再審請求中の死刑執行をめぐる法的問題

葛野 尋之*

- I 問題の所在と本稿の骨子
- II 再審請求権の意義と性格
- III 再審請求中の死刑執行の違法性
- IV 再審請求中の死刑執行と請求手続の継続
- V 再審請求中の死刑執行による弁護権の侵害
- VI 終章

I 問題の所在と本稿の骨子

1 問題の所在

現在、大阪地方裁判所第 19 民事部合議 1A 係に係属している令和 2 年（ワ）第 12340 号国家賠償請求事件（以下、「本件」）は、再審請求中の死刑確定者についての死刑執行の適法性および死刑執行による弁護人の弁護権の侵害をめぐる、重要な法的問題を提起している。本件は、死刑確定者が 2017 年 9 月 12 日に第四次再審を請求した後、翌 2018 年 12 月 27 日に死刑執行により死亡したところ、同確定者が再審を請求するにあたり選任した弁護人（刑訴 440 条 1 項）が、この執行により自己の弁護権を侵害されたとして、国家賠償請求をした事件である。なお、大阪地決令 1・12・5¹⁾は、再審請求人が死亡したという事実と言及することも、請求人の死亡により再審請求手続が終了したとすることもなく、請求理由

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 21 巻第 1 号 2022 年 3 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

※※ 本稿は、原告代理人弁護団を通じて、大阪地方裁判所第 19 民事部合議 1A 係に提出した私の意見書「再審請求中の死刑執行の違法と死刑執行による弁護権の侵害に関する意見（2022 年 2 月 14 日）」をベースにしている。

1) 判例集未掲載。

が認められるかどうかを判断し、結論において認められないとして、請求を棄却した。

本件をめぐっては、様々な法的論点が存在しているところ、核心的論点は、第1に、再審請求中の死刑確定者について死刑を執行することが許されるのか、再審請求中の執行は請求人の再審請求権を侵害するものとして違法ではないのか、第2に、再審請求中の死刑確定者について死刑が執行されたとき、同確定者が請求した再審請求手続は終了するのか、それとも、死刑執行による請求人の死亡後も、再審請求手続は継続するのか、第3に、請求人の死亡後も再審請求手続が継続し、請求人が再審請求にあたり選任した弁護士が請求手続を迫行する権利を有するとするならば、請求人たる死刑確定者についての死刑執行により、弁護人の請求手続迫行権の効果的な行使が重大に妨げられ、この点において弁護人の弁護権が侵害されるのではないか、というものである。本稿は、これらの論点について理論的検討を加える。検討の射程は、「有罪の言渡を受けた者」(刑訴439条1項2号)が再審を請求した場合である。

ところで、再審請求中の死刑確定者について死刑を執行する例が、近年、顕著に増加している。かつて、実務においては再審請求の「手続が終了するまで死刑の執行をしないのが通常である」ともいわれていた²⁾。しかし、1999年には1件の執行が確認されており、その後、2017年に3件の執行が、2018年には10件の執行が報告されている³⁾。

刑訴法442条は、「再審の請求は、刑の執行を停止する効力を有しない。……」と定めており、また、法務大臣の死刑執行命令に関する刑訴法475条も、「判決確定の日から6箇月」経過後において再審請求によって執行命令が制限されることを明記してはいない。日本政府は、再審請求中の執行を停止すべきという規約人権委員会の勧告に対して、再審請求中に執行できないというのでは、請求が繰り返される限り永久に執行が不可能となり、また、個々の事案についても記録などを精査し、再審開始の事由があるかなどを検討しているとして、請求中の執行も認められるとの見解を表明している⁴⁾。

2) 田宮裕『注釈刑事訴訟法』(有斐閣、1980年)514頁。

3) 田鎖麻衣子「再審請求中の死刑執行」季刊刑事弁護98号(2019年)68頁。

死刑事件も誤判（本稿においては、「誤った犯罪事実の認定に基づく有罪判決」を意味するものとして用いる）の可能性から免れることはできない。誤判に基づく死刑の執行は「どんなことがあろうとも絶対に許されるべきでない不正義」である⁵⁾。これを回避するためには、通常手続において誤判を生じさせないための手続保障が徹底されなければならないことに加え、死刑判決の確定後においても、誤判を匡正するための制度が備えられ、十全に機能するようにしなければならない。判決確定後の誤判匡正を担うのが再審制度である⁶⁾。

