役1年6月、といった刑宣告の实例がある。

一般論としても、冤罪事件の相当数が別件逮捕を伴うので、再審公判でも当該別件の有罪認定維持が当然に想定できる。故に、これは冤罪事件で一般的に想定すべき現実問題である。

除事由がない限り刑宣告を要することになる（333条1項）。再審判決での不利益変更禁止（452条）も、再審判決の刑宣告を前提とする規定である。実務上も、再審判決の刑宣告は現に実例が少なからず存在する。

然るに、再審公判被告人は既に原判決で有罪を認定されて大抵は刑宣告を受けたのであるから、再審判決での有罪認定・刑宣告が憲法39条後段で禁止された同一犯罪に係る二重問責の問題を生じることが明白である。そして、実務が現に再審判決で有罪認定・刑宣告を行っているのであるから、これは今日の日本の刑事司法における現実問題である。

ところが、再審に関する研究の大部分は再審請求審に関するものであり、再審有罪判決への対応に関する叙述は乏しい。冤罪者側再審請求の認容が稀であって認容されれば概ね無罪が期待できることに鑑みれば、議論が最初にして最大の難関に集中することは必然である。関心が専ら再審対象犯罪に向けられて他の犯罪が関心外であり、再審有罪判決の二重問責問題は通説的論理で解決済と理解されているなら、議論がないことも当然である。しかし、私見としては、再審有罪判決の二重問責問題は未だ解決に至っておらず、放置できる問題ではないと認識している。そこで、議論の欠落を埋めるべく、非力を顧みずに若干の検討を試みる次第である。<sup>(5)</sup>

この問題については憲法39条後段に規定された二重問責禁止の趣旨に関する検討を要し、再度の被告人たる地位、再度の有罪認定、再度の刑宣<sup>(6)</sup>

(5) 本稿筆者は、かつて原田・前掲註4論文130頁において再審有罪判決の場合に各種の問題があることを指摘したが、爾後30年を超えて検討を怠っていた。

(6) 再度被告人とされる不利益を論じるなら、冤罪者本人の意思が再審の要件であると解して、冤罪者本人の意思に反する再審請求を不可とする解釈も可能である。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、昭58）313頁（高田卓爾）、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第7巻』（青林書院、平13）104頁～105頁（高田昭正）、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、平25）108頁～109頁（高田昭正）参照。

しかし、検察官は公益の代表者であり、冤罪者の意思が公益に合致するとは限らない。身代わり犯人発覚の場合には、真犯人を訴追・処罰して身代わり犯人に真犯人の隠避に係る罪責を問うことが公益の実現である。しかし、身代わり犯人の有罪

告、再度の前科、といった様々な事項について議論の余地があるが、本稿では再度の刑執行を中心として検討する。それは、二重問責禁止の趣旨を如何に解するとしても、現実の二重刑執行が禁止されるべきことには異論<sup>(7)</sup>の余地があり得ず、かつ、前記各種二重問責問題のうち現実の二重刑執行が最も重大であると認められることによる。本稿筆者は二重刑執行の実例に関する情報を得ていないが、可能性が存在する限り回避方法を講じなければならない。

そして、法効果は無効化遡及により完全に抹消できるとしても、過去の事実を抹消する手段は存在しない。二重刑執行問題を検討する際には、刑執行という過去の事実が如何なる手段によっても抹消し得ないことを看過してはならない。これは、犯罪者が受刑によって罪を償っても、損害賠償・謝罪を尽くして被害者からの宥恕が得られても、法律上の前科抹消があっても、その者が罪を犯したという過去の事実は絶対に消滅せず永久に不変であることと同様である。<sup>(8)</sup>

---

認定を維持したままでは、真犯人訴追や犯人隠避罪訴追との矛盾を生じる。故に、身代わり犯人については、本人の意思に反しても再審無罪を要することになる。白井滋夫「再審」団藤重光編『法律実務講座刑事編第十二巻』（有斐閣、昭32）2679頁、2736頁、青柳文雄ほか『註釈刑事訴訟法 [第四巻]』（立花書房、昭56）456頁～457頁（白井滋夫）、伊藤栄樹ほか『新版註釈刑事訴訟法 [第7巻]』（立花書房、平12）145頁～146頁（白井滋夫＝河村博補正）参照。五藤恵梨子「執行猶予取消の原因となった遵守事項違反行為につき被告事件で無罪となった場合の措置」愛知学院大学法科大学院研究報告会（愛知学院大学法科大学院 HP ブログ、平18）は、このような問題を含めて検察官一体原則に基づく「検察職務の一貫性」を論じている。

(7) 刑法5条は外国で確定判決を受けた罪に対する被告事件審判を予定しており、これを合憲とするためには、憲法が禁止するのは専ら日本法による二重問責であって、国際的二重問責は禁止されていないと解する他ない。それでも、同条但書は刑執行の必要的減免を規定しているのであるから、国際的二重刑執行は許容できないという判断が存在すると認められる。ならば猶更、日本法による二重刑執行の回避が絶対的要請であることは明白である。

(8) 再審における原判決失効の時期・範囲に関する議論があるが、本稿ではこの点に立ち入らず、再審判決確定時点での将来的失効を前提として論じる。

また、再審は冤罪救済を目的とする制度である。刑罰法令の適正な適用実現（刑事訴訟法1条）即ち有罪者の適正な処罰は原則類型たる通常手続で目指すべき目的であるが、例外的救済制度たる再審で同一の方法を無批判に採用すべきでないことも、留意を要する。