再審を請求している最中に死刑を執行されると、再審を請求した死刑確定者は、誤判からの現実的救済を受ける機会を失うことになる。再審請求権が誤判からの現実的救済にとどまらない、誤判の匡正を求める権利としての本質を有するにしても、確定判決による刑の執行が終了していない限り、再審請求権の保障において、誤判からの現実的救済は重大な意義を有している（以下、誤判からの現実的救済に関する文脈においては、刑の執行が終了していない時期の再審請求を問題にする）。死刑確定者にとって、誤判からの現実的救済は自己の生命剥奪の阻止を意味するものであるから、再審請求権の保障におけるその意義はひとときわ重大である。最近、再審請求中の執行を違法とする見解もみられる一方⁷⁾、国に対して再審請求中には死刑執行に応じる義務がないことの確認を求める公法上の法律関係等の地位確認訴訟において、再審請求中に死刑を執行されない法的地位ない

-
- 4) 「自由権規約委員会の総括所見 (CCPR/C/JPN/CO/6) に対する日本政府コメント」(2015年8月) <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/index.html>
- 5) 団藤重光『死刑廃止論(第6版)』(有斐閣、2000年) 160頁。
- 6) アメリカにおいて、死刑事件についてスーパー・デュープロセスの保障とともに、死刑確定後にも重層的な誤判匡正の制度が設けられている点が注目される。これについて、岩田太『陪審と死刑』(信山社、2009年)、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ』(成文堂、2013年) 275頁、田鎖麻衣子「死刑事件における適正手続」季刊刑事弁護 83号(2015年)、「(連載)死刑事件と適正手続」法律時報 91巻 49号(2019年)など参照。
- 7) 福島至「死刑執行と自由権規約 6条 4項の保障」判例時報 2433号(2000年)は、日本の恩赦が「他の方法では救い得ない誤判の救済」という「再審請求と同種」の機能をも有しているとの理解から(142頁)、死刑確定者の「特赦又は減刑を求める権利」を定める国際自由権規約 6条 4項は再審請求の権利をも保障しており、再審請求中の執行はこの規定に違反するとする。また、仙台弁護士会「再審請求中の死刑囚に対する死刑執行の停止を求める意見書」(2020年8月27日) <https://senben.org/archives/8666> 参照。

し権利は認められないとした裁判例もある⁸⁾。

再審請求中の死刑執行が増加するなかで、再審請求中の執行が本当に適法といえるのかをあらためて検討する必要がある。また、再審請求中の執行が違法とされたとき、死刑執行による請求人の死亡後、その請求手続はどのように扱われるべきかも問題となる。本件は、これらの問題を提起しているのである。

2 本稿の骨子

上記の理論的検討を通じて、本稿は、以下のような結論を導く。

第1に、再審請求中の死刑執行は違法であって、その違法性は重大である。再審請求中の死刑執行は、誤判の匡正を求める請求人から、誤判からの現実的救済を受ける機会を奪うものである。この点において、請求人の再審請求権（刑訴435条・439条1項2号）を侵害する。再審請求権は、憲法32条の保障する裁判を受ける権利を再審請求の場面において具体化したものであるから、再審請求中の死刑執行は、憲法32条による裁判を受ける権利の侵害にも当たる。それとともに、憲法13条による個人の尊重および生命・自由の保障、憲法31条による適正手続の保障の趣旨にも反している。

再審請求中の死刑執行を違法とすることは、現行法の規定とも矛盾しない。また、刑訴法は同一の理由による請求の繰り返しを禁じる（刑訴447条2項）以外には、複数回の請求を制限していないから、再審請求によって死刑執行の機会が制限されたとしても、そのことは、確実な誤判の匡正のために複数回の請求を認めたことの帰結として受容されなければならない。

第2に、死刑執行によって再審請求人が死亡した後も、請求人が再審請求にあたり選任した弁護士が、請求手続の追行を担いつつ、請求手続は継続する。再審請求は、誤判からの現実的救済にとどまらず、誤判の匡正を求めるという目的を有している。本来あるべきでなかった違法な死刑執行により請求人が死亡したときに、請求人の死亡を理由にして再審請求の効力が失われるとすることは背理で

8) 大阪地判令2・2・20裁判所ウェブサイト。同決定は、法律上の争訟性および確認の訴えの利益を認め、また、行政事件訴訟により刑事判決の取消変更を求めるものでもないとして、訴えの適法性を認めた。

ある。弁護人が請求手続追行権を有することは、刑訴法 440 条 2 項が「再審の請求をする場合」における弁護人の選任の効力は「再審の判決」まで及ぶとしていることとも整合する。

第 3 に、再審請求中の死刑執行は、請求手続における弁護人の弁護権を侵害する。請求手続において、弁護人は、請求人の死亡前における包括代理権を基本とする弁護権と、死刑執行による請求人の死亡後における固有権としての請求手続追行権とから構成される弁護権を有している。請求人に対して効果的な援助を提供するためには、請求人との十分なコミュニケーションが必要とされるところ、再審請求中に死刑が執行され、請求人が死亡したならば、弁護人は、請求人とのコミュニケーションの機会を一切失うことになる。確定判決の証拠構造、犯罪事実の認定を基礎づけた証拠の証明力、新証拠に関する請求人側の主張・立証、検察官の意見に対する反論などについて、請求人と協議して検討を尽くすことができず、また、その指示を受けることが一切できないのであれば、弁護人が請求手続追行権を効果的に行使することはきわめて困難なものとなる。この点において、再審請求中の死刑執行は、弁護人の弁護権を侵害するのである。

これらを踏まえて、本件についてみるならば、本件事案において、死刑確定者たる請求人は、再審請求後、請求に対する判断が確定する前に、死刑執行により死亡した。この執行は、請求人の再審請求権（刑訴 435 条・439 条 1 項 2 号）、さらにはその裁判を受ける権利（憲法 32 条）を侵害する違法なものであった。請求人の死亡後、請求手続は終了することなく、請求人が選任した弁護人がその追行を担った。実際、本件事案において、再審請求を受けた裁判所は、請求人の死亡によって請求手続が終了したとすることなく、請求手続を継続させた（大阪地決令 1・12・5）。本件事案において、死刑執行により請求人が死亡した後、弁護人は請求手続追行権を有していたところ、死刑執行によって、請求人とのコミュニケーションの機会を一切失うこととなり、その効果的な行使を重大に妨げられた。この点において、再審請求中の死刑執行は、請求手続における弁護人の弁護権を侵害した。

II 再審請求権の意義と性格

1 再審請求権の基礎

本稿が検討する上記論点のうち、再審請求中の死刑執行の違法性を論じる前提として、死刑確定者を含む、有罪判決の確定により刑を執行された者の再審請求権の意義と性格を明らかにしておく。

刑訴法 439 条は、「有罪の言渡を受けた者」(以下、「有罪判決確定者」) に対して再審請求をする権利を保障している。この再審請求権は、誤った犯罪事実の認定に基づく有罪の確定判決を受けた者が、誤判の匡正を求める権利である。

刑事裁判は誤判の可能性から完全に免れることはできない。それゆえ、再審は、「非常救済手段とはいえ、裁判には不可欠な制度」である⁹⁾。憲法 39 条が二重の危険の禁止を定めたことにともない、不利益再審が禁止されたことによって、再審は端的に誤判からの「無辜の救済」のための制度として性格づけられた¹⁰⁾。誤判の匡正ないし無辜の救済に向けて再審制度が有効に機能するためには、まずもって再審請求権が十全に保障されなければならない。

誤判の匡正を求める権利は、誤判を受けることのない権利 (the right against wrongful conviction) から派生するものである。誤判を受けることのない権利は、個人の尊厳ないし人格の自律性の尊重という根源的価値に由来する¹¹⁾。個人の尊厳ないし人格の自律性は、個人の生命・身体的自由によって支えられているところ、正当な理由によることなく、国が個人の生命・身体的自由を剝奪することを許さない。誤判は、まさに正当な理由によることなく、刑罰を通じて、個人の生命・身体的自由を奪うものであるから、誤判を受けることのない権利は、生命・身体的自由の基本的保障として働くものである。

誤判は、誤った犯罪事実の認定に基づく有罪判決を言い渡された個人たる個人に対して、刑罰による生命・身体的自由の剝奪をはじめとして、重大な不利益を

9) 田宮裕「再審の指導理念」鴨良弼編『刑事再審の研究』(成文堂、1980年)19頁。

10) 田宮裕『一事不再理の原則』(有斐閣、1978年)294頁。

11) Ian Dennis, *Law of Evidence* (6th ed., 2017) p.p.38-41. イアン・デニスは、死刑が存在しないことを前提にして、「身体的自由」についてのみ言及しているが、本稿は、死刑が存置している場合を想定して、「生命・身体的自由」とした。

もたらす。この不利益は法的なものだけでなく、事実上の不利益をも含む。また、誤判による不利益は、本人だけでなく、その家族などにも及ぶ。この不利益の賦課を正当化することはできない。とはいえ、このような功利主義的根拠だけが、誤判を受けることのない権利を基礎づけているのではない。

権利論の観点からすると、自由な民主的社会においては、個人の尊厳ないし人格の自律性こそが根源的価値として認められるべきところ、上記のように、誤判は、正当な理由によることなく、国が個人の尊厳ないし人格の自律性を支える個人の生命・身体を剥奪することにはかならないから、誤った有罪判決および無辜の処罰こそが、とりわけ回避しなければならない目標とされる。誤った有罪判決によってもたらされる道徳的害悪は、真犯人を誤って処罰しないことによって生じる害悪よりもはるかに重大なのである¹²⁾。それゆえ、誤った有罪判決および無辜の処罰の回避は、強い道徳的・政治的要請となるのである。