以下、二重刑執行回避に関する対応の現状を論評した上で、解決方法を検討する。なお、論題の性質上、犯罪成否に関わる事実認定の是正が問題となる場合を前提とするが、再審公判裁判所が原判決と同一の罪を認定した場合（冒頭①）には、冤罪ではなかったと判断されたのであるから、冤罪救済の問題は存在しない。また、原判決宣告刑が一部たりとも全く執行されていない場合には、再審判決宣告刑の執行が初の刑執行であるから、二重刑執行の問題は存在しない。そこで、以下の検討に際しては、再審公判裁判所が原判決認定犯罪の少なくとも一部を否定し、原判決宣告刑の少なくとも一部が執行された、という場合を前提とする。

## II 対応の現状

二重刑執行禁止が憲法の要求であることに鑑みれば、二重刑執行回避は法制度として確実な方法によることを要する。偶然や裁量により回避の有無という結論の相違があってはならない。被告人に帰責できない事情による不平等があってはならないことも勿論である。以下、このような観点から、対応の現状について論じる。

### 1 通算・執行擬制

実務では、再審判決宣告刑執行に際して原判決宣告刑執行を通算するものとされ（執行事務規程16条4号）、通算の趣旨については原判決宣告刑執行の限度で再審判決宣告刑執行があったとみなすことであると説明されている<sup>(9)</sup>。これは、過去の原判決宣告刑執行を以て、再審判決宣告刑の全部または一部を現実には執行しないまま法的には執行したこととする執行擬制

の論理により、現実の二重刑執行を回避するものと認め得る。学説も同旨の論理を提示しており、<sup>(10)</sup> 通算・執行擬制が二重刑執行問題の解決方法として実務および学説に定着していると認め得る。

しかし、この論理は 3 点の問題を有しており、これを適正な二重刑執行回避方法として承認することはできない。以下、各問題点を指摘する。

第 1 に、再審判決宣告刑の取扱に関する問題がある。通算の説明として提示される執行擬制の論理は「再審判決宣告刑が執行されたことにする」ものであるから、これによって受刑歴前科が発生する。刑執行があったとみなすことは現実の刑執行があった場合と同一の法効果を発生させることであるから、現実の刑執行を回避するに留めて受刑歴前科の発生を否定することは「みなす」の語義に反して一貫性を欠く恣意であり、法の論理として成立し得ない。執行済を擬制する限り受刑歴前科の発生は論理必然的結論であり、被告人は既に原判決宣告刑執行による受刑歴前科を経験していたから、受刑歴前科の二重発生である。再審判決確定による原判決失効と共に原判決宣告刑執行による前科が無効化されると解しても、いったん前科を付されたという事実は消滅しない。このように、現実の二重刑執行を回避しても、受刑歴前科の点で二重問責問題を生じる。故に、執行擬制の論理は適正な問題解決方法と認め難い。

第 2 に、原判決宣告刑執行の取扱に関する問題がある。執行擬制の論理により「原判決宣告刑執行を再審判決宣告刑執行であったことにする」と、冤罪による刑執行という誤った措置に、正しく認定された有罪事実に基づく刑執行という正当な根拠を付与することになる。このように冤罪被害という事実が消滅するような論理は、極めて不当・不合理である。

(9) 富永康雄「執行事務(3)」研修604号(平10)87頁等参照。

(10) 白井・前掲註6論文2768頁、青柳ほか・前掲註6書501頁(白井)、平場ほか・前掲註6書377頁(高田卓爾)、伊藤ほか・前掲註6書191頁(白井=河村補正)、藤永ほか編・前掲註6書178頁(高田昭正)、河上ほか編・前掲註6書183頁(高田昭正)等参照。いずれも、法定通算や仮納付調整と同様の処理を想定していると認め得る。

そして、この論理の不当・不合理性は、刑事補償請求権<sup>(11)</sup>の消滅を導くことによって具体化する。通常手続でも、有罪事実・無罪事実に跨る未決勾留があった場合、本刑に算入された未決勾留を刑事補償の対象から排除する解釈が判例・通説である<sup>(12)</sup>。その根拠とされる「二重利益」論によれば、再審有罪判決の場合も同様に、冤罪による原判決宣告刑執行のうち再審判決宣告刑に通算された分を刑事補償の対象から排除することになる筈である。更に、宣告刑執行の前に刑事補償が行われることがあり得るところ、執行擬制の法効果発生を宣告確定時ではなく執行時と解するなら、原判決宣告刑執行に対する刑事補償が行われた後の再審判決宣告刑執行に際して原判決宣告刑執行の通算による削減は二重利益として否定され、原判決宣告刑全部執行済でも再審判決宣告刑全部を執行するべきことになる。