このように理解するとき、誤判を受けることのない権利から派生する誤判の匡正を求める権利としての再審請求権は、たんに刑法上の権利として保障されているのではなく、憲法による生命・身体を自由（13条）、さらには財産権（29条1項）の保障に根ざしたものであり、また、法律の定める適正な手続による刑罰の具体的実現を定めた憲法31条に由来するものといえよう。より根源的には、個人の尊重を保障する憲法13条から導き出されるものだというべきであろう¹³⁾。

死刑確定者が誤判の匡正を求めるとき、その再審請求権の重要性は、他の場合に比してひとときわ高いというべきである。権利論の観点からすれば、生命に対する権利こそは至高の価値を有しており、誤判による刑罰のなかでも、誤判による死刑こそが究極の道徳的・政治的害悪だからである。

12) Dennis, *supra* note 11, at 39 は、無罪確定者について再度の訴追を禁止する一方、誤判からの無辜の救済については期限を設けないという法制度のなかに、このことが具体化しているとする。

13) Dennis, *supra* note 11, at 37 は、誤判を受けることのない権利の実定法上の根拠として、個人の自由についての権利および法律に基づく刑罰を保障する欧州人権条約5条・7条をあげている。

2 再審請求権と裁判を受ける権利

再審請求権はまた、憲法32条が保障する裁判を受ける権利を再審請求という場面において具体化したものである。

裁判を受ける権利とは、「すべての人が平等に、政治部門から独立の公平な裁判所の裁判を求める権利を有するということ（民事、行政事件の場合）、および、そのような裁判所の裁判によるのでなければ刑罰を科せられないこと（刑事事件の場合）を意味」し、前者は「司法拒絶」の禁止として捉えられ、後者は「31条の定める適正手続の要請でもあり、さらに憲法37条1項が重ねて規定するところ」だとされる。この権利は、裁判所による違憲審査権が認められているところでは、「人権保障のための手続上の権利」の性格を強く帯びることになり、「基本権を確保するための基本権」というべき性質を有するものとされる¹⁴⁾。

憲法32条にいう「裁判」がなにを意味するかについて、かつて最大判昭31・10・31¹⁵⁾は、ある事件を処理するのに訴訟手続によるか非訟手続によるかは立法政策の問題であるとの立場をとり、調停に代わる裁判（強制調停）を非訟手続によることを合憲とした。しかし、その後、最大判昭35・7・6¹⁶⁾は、「性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかんに拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判が、憲法所定の例外の場合を除き、公開の法廷における対審及び判決によってなされないとするならば、それは憲法82条に違反すると共に、同32条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却する」と判示し、強制調停を違憲とした。この判示は、「法律上の実体的権利義務自体を確定することが固有の司法権の主たる作用」であるとの理解¹⁷⁾を前提として、「事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するような裁判」こそが「訴訟事件」であって、「訴訟事件」の裁判は公開の対審・判決によるべきとするのが憲法82条であり、憲法32条は、「訴訟事件」についてそのような裁判を受ける権利を保障しているとするものである。憲法32

14) 樋口陽一他『注釈日本国憲法（上）』（青林書院新社、1984年）716頁〔浦部法穂〕。

15) 民集10巻10号1355頁。

16) 民集14巻9号1657頁。

17) 最大判昭40・6・30民集14巻9号1657頁。

条にいう「裁判」と憲法 82 条の保障する公開の対審・判決によるべき「裁判」とを同一視するのである。

最大判昭 42・7・5¹⁸⁾は、刑事再審の請求手続について、「憲法 82 条は、刑事訴訟についていうと、刑罰権の存否ならびに範囲を定める手続について、公開の法廷における対審および判決によるべき旨を定めたものであつて、再審を開始するか否かを定める手続はこれに含まれない」と判示した。再審請求手続が、憲法 82 条のもとでの公開の対審・判決による裁判の保障の埒外にあるとするならば、上記最高裁判決とあわせ考えたとき、再審請求手続については、憲法 32 条による裁判を受ける権利の保障も及ばないということになる。

上記大阪地判令 2・2・20 は、再審請求中の死刑確定者は死刑を執行されることのない法的地位ないし権利を有しているとの原告の主張に対して、最大判昭 42・7・5 を参照しつつ、「憲法 32 条は、何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない旨規定するところ、これを刑事訴訟についてみると、刑罰権の存否及び範囲を定める手続について、独立した公平な裁判所の公開法廷における対審及び判決によるべきであることを定めたものと解するのが相当である……。そうすると、独立した公平な裁判所において公開・対審の訴訟手続による確定判決を受けた場合において、その後の非常救済手続である再審手続の審理が終了しない間に死刑が執行されたとしても、憲法 32 条が保障する裁判を受ける権利が侵害されたということとはできない」とした。憲法 32 条の保障する「裁判」は、

18) 刑集 21 巻 6 号 764 頁。なお、最決昭 33・5・27 刑集 12 巻 8 号 1638 頁は、再審請求手続が非公開であることは「公開裁判を受ける権利」を保障する憲法 37 条 1 項に違反するとの弁護人の上告趣意に対して、「一たん公開公判手続を経た確定判決に対する再審を開始するか否かの手続は、公判そのものではなく憲法にいわゆる『裁判の対審』ではないと解すべき……」と判示しており、再審請求手続が憲法 82 条 1 項にいう「裁判」に当たらないとしているが、同決定における「再審は確定判決の効果を動かすものであるから、法は厳格な要件の下においてのみその開始を許すのである。刑訴 435 条 6 号にいう『明らかな証拠』というのは証拠能力もあり、証明力も高度のものを指称すると解すべきであつて、被告人の弁護人宛の事件を否認する書信の如きは証拠能力の点からいつても、また証明力の点からいつても到底『明らかな証拠』ということとはできない」とする判示については、「明らかな証拠」に当たるかどうかは、新旧両証拠すべてを総合的に評価して、「疑わしいときは被告人の利益に」という観点から、確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだかせ、その認定を覆すに足る蓋然性のある証拠かどうかにより判断すべきとする最決昭 50・5・20 刑集 29 巻 5 号 177 頁により、実質的に否定されている。

「公開・対審の訴訟手続による確定判決」による裁判をいうのであって、再審請求手続については同規定による裁判を受ける権利の保障が及ばないとしたのである。

しかし、憲法32条にいう「裁判」を憲法82条により公開の対審・判決によることが保障されるべき訴訟事件の裁判に限定するという最高裁判例の立場は、憲法学説から、広く批判されることとなった¹⁹⁾。この批判は、訴訟の非訟化という流れのなかで強まった。公開・対審の手続が適当でない事件は、訴訟事件か、非訟事件かという形式的区別によってではなく、事件の内容・性質によって決まると考えるべきであって、憲法32条は、「公開・対審をあくまでも基本原則とし、しかし、それを唯一絶対とせず、すべての裁判について、その事件の性質・内容に応じた最も適切な手続によるべきことを要求する」ものだと理解すべきとするのである²⁰⁾。

このような立場からすると、刑事事件についても、憲法32条の保障する「裁判」が、公開の対審・判決によるべき「刑罰権の存否及び範囲を定める手続」に関するものに限定されるということにはならない。刑訴法において、再審請求手続が、再審を開始するかどうかを決定するために、確定有罪判決を支えた旧証拠を再評価したうえで、請求人の提出した新証拠が「無罪……を言い渡(す)……べき明らかな証拠」(刑訴435条6号)に当たるかを判断するという手続の性質に応じて、公開の対審・判決によらないものとされたのだとしても、請求人がその誤判を匡正する権利を具体的に実現するために、再審請求に対する裁判所の裁判を求める手続として、その性質と憲法的意味における重要性に相応しい適正さを確保したものでなければならない。このような適正な手続による裁判を、憲法32条は保障しているものと理解すべきである。このような理解に立つとき、再審請求権は、たんに刑訴法により保障される権利というだけではなく、憲法32条により保障される裁判を受ける権利を再審請求の場面において具体化したものだということになる。

19) 芦部信喜編『憲法Ⅲ・人権(2)』(有斐閣、1981年)302頁〔芦部〕など。

20) 樋口・註14書722頁〔浦部〕。

3 再審請求権と再審公判の裁判にアクセスする権利

再審請求権が憲法 32 条の保障する裁判を受ける権利を再審請求の場面において具体化したものであることは、再審制度の二段階構造、そのなかでの請求手続における請求人の能動的立場からもいえることである。

再審公判は、公開の対審手続を通じた判決によって被告人の罪責と有罪の場合の量刑を判断する手続であるから、憲法 32 条の保障する公開の対審・判決によるべき「刑罰権の存否及び範囲を定める手続」(最大判昭 42・7・5)にほかならず、憲法 32 条による裁判を受ける権利の保障が及ぶべき手続であることに疑いはない。翻って、裁判へのアクセスが十全に保障されない限り、裁判による法的救済を確保することはできないことからすると、もともと、憲法 32 条の保障する裁判を受ける権利は、裁判所の裁判にアクセスする権利の保障を含むものとして理解すべきである。このことは、民事事件の裁判を受ける権利について、憲法 32 条が「司法拒絶」の禁止を定めているとする理解と重なるものであるが、同規定の英文が、裁判を受ける権利を“the right of access to the courts”と表現していることからいえることである²¹⁾。