しかし、未決算入が刑事補償に影響を与えると解する二重利益論がそも<sup>(13)</sup>そも不当・不合理である。この論理の根本には、執行済の未決勾留が爾後

(11) 本稿冒頭に掲げた3類型のうち、現行刑事補償法の対象になるのは一部無罪の場合（冒頭③）だけである。原判決と同一の罪の場合（冒頭①）に刑事補償がないのは当然であるが、原判決より軽い罪に留まって無罪示唆がない場合（冒頭②）が補償対象にならないことには疑義がある。ドイツ刑事補償法はこのような場合も補償対象としているが、単なるドイツ法追随ではなく日本の立法政策として検討すべき問題である。通常手続による公訴事実一部不認定の事案につき、松宮孝明「単純一罪の一部に対する刑事補償について」立命館法学363・364号（平27）837頁、853頁は「実質無罪」、瀧野貴生「縮小認定と刑事補償」徳田靖之ほか編『内田博文先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、平28）374頁、385頁は「限りなく「無罪」と同義」、との理解に基づき、現行法の補償対象とするべき旨を主張している。傾聴に値するが、事案の内容に鑑みれば全面無罪より低額の補償であるべきところ、金額算定の適用法条が不明である。刑事補償法4条で冤罪被害の内容・程度以外の事情を論じることは不合理であり、内容的には3条2号に類似する。しかし、「併合罪」と明記した規定を単純一罪に準用することの可否も問題になる。五藤恵梨子「刑事補償法にいう「その他一切の事情」の考慮と嫌疑の程度」愛知学院大学大学院法研会論集20巻1・2号（平18）138（1）頁参照。

(12) 最一小決昭34・10・29刑集13巻11号3076頁、最二小決昭55・12・9刑集34巻7号535頁。これを支持するのが通説と認められる。しかし、最一小決平6・12・19刑集48巻8号611頁（榎井村事件）は、執行猶予遯及満期の場合には補償対象になるとの解釈を示した。

の執行刑削減によって帳消しになるという錯覚が存在する。執行刑削減が未決勾留執行という過去の事実を消滅させることはあり得ない。「時間を返す」という表現が使用されることもあるが、これは比喩でしかなく、いったん奪われた自由な時間は絶対に取り返せない。だから、補償する他ないのである。そして、憲法40条で保障された法律所定の刑事補償が行われたと認めるためには、刑事補償法に規定された金銭支給を要する。故に、執行刑削減によって刑事補償の目的が達成されることもあり得ない。

このように、二重利益論は、執行刑削減によって未決勾留の被害が消滅して刑事補償が不要になるという誤解を内容とする論理であり、未決算入と刑事補償とが目的・要件・効果を全く異にすることを看過している。未決勾留が「長すぎたから執行刑を削減する」と「誤っていたから補償する」とことは別問題である。再審有罪判決の場合もこれと同様に、原判決宣告刑が「既に執行されたから重ねて執行しない」と「誤っていたから補償する」とことは別問題である。執行刑を削減しても、冤罪による未決勾留や刑の執行という過去の事実は消滅しない。刑執行を擬制しても、過去の未決勾留や原判決宣告刑の執行が爾後の刑執行に変化する訳ではない。未決勾留算入や原判決宣告刑通算による執行刑削減は、如何に説明するとしても、未決勾留や原判決宣告刑の執行という過去の事実に何等かの変更を加えるものではあり得ない。前章で指摘したように、法効果は無効化遡及により抹消できても、いったん発生した事実は絶対に抹消できないのである。

刑事補償は、冤罪たる裁判の法効果の問題ではなく、冤罪による未決勾留や原判決宣告刑の執行という永久に消滅しない過去の事実を要件とする制度であるから、未決勾留算入や原判決宣告刑通算による執行刑削減に影響されることはあり得ない。規定の上でも、刑事補償法3条2号が残余有罪を理由とする全部または一部の不補償を規定しているのであるから、明

---

(13) 詳細は、五藤恵梨子「未決勾留の本刑算入と刑事補償」愛知学院大学大学院法研究会論集21巻1・2号(平19)168(1)頁参照。



白に該当する規定の適用を拒絶し、同法に規定のない未決勾留算入や原判決宣告刑通算を理由として明文規定によることなく補償対象から排除することは、明らかに不合理であり、法令の解釈適用として誤謬である。

執行擬制の論者が刑事補償との関係を如何に理解しているかは判然とし<sup>(14)</sup>ないが、刑事補償請求権を消滅させるものであるなら、この点でも不当・不合理である。それは、執行擬制の論理が冤罪被害に正当な根拠を付与することによって冤罪被害という事実が消滅したかのように扱う誤謬に起因するものである。このような論理を適正な問題解決方法と認めることはできない。

第3に、原判決宣告刑と再審判決宣告刑との関係に関する問題がある。それは、通算の前提たる換算の問題であり、通算・執行擬制の論者が放置している解決不可能な問題である。

通算・執行擬制の論理は、再審判決宣告刑が原判決宣告刑と単位を異にする刑（以下「異種刑」と表記する）である場合に対応できるものではなく、<sup>(15)</sup>同一単位の刑（以下「同種刑」と表記する）しか想定していないと認められる。異種刑の場合をこの論理で説明するなら、例えば、原判決に基づく懲役執行を、再審判決の罰金に通算する、あるいは、再審判決に基づく罰金の執行とみなす、ということになる。しかし、換算の比率や判断権者

(14) 前掲註6各文献註10引用頁が通算の説明に際して述べている財産刑余剰分の還付も理解困難である。一部無罪の場合には刑事補償法3条2号により減額された刑事補償の対象である。国庫からの支出には根拠法条を要するところ、前掲各書は仮納付調整と同様に請求を俟たず必要的措置として還付することを想定していると認められるが、刑事訴訟法493条・494条を準用する旨の記述はなく、還付の根拠法条が不明確である。軽い罪の認定に留まって無罪認定がない場合は刑事補償の対象外であるから不当利得返還しかないが、いずれにしても、通算は執行済金額から再審判決宣告金額を控除する減額の根拠にはなり得ても金銭交付の根拠ではない。

(15) 原田・前掲註4論文130頁～131頁参照。本稿筆者が調査した限り、異種刑の場合の処理に言及する文献は見当たらない。言及を要しない自明の事柄ではないにも拘らず再審判決での異種刑宣告を想定した解釈論提示が存在しないという議論欠落状況には、驚愕する他ない。著名事件で実例のある異種刑宣告を無視したまま通算を論じることがどうしてできるのか、本稿筆者には到底理解できない。

といった必要事項の規定を欠く現行法の下で換算方法に言及しないまま異種刑の通算を論じるなら、論理欠落以外の何物でもない。罰金宣告に基づく懲役執行という説明は、意味不明と評する他ない。適正な内容の明文規定によらない刑執行は、罪刑法定主義違反・適正手続違反の批判を回避することができない。

また、換算するとしても、その方法を直ちに特定することができない。自由刑相互間なら日数のみで論じ、財産刑相互間なら金額のみで論じることと処理できるとしても、更に死刑囚拘置を自由刑執行と同一視するとしても、自由刑と財産刑との間では日数と金額との換算を要する。そのような換算に関する現行法の規定としては、労役場留置（刑法18条）ならびに未決勾留の裁定算入（刑法21条）および法定通算（刑事訴訟法495条）が存在するが、明文規定のない再審判決宣告刑と原判決宣告刑との換算に際して、これらの中からどれかを選択して準用するのか、何か別の方法によるのか、本稿筆者が調査した範囲では、通算を論じる文献に言及は見当たらない。原判決宣告刑執行の通算が裁判執行に際して裁量の余地のない必要的措置であるという理解から、準用すべき制度は法定通算であるという解釈を導くこともできるが、これは著しく不当・不合理な結論に至る。

如何なる方法によるとしても、刑と刑との間には法定の軽重順序があるから、その軽重順序が換算により逆転するという結果を生じてはならない筈である。これは、刑との間に軽重の概念が存在しない未決勾留を刑に換算する場合には存在しない問題である。即ち、刑事訴訟法452条の不利益変更禁止により「再審判決宣告刑 $\leq$ 原判決宣告刑」である筈のところ、換算して得られた数値が「再審判決宣告刑 $>$ 原判決宣告刑」になるなら、換算結果の点で不利益変更である。<sup>(16)</sup> 仮に不利益変更禁止は宣告刑自体の問題

(16) 逆の場合は不利益変更にならないという趣旨ではない。上訴でも再審でも、不利益変更の基準は刑法10条に基づく一義的な軽重順序に留まるものではない。刑種の相違を措いた刑期の長短や執行猶予の有無といった様々な事情が考慮対象とされるから、或る点で利益であり別の点で不利益であるという混在があり得る。このような場合の判断方法は論題から逸れるので本稿では論及しないが、いずれにして

であって換算結果は関係ないとして、問題はまだある。この場合に原判決宣告刑全部を通算しても、「再審判決宣告刑－原判決宣告刑＝再審判決執行刑」という計算により、原判決宣告刑全部執行の後に再審判決宣告刑の一部を執行するべきことになって、現実の二重刑執行という事態<sup>(17)</sup>を招く。このような結論は、絶対に容認できない。

そこで、軽重逆転を生じない換算方法が必要になるが、減軽を措いても、「科料9999円<拘留1日<拘留29日<罰金1万円<罰金∞円<禁錮1月」という軽重順序を常に維持する日額を一義的に提示することは不可能である。「科料9999円<拘留1日」を維持するためには日額1万円以上でなければならないが、「拘留29日<罰金1万円」を維持するためには日額344円以下でなければならないが、双方を満足する「1万円以上かつ344円以下」という金額は存在しない。「罰金∞円<禁錮1月」を維持する日額を定数として提示することができる筈もない。

法定通算の日額4000円は前記「1万円以上」「344円以下」の双方に反するし、刑事訴訟法改正によって日額を変更するとしても前記の通り双方を同時に満足する日額や罰金と禁錮との軽重順序を維持する日額の定数はあ

も、軽重逆転の結果を生じるような異種刑換算は不当・不合理である。

(17) 例えば、原判決宣告刑が懲役1月で再審判決宣告刑が罰金20万円の場合、宣告刑は不利益変更ではないが、1月＝30日として法定通算の日額で換算すると原判決宣告刑は「30日×4000円/日＝12万円」になり、軽重が逆転する。通算すると「再審判決宣告刑20万円－原判決宣告刑換算12万円＝再審判決執行刑8万円」になり、原判決宣告刑全部執行済の場合でも再審判決宣告刑の一部を執行するべきことになる。刑事補償が先行しても、原判決宣告刑執行という事実は消滅することなく存在し続けているから、いずれにしても明らかに二重刑執行である。

付言すれば、換算による軽重逆転は他にもあり得る。未決算入が同一日数でも重い刑は満つるまで算入になり軽い刑は執行刑残存になる可能性があり、労役場留置でも犯情の軽い被告人に対する罰金が犯情の重い被告人に対する懲役より長期の労役場留置になる可能性がある。五藤・前掲註13論文154(15)頁で指摘されているように未決算入は権利性を認め難いとしても、金銭徴収に代替する労役場留置という財産刑執行方法に起因する軽重逆転は看過し難い。しかし、現行法上は、裁判所の適切な裁量に期待する他なく、軽重逆転回避の保証はない。

り得ない。故に、法定通算の準用では不利益変更禁止違反・二重問責禁止違反の結論を排除できないから、適正な問題解決方法になり得ない。

現行法の範囲内で別の日額を提示するなら、労役場留置または裁定算入を準用する他ない。しかし、どちらも日額は裁判所の裁量事項であって軽重順序維持の保証はないから、不利益変更禁止違反・二重問責禁止違反の可能性を排除できない。故に、労役場留置や裁定算入の準用も適正な問題解決方法になり得ない。