再審請求権は、再審公判の裁判にアクセスする権利として捉えることができる。刑訴法の定める再審制度において、請求手続は、請求人の提出した新証拠が「無罪……を言い渡(す)……べき明らかな証拠」(435 条 6 号)に該当することなど、再審の請求に理由があるかどうかを判断し、理由があると認めたときに再審の開始を決定する手続である(448 条 1 項)。この開始決定によって、再審公判が開始される(451 条 1 項)。請求人は、請求手続を通じて裁判所の開始決定を

21) 欧州人権条約 6 条 1 項は、民事事件か、刑事事件かを問わず公正な裁判を受ける権利を保障しているところ、欧州人権裁判所・人権委員会の一連の判例は、この権利は裁判所の裁判にアクセスする権利を包含しているとしている。この点について、北村泰三『国際人権と刑事拘禁』(日本評論社、1996 年) 130 頁・238 頁、葛野尋之『刑事手続と刑事拘禁』(現代人文社、2007 年) 255 頁、同『未決拘禁法と人権』(現代人文社、2012 年) 273 頁参照。M・カベレッティ=B・ガース(小島武司訳)『正義へのアクセス——権利実効化のための法政策と司法改革』(有斐閣、1981 年)は、「裁判への実効的なアクセスは、すべての者のために法律上の権利を単に宣言するだけでなくこれを現実に保障する、現代の平等を基調とする法律制度の最も基本的な礎——最も基本的な『人権』——である」と説いている。

得たときに、再審公判の裁判を受けることになるのである。

刑事事件の通常手続においては、公判手続を始動させる公訴提起の権限を検察官が有しており、検察官が公訴を提起すると、被告人は応訴を強制される立場におかれる。被告人は防御の主体であるにせよ、手続の開始という点についてみると、受動的立場にある。これに対して、再審公判は、請求人が再審を請求し、裁判所が再審開始を決定することによって始動する。請求手続の開始において、請求人は能動的立場にあって、この請求人の立場は、民事事件の裁判における原告の立場と共通性を有している。民事事件について、憲法32条は裁判にアクセスする権利を保障し、「司法拒絶」を禁止している。

このような再審制度の二段階構造、そのなかでの請求手続における請求人の能動的立場からすると、請求手続は、まさに請求人が再審公判の裁判にアクセスするための手続だということができる。再審公判の裁判を受ける権利を保障するためには、それにアクセスするための手続たる請求手続の利用が、十全に保障されなければならない。請求手続の利用が十全に保障されなければ、いくら再審公判の裁判を受ける権利を保障したといっても、それは形骸化を免れえない。憲法32条が再審公判の裁判を受ける権利を保障するとき、その保障は、この裁判にアクセスするための請求手続を十全に利用する権利をも包含しているというべきなのである。そうであるならば、再審請求権は、再審公判の裁判にアクセスする権利として、憲法32条の裁判を受ける権利を具体化したものだけということができる²²⁾。

かりに、一連の最高裁判例に従って、憲法32条が保障する裁判は、公開の対審・判決によるべき「刑罰権の存否及び範囲を定める手続」に関するものに限定されるとし、再審公判についてのみ同規定による裁判を受ける権利の保障が及ぶ

22) 再審公判だけでなく、請求手続についても憲法32条による裁判を受ける権利の保障が及ぶとする本稿の見解とは異なり、豊崎七絵「再審請求権の本質」法律時報92巻1号(2000年)77頁は、再審制度については、「再審公判での『公正な裁判を受ける権利』の実効的保障を中核とする、再審公判中心主義」が指導理念となるとし、請求手続は「再審公判の準備のための、証拠の収集・保全を行う手続として位置づけられるべきであり、そのことは請求手続における「請求人の能動性と裁判所の後見性によって確保・遂行される」とする。

ことになるとの前提に立ったとしても、請求手続には少なくとも憲法32条による裁判を受ける権利の保障の趣旨が及ぶものと理解すべきであろう。請求人は請求手続を通じて裁判所の開始決定を得てこそ、再審公判の裁判を受けることができるという点において、請求手続が再審公判の裁判にアクセスするための手続であることはたしかであって、請求手続は再審公判の裁判と密接に関連する手続だからである。

Ⅲ 再審請求中の死刑執行の違法性

1 死刑執行による再審請求権の侵害

再審請求権が、刑訴法上の権利（刑訴435条・439条1項2号）であるにとどまらず、誤判の匡正を求める権利として、憲法13条・31条に基礎づけられた誤判を受けることのない権利から派生したものであり、さらにそれは、憲法32条の保障する裁判を受ける権利を再審請求の場面において具体化したものであるとすると、再審請求中の死刑執行は違法であって、その違法性は重大だといえるべきである。