このように、異種刑換算については、現行法に明文規定がないだけでなく、労役場留置や未決勾留の裁定算入・法定通算の準用によっても適切な結論を導き得ない。不合理な結論が明文規定上不可避である場合と異なり、準用という解釈論が不合理な結論を導くなら、それはその解釈が不合理であることを自ら論証するものである。よって、現行諸制度の準用はあり得ず、異種刑換算については現行のどの法令にも適用法条・準用可能法条が存在しないと認める他ない。通算の論理は、この点に全く言及しておらず、異種刑の場合に生じる問題を無視したまま提示されているのである。

これは、執行擬制という説明を行うか否かと無関係に、通算という方法自体に内在する致命的欠陥である。同種刑の場合には自明であるとしても、異種刑の場合に通算の前提たる適正な換算方法を現行法から導くことは絶対に不可能である。この問題を克服する換算方法は明らかに解釈を超える事柄であり、立法による基準設定以外の方法はありません。逆に言えば、異種刑換算に関する規定を持たない現行法は、再審判決宣告刑執行に際して原判決宣告刑執行を通算するという方法を全く想定していないと解する方が合理的である。このように、通算の論理は、現行法解釈として成

---

(18) 例えば、強盗致死罪・傷害罪の併合罪で強盗致死罪につき無期懲役を選択した場合、傷害罪が懲役相当の重いものであれば無期懲役1個の宣告になるが、傷害罪が罰金相当の軽いものであれば無期懲役および罰金の併科になる。明らかな軽重逆転であるが、刑法46条2項の明文規定から必然的に生じる結果である。

立し得ず、問題解決方法として採用できるものではない。

## 2 未決算入および執行猶予

判例集登載判例の中には、再審有罪判決に際して二重刑執行回避の結果を生じる措置が執られた例がある。それは、未決勾留の「満つるまで算入」<sup>(19)</sup> および刑の執行猶予<sup>(20)</sup> である。いずれも異種刑の事案であるが、これが偶然か意図的かは本稿筆者の知り得るところではない。

まず、再審判決宣告刑に未決勾留の満つるまで算入が付されていれば、執行不能決定（執行事務規程28条4号）を以て終了し、再審判決宣告刑が現実に執行されることはないので、二重刑執行は回避される。法定通算が宣告刑以上になる場合も同様である。

しかし、裁定算入は裁判所の裁量事項であり、法定通算でも宣告刑に満つることが制度的に保証されている訳ではない。そして、根本的問題として、未決勾留が行われていなかった場合には執り得ない方法である。故に、未決算入による執行回避は、条件が備わっている場合に問題からの逃避になり得るだけで、問題の解決にはなり得ない。

加えて、この方法には、未決算入の法効果に基づく二重問責の問題もある。算入分の刑は執行されずに終わるが、その趣旨については、算入分の刑が執行済とみなされることを意味すると解されている<sup>(21)</sup>。そうすると、原判決宣告刑執行の再審判決宣告刑への通算という論理と同じく、当該宣告

(19) 前掲註4 仙台高判昭52（弘前大学教授夫人殺し事件）では、罰金5000円と共に、日額1000円を以て原審未決勾留の満つるまで算入も宣告された。尤も、本稿では論及しないが、当該再審の審理と無関係な原審未決勾留を再審判決宣告刑に算入することの可否や再審における被告人勾留の可否という問題もある。

(20) 前掲註4 熊本地八代支判昭58（免田事件）では、懲役6月に執行猶予2年が付された。

(21) 井上文夫「被告人の召喚・勾引及び勾留」団藤重光編『法律実務講座刑事編第二巻』（有斐閣、昭28）191頁、246頁、団藤重光編『注釈刑法（1）総則（1）』（有斐閣、昭39）170頁（高田卓爾）、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第三版第1巻』（青林書院、平27）470頁（新矢悦二）等参照。

の確定と同時に執行擬制により受刑歴前科が発生する。<sup>(22)</sup> こうして、未決算入の法効果に関する通説的理解を前提とする限り、再度の受刑歴前科という二重問責問題が発生する点でも、未決算入は適正な問題解決方法と認め得ない。

別の方法として、再審判決の刑に執行猶予が付されていれば、再審判決宣告刑は猶予期間中執行されず、猶予取消なく猶予期間を経過すれば刑宣告の失効により刑執行の可能性は消滅する。二重刑執行という事態は生じない。

しかし、これも執行猶予要件が備わっている場合にのみ可能な裁量事項であるから、やはり問題からの逃避であって問題の解決ではない。そもそも、猶予期間中に猶予取消事由が発生した場合に猶予取消による刑執行を予定するのが執行猶予であるから、猶予取消なく猶予期間を経過するまで二重刑執行の可能性は解消されないまま存続している。もしも猶予取消になれば、現実の二重刑執行が不可避になる。また、原判決にも執行猶予が付されていた場合には、猶予取消による刑執行の威嚇に晒される猶予期間を再度経験することになるのであるから、これ自体が一種の二重問責であると評価することも不可能ではない。<sup>(23)</sup> 故に、執行猶予も適正な問題解決方

---

(22) 宣告刑に執行猶予が付された場合には、更に重大な問題になる。五藤・前掲註 13 論文 150 (19) 頁～149 (20) 頁で指摘されているように、当該裁判確定を以て本刑執行済とみなすなら、執行猶予が付された場合に「執行猶予中の執行」という違法な事態を擬制すると共に直ちに受刑歴前科を発生させて猶予期間経過による前科抹消との矛盾を生じさせることになる。あり得ないと評する他ない。

(23) 原田・前掲註 4 論文 131 頁参照。

また、再審判決での執行猶予については、猶予期間起算日の問題もある。前掲註 4 判例のうち、熊本地八代支判昭 58 (免田事件) および東広島簡判昭 58 は通常手続と同じく「本裁判確定の日から」と宣告したが、大阪高判平 4 は再審判決主文での原判決主文一部変更により起算日を原判決確定日とし、高松高判平 6 (榎井村事件) は、起算日として端的に原判決確定日を明示した。宣告方法は裁判実務上一定していない。検察実務としては「本裁判確定の日から」という判決でも起算日を原判決確定日とする由であるが、その根拠は必ずしも明らかではない。

猶予期間起算日遡及によって再審判決確定日が猶予期間経過後となれば、刑執行

法と認め得るものではない。

### Ⅲ 確実かつ平等な方法

前章で述べたように、異種刑を無視して専ら同種刑を前提とする通算・執行擬制の論理で二重刑執行問題を解決済とし、異種刑の場合には未決算入や執行猶予で逃避する、というのが、再審有罪判決への対応の現状である。いずれも、条件が備わっている場合に現実の二重刑執行を回避し得るものではあるが、各措置の要件を欠く事案では不可能な方法であり、当該事案における逃避に留まるものでしかない。このような方法は、確実かつ平等な対応にならないだけでなく、別の二重問責問題を生じる。このような措置を問題解決方法と認めることは到底できない。そこで、別の方法を検討しなければならない。

#### 1 執行禁止の論理

問題は、原判決宣告刑執行後に重ねて再審判決宣告刑を執行するべきでないという点に存在する。故に、解決のためには、まず再審判決宣告刑の執行可否をそれ自体として論じるべきである。これは、現実の刑執行を行わないという措置に関する法的説明方法の問題である。

一般論的に言えば、宣告刑は当然に執行されなければならない。しかし、これは絶対的な要求ではない。現行法の明文規定により、宣告刑の全部または一部が執行されないこともある。暫定的措置である執行猶予・執

---

が不可能であると共に再度の猶予期間という事態も生じない。しかし、原判決と再審判決との時間的間隔が小さければ起算日を遡及させても再審判決確定日は猶予期間内であることがあり得るから、起算日遡及も十分な解決方法ではない。五藤・前掲註13論文145（24）頁註16参照。なお、前掲註4東広島簡判昭58は、原判決確定後の別事件に係る実刑判決・刑執行に言及することなく、その直後に執行猶予付懲役を宣告している。このような点を含めて、同論文同所で指摘されているように、「再審裁判の基準時」として検討を要する。

行停止は措くこととし、確定的な全部または一部の不執行として、執行免除・執行減輕がある。ここから逆算して、執行減輕がなければ宣告刑をそのまま執行しなければならない、という命題を想定することができる。再審判決宣告刑が執行されたことにする、という通算・執行擬制の論理は、この命題を前提として提示されていると認め得る。

問題は、この前提命題にある。即ち、執行免除ではないから再審判決宣告刑を「執行しなければならない」という理解を前提とすることから、その刑を「執行してはならない」という憲法39条後段の要求との矛盾が生じる。そして、この矛盾への対応として、現実には執行することなく法的には執行したことにする、という執行擬制の論理が提示される。しかし、これが採用可能な論理ではないことは既に述べた。そこで、執行・不執行の矛盾を糊塗する論理ではなく、最初から矛盾を生じさせない論理を要する。そして、憲法の命題は法律解釈に際して絶対的要求であるから、「執行してはならない」ことは不動の前提であり、再審判決宣告刑を「執行しなければならない」という理解の当否を問題にするべきことになる。

この問題を検討するに当たり、別の場面で、執行免除がないにも拘らず宣告刑の全部または一部を執行できない旨の明文規定が存在することを指摘しなければならない。それは、併合罪数裁判に伴う措置である。刑法50条により併合罪について数裁判が行われて各裁判毎の刑として数刑が宣告された場合、刑法51条は、各刑の執行を原則としている（1項本文）が、1裁判なら科されない刑を「執行しない」（1項但書）、1裁判での併合罪加重上限を「超えることができない」（2項）と明記している。宣告刑をそのまま執行することを禁止する内容であるが、「執行を免除する」「執行を減輕する」という規定ではない。この場合に執行擬制の論理が妥当し得ないことも一見明白である。

このように、現行法には、執行免除にも執行減輕にも該当せず執行擬制という説明もできない場合に、宣告刑の全部または一部を執行できないこととする明文規定がある。「執行禁止」と呼ぶべき別の概念を以て説明す



る他ない場面が、現に存在するのである。故に、再審判決宣告刑を執行(したことに)しなければならないという理解は、現行法解釈に際して必須の前提命題ではない。

そこで、原判決宣告刑が執行された後には、憲法39条後段に基づき、再審判決宣告刑の執行がそれ自体として禁止される、という解釈を提示することができる。このように解すれば、執行されたとみなす必要はなく、むしろ執行されたとみなすことはできず、<sup>(24)</sup>同種刑でも異種刑でも、未決算入や執行猶予と無関係に、二重刑執行は直ちに確実に回避される。執行擬制に伴う受刑歴前科の発生もあり得ない。この解釈は、併合罪数裁判に際して現に明文規定によって執られている方法が執行減免でも執行擬制でもないから別の名称を付し、これが原判決宣告刑執行後の再審判決宣告刑にも妥当すると論じるものであって、新たな制度の創唱ではない。憲法の要求に基づく処理であるから、法律の明文規定がなくても成立可能な解釈である。