再審請求権は、たしかに、誤判からの現実的救済にとどまらない、誤った犯罪事実の認定に基づく有罪判決の匡正を求める権利としての本質を有している。そうとはいえ、再審請求権において、有罪判決確定者に対して誤判からの現実的救済を保障することは、特別に重大な意義を有している。刑訴法439条1項4号において、「有罪の言渡を受けた者……の配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹」が再審の請求をできるのは、「有罪の言渡を受けた者が死亡し、又は心神喪失の状態に在る場合」に限られているのは、再審請求権の帰属主体として、「有罪の言渡を受けた者」に対して特別に重要な位置を与えていることの現れだといえよう。それは、「有罪の言渡を受けた者」こそが、誤判による刑罰を実際に科された主体であるからであって、再審請求権の保障において、誤判からの現実的救済が重大な意義を有しているからであろう。死刑確定者にとって、誤判からの現実的救済は自己の生命剝奪の阻止を意味するものであるから、再審請求権の保障におけるその意義はひとときわ重大である。

国が、再審請求中に死刑を執行することは、誤判の匡正を求める請求人から、誤判からの現実的救済を受ける機会を奪うものにはかならない。死刑執行によって、誤判からの現実的救済を受けるべき主体たる再審請求人の生命が奪われるからである。この点において、請求人の再審請求権（刑訴435条・439条1項2号）を侵害することになる。それはまた、憲法32条の保障する裁判を受ける権利の侵害にも当たる。さらには、誤判の匡正を求める権利を基礎づけている憲法による個人の尊重と生命・身体の自由の保障（13条）および適正手続の保障（31条）の趣旨にも反する。

国が死刑確定者に対して再審請求権を保障する以上、本来、国は、死刑確定者の再審請求権を尊重すべき義務を負っている。再審請求は、国の機関たる裁判所による確定判決について、裁判所に対して再審の開始を求めるものであるから、請求人にとって、国はその実質的な相手方といえる立場にある。死刑確定者に対して再審請求権を保障する一方で、死刑確定者が自ら再審請求権を行使している最中に、再審請求の実質的な相手方たる国がその確定者の死刑を執行し、再審請求権の帰属主体たる人の生命を奪い、誤判からの現実的救済を受ける機会を失わせることは、死刑確定者の再審請求権を尊重すべき義務に反するものであって、死刑確定者に対して再審請求権を保障した趣旨とまったく相容れない。

以上のように、再審請求中の死刑執行は、誤判の匡正を求める請求人から、誤判からの現実的救済を受ける機会を奪う点において、請求人の再審請求権を侵害する（刑訴435条・439条1項2号）。それは同時に、請求人の裁判を受ける権利（憲法32条）の侵害にも当たり、さらに、個人の尊重と生命・身体の自由の保障（同13条）および適正手続の保障（同31条）の趣旨にも反する。また、再審請求中の死刑執行は、死刑確定者に対して再審請求権を保障した趣旨とも相容れない。これらのことからすれば、再審請求中の死刑執行は違法であって、その違法性は重大である。

かりに、再審請求手続については憲法32条の裁判を受ける権利の保障が直接及ぶことはなく、その趣旨が及ぶにとどまるとの理解に立ったとしても、再審請求中の死刑執行が違法であって、その違法性が重大であることに変わりはない。

2 現行法規定の解釈における基本的視座

刑事訴訟法のなかには、一見すると、再審請求中であっても請求人の死刑を執行することを禁じていないかのような規定が存在する。これらの規定から、再審請求中の死刑執行も許されるとの結論を導き出し、もって再審請求中の死刑執行は適法であるとする立場もある。しかし、このような立場は、再審請求権の憲法的意味における重要性、そして再審請求中の死刑執行による請求人の再審請求権の侵害という問題の本質を看過しているものといわざるをえない。

上記のように、再審請求権(刑訴435条・439条1項2号)は、誤判の匡正を求める権利として、憲法13条・31条に基礎づけられた誤判を受けることのない権利から派生したものであり、さらにそれは、憲法32条の保障する裁判を受ける権利を再審請求の場面において具体化したものである。再審請求権のこのような憲法的重要性からすれば、再審請求中の死刑執行は誤判の匡正を求める請求人から誤判からの現実的救済を受ける機会を奪うという点において、請求人の再審請求権を侵害する違法なものでないかということこそが先決問題であって、現行法の規定は、この先決問題についての結論に適合するように解釈されなければならない。

先に確認したように、再審請求中の死刑執行は、請求人の再審請求権を侵害する違法なものであって、同時にそれは、憲法32条の保障する裁判を受ける権利の侵害でもあり、また、憲法13条・31条の保障の趣旨にも反している。それゆえ、現行法の規定は、再審請求中の死刑執行が違法であるとの結論に沿って、それと矛盾しないよう解釈されなければならない。

3 刑訴法442条の解釈

刑訴法442条本文は、「再審の請求は、刑の執行を停止する効力を有しない。但し、管轄裁判所に対応する検察庁の検察官は、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」と定めている。同規定の本文からすると、再審請求は死刑の執行を停止する効果を有せず、それゆえ、再審請求中の死刑執行も違法ではないかにみえる。