かようにして、宣告刑の全部または一部を執行できない場合として、執行免除・執行減輕とは別に、執行禁止という概念を使用すべきであり、他に説明方法のない併合罪数裁判の場合と並べて、再審判決宣告刑執行が<sup>(25)</sup>二重刑執行になる場合を、この論理によって処理すべきである。

(24) 尤も、執行擬制を否定すると、執行猶予要件や前科抹消起算日について規定された「執行を終えた」に該当するか否かという疑義が生じる。併合罪数裁判の場合の執行取止も執行不指揮も、文言上は執行終了・執行免除ではない。しかし、前科が永久に抹消されないことは不合理であるから、執行終了・執行免除と同様に扱うべきである。「執行されることがなくなった」という範疇を要すると解するなら、それは一部執行猶予の場合の恩赦による執行減輕に限った事柄ではない。

(25) 付言すれば、未決算入の場合も、本刑執行済とみなすのではなく、執行禁止と理解して執行可能刑期を明示する執行指揮を行うべきである。檢察実務では、刑期初日から暦に従って仮の刑期終了日を算出した後に、算入日数だけ遡った日を刑期終了日としている。しかし、宣告確定を以て刑執行済とみなすことは現実の刑期初日の時点で既に算入日数執行済とみなすことに他ならない。ならば、現実の刑期初日から算入日数だけ遡った日を刑期初日とみなさなければならない筈である。刑期終了日遡りか刑期初日遡りかが月の大小や平年・閏年の如何によって執行刑期の差

そして、このような刑法の実現や憲法の要求への対応は、当然に検察官の責務である。裁判の執行に関する刑事訴訟法 7 編・471 条以下の規定は、裁判が確定すれば検察官が当然に執行指揮を行うことを予定していると解され、二重刑執行回避のために執行指揮を禁止・制約する規定は存在しない。しかし、刑事訴訟法の明文規定がないにも拘らず執行指揮が禁止・制約される場面は、現に多々ある。

刑法 25 条等によって刑に執行猶予が付された場合には、猶予取消決定がない限り刑は執行されない。前述した併合罪数裁判に対する刑法 51 条適用の場合も、宣告刑の一部が執行されない。このような刑法の規定に対応して検察官の執行指揮を禁止・制約する規定は刑事訴訟法に存在しない。しかし、当然のこととして、執行猶予中は執行指揮を行わない。併合罪数刑中の吸収される管の刑については、未執行なら執行指揮を行わず、執行中なら執行取止指揮（執行事務規程 16 条 2 号但書、32 条 1 項）を行う。<sup>(26)</sup>併合罪数自由刑については、加重上限の超過に至る宣告刑につき執行可能刑期を明示する執行指揮（執行事務規程 16 条 3 号）を行う。これが検察実務であるところ、刑執行を刑法が禁止・制約している場合に検察官の執行指揮がこれに対応すべきことは刑法の実現として当然の措置であり、刑事訴訟法にその旨の明文規定がないからといって権限逸脱・違法になることはな<sup>(27)</sup>い。

このように、刑法の要求があれば刑事訴訟法の明文規定なしで執行指揮不遂行や執行取止指揮といった措置が執られるのであり、この点に関する

---

を生じることがあり、受刑者の有利・不利は偶然であるが、執行刑期算出も刑罰法令適用としての一貫性を要する。刑期初日は法律の明文規定により一義的に定まるから擬制による変更はできないと解するなら、刑執行済とみなすことはこれと矛盾する。

(26) この場合、1 裁判なら全く執行されない管の刑が一部とはいえ執行されたという事実は厳然として存在するが、これに対する救済制度は存在しない。全部執行済の場合も同様である。これは制度的欠落と評する他なく、立法措置が必要である。

(27) しかし、権限明示という観点からは、執行事務規程に先立ち刑事訴訟法に執行取止指揮等の規定を設ける方が望ましい。

疑義や異論はあり得ない。ならば、憲法に違反する二重刑執行は絶対に許されないのであるから、この場合には憲法39条後段の要求に基づいて刑の執行指揮が当然に禁止・制約されると解するべきである。刑事訴訟法にその旨の明文規定がないことは、かかる解釈への障碍になるものではない。

かようにして、再審判決宣告刑は、少なくとも原判決宣告刑が全部執行済である場合には、憲法39条後段に基づいて執行が禁止され、検察官は執行指揮を行ない得ないと解するべきである。

## 2 執行禁止の範囲

しかし、原判決宣告刑の執行が一部に留まって未執行分を残している場合には、なお検討を要する。再審判決確定によって原判決は失効するから原判決宣告刑の未執行分を執行することはできなくなるが、再審判決宣告刑が原判決宣告刑の既執行分を超過する場合には、当該超過分の刑執行は初の刑執行であって二重刑執行にならないと解することができる。このように解すると、超過分の刑執行を禁止する理由は存在しないので、再審判決宣告刑から原判決宣告刑の既執行分を控除した残余分の刑を執行するべきことになる。

このような処理を是認するとしても、これは通算と同一の引き算であるから、前述した通り同種刑の場合には可能であるが異種刑の場合には対応できない。再審判決宣告刑の全部を執行することは、少なくとも部分的に二重刑執行になるから、憲法39条後段違反である。執行済部分を控除して残余分執行に留めようとしても、異種刑換算規定欠缺の故に執行刑を特定できないから、残余分の執行指揮も不可能である。

そうすると、憲法39条後段違反を回避するためには、この場合も再審判決宣告刑の全部を執行禁止とする他ない。そして、異種刑の場合に換算規定欠缺の故に再審判決宣告刑の全部を執行禁止としながら同種刑の場合に引き算により再審判決宣告刑の一部を執行することは、被告人に帰責し得ない事情による不合理な差別として憲法14条に違反し、そのような不適正

な手続による刑執行は憲法31条違反でもある。

以上の検討から、再審有罪判決の場合の異種刑換算に関する規定を持たない現行法の下で疑義の余地なく一貫して確実かつ平等に二重刑執行回避を行うためには、原判決宣告刑が一部でも執行された後には再審判決宣告刑を常に全面的に執行禁止とする他ない、という結論が導かれる<sup>(28)</sup>。即ち、異種刑の場合だけでなく、同種刑の場合でも前記のような引き算による部分的刑執行は不可であり、一部だけであっても既に執行された原判決宣告刑の対象たる犯罪に対する再審判決宣告刑を執行することは絶対にできない、という解釈である。異種刑換算規定を持たない現行法の下で再審判決での刑宣告を前提とする限り、この解釈以外の問題解決方法はあり得ない。

尤も、この解釈を採用すると、部分的冤罪者が残余有罪事実に対する刑の執行を免れるという結果を生じ得る。これは、部分的冤罪者を全面的冤罪者と同等に扱って不当に利するものである、という批判を回避できない。しかし、これは異種刑換算規定欠缺から生じる結果であり、現行法の解釈論としては如何ともし難い。故に、この点は立法論として検討すべき事柄である。部分的冤罪者を不当に利することの阻止自体は憲法違反にならないが、これを実現するためには異種刑換算方法を規定して疑義のな

---

(28) 非常上告の場合も同様である。よって、執行事務規程のうち、通算に関する16条4号は再審・非常上告を削除して上訴権回復の場合のみとし、執行不能決定に関する28条5号も同様にして、別の号で本文記載の場合を一律に執行不能決定の対象とするべきである。

なお、このように解すると、再審判決宣告刑の執行猶予にも疑義が生じ、執行できない刑に執行猶予を付すことは無意味であると解する余地がある。執行猶予が付されれば取消が問題となるが、執行できない刑の執行猶予を取消することは無意味であるから、執行猶予取消請求を不可と解することも可能である。しかし、再審判決宣告刑の執行猶予が冤罪・再審と無関係な理由で取消されて、その猶予取消が刑法26条の3に規定された他刑執行猶予の付随的取消事由になる場合には、冤罪・再審と無関係な罪に係る刑の執行を禁止する理由がない。このような点を勘案すれば、再審判決宣告刑の執行猶予・執行猶予取消を是認する余地もある。

い引き算を常に可能にする法改正が必要である。そのような規定を持たない現行法の解釈は、部分的冤罪者の残余有罪部分に対する適正な処罰が不可能であることを前提とせざるを得ない。よって、部分的冤罪者を不当に利することは、現行法の下で再審判決宣告刑の全部を執行禁止とする解釈を否定する理由にならない。この解釈は、冤罪救済制度たる再審に関して、有罪者の適正な処罰を現行法の予定しない目的外事項として排斥し、「冤罪に対する不寛容<sup>(29)</sup>」を徹底するものでもある。

#### IV 結 語

以上の通り、表題に示した問題に関して、実務・学説に定着した論理の否認を内容とする私見を述べた。ここで論旨を要約しておく。

刑の執行減免がなければ宣告刑をそのまま執行（したことに）しなければならないという理解は誤謬であり、この理解を前提とする通算・執行擬制の論理は不適切である。執行免除・執行減輕とは別に執行禁止という概念を以て説明すべき場面が現行法の明文を以て規定されており、再審判決宣告刑もこれと同様に原判決宣告刑が一部でも執行された後には憲法39条後段により執行禁止になると解するべきである。そして、異種刑の場合に適正な引き算を可能にする規定が存在しない限り、同種刑を含めて常に全面的執行禁止とする他ない。これが、現行法の下で確実かつ平等な二重刑執行回避を実現する唯一の方法である。

本稿の検討は、刑事訴訟法で予定されて実務で現に行われている再審判決での刑宣告を前提とするものである。しかし、それが常に許容されるか否かは別問題である。本稿には検討の余裕がないが、再審判決での刑宣告が現在の実務よりも大幅に制約されるべきであるという解釈も、絶対的に不可能であるとは限らない。この点の結論如何によっては、本稿で論じた

---

(29) 高田昭正「無罪」法学教室197号（平9）52頁、53頁。

二重刑執行回避方法が使用場面を失うこともあり得る。この点を留保して、取り敢えず現在の実務を前提とする解釈論を提示した次第である。

本稿筆者が再審有罪判決の未解決問題に思い至って未熟な試論を公表したのは昭和末期であったが、30年を超える期間が経過した今日でもこの問題を正面から論じる文献に遭遇し得ないままである。かかる状況で本稿も前稿と同様に無視されると予測できるが、何時の日か優れた研究者・実務家がこの問題を論じる際の一助になり得ることがあれば光栄である。

(平成29年3月23日稿)