たしかに、同規定の本文は、再審請求が刑の執行停止の効力を有しないことを

明記している。しかし、死刑の場合と自由刑・財産刑の場合とを、等しく扱うべきではない。死刑の場合には、刑が執行されると、再審請求権の帰属主体たる人の生命が失われることになる。それにともない、請求人たる死刑確定者は、誤判からの現実的救済を受ける機会を失う。上記のように、国が再審請求中に死刑を執行することは、誤判の匡正を求める請求人から誤判からの現実的救済を受ける機会を奪う点において、死刑確定者の再審請求権を侵害するものである。

これに対して、自由刑・財産刑の場合であれば、再審請求中に刑の執行が停止されなくとも、再審請求権の帰属主体たる人が存在しなくなるわけではないから、有罪判決確定者から誤判からの現実的救済を受ける機会が奪われることはない。したがって、有罪判決確定者の再審請求権が侵害されることにはならないのである。

再審請求中の死刑執行は、請求人たる死刑確定者の再審請求権を侵害するものであって、再審請求権を尊重すべき国の義務に反するものであるから、違法であり、その違法性は重大である。それゆえ、再審請求が刑の執行停止の効力を有しないとす刑訴法442条本文は、死刑の場合を除外するものとして解釈されなければならない。再審請求がなされたときに、再審請求中の死刑執行が重大な違法性を有するにもかかわらず、執行は停止されないことは、背理である。

再審請求中の死刑執行が違法であることからすれば、本来、検察官は、同規定但書に基づき、「再審の請求についての裁判があるまで刑の執行を停止」すべき義務を負っているというべきであろう。刑訴法479条は、死刑確定者が「心神喪失の状態に在るとき」(1項)または「死刑の言渡を受けた女子が懐胎しているとき」(2項)は、「法務大臣の命令によつて執行を停止する」と定めており、これらの事由による死刑の執行停止は「法務大臣の命令」によるとしているところ、再審請求を理由とする刑の執行停止については、刑訴法442条但書によって検察官の処分としてなされることとしても、執行停止の事由に差異があり、また、有罪判決確定者に利益な再審の請求をなしうるなど(刑訴439条1項)、再審請求手続において検察官が「公益の代表者」(検察4条)としての地位にあることからすれば、問題はないといえよう。

4 刑訴法 475 条の解釈

刑訴法 475 条は、1 項において、「死刑の執行は、法務大臣の命令による」としたうえで、2 項において、「前項の命令は、判決確定の日から六箇月以内にこれをしなければならない。但し、上訴権回復若しくは再審の請求、非常上告又は恩赦の出願若しくは申出がされその手続が終了するまでの期間及び共同被告人であつた者に対する判決が確定するまでの期間は、これをその期間に算入しない」と定めている。この 2 項の規定からすると、再審の請求によって法務大臣の執行命令が制約されるのは、判決の確定から 6 か月以内に限られ、6 か月経過後は、再審請求中であっても執行命令に制約はないようにもみえる。

しかし、もともと、刑訴法 475 条 2 項における「六箇月以内」の執行命令（本文）は、法的拘束力を有しない訓示にとどまるものであって²³⁾、その期間に再審請求期間を「参入しない」こと（但書）それ自体が、大きな意味を有するわけではない。そうすると、但書の実質的意義は、列挙された手続の結果いかんにより確定判決に影響が及ぶ場合もありうるため、生命の尊重という趣旨から、これらの手続が終了するまでは執行命令を発しないことを期待してこのように規定されたという点にあるというべきである。

刑訴法 475 条 2 項は、判決確定から 6 か月経過後の執行については、直接にはなんら規定しているものではないところ、但書の規定をもとに、6 か月経過後であれば、列挙された手続終了前であっても執行命令を発することになんら制約はないとすることはできない。同規定本文による「六箇月以内」の執行命令は訓示規定であるとの理解に立ち、6 か月経過後の執行命令をも認める以上は、手続の結果いかんにより確定判決に影響が及ぶ場合がありうることは、判決確定から 6 か月経過後についても同じく妥当するのであるから、同規定の趣旨としては、生

23) 東京地判平 10・3・20 判タ 983 号 222 頁は、「刑訴法 475 条 2 項は、法的拘束力のない訓示規定と解すべきである。／仮に、同項が訓示規定でないとしても、同項に基づく法務大臣の義務は、確定判決がいつまでも執行されないまま放置されることを防止する趣旨から課された義務というべきである。また、死刑は執行を受ける者の生命を断つという回復できない不利益を与える刑罰であるから、たとえ死刑の執行に至るまで死の恐怖が継続するとしても、死刑確定者にとって速やかに刑の執行を受けることが利益であるということではできず、死刑確定者に対する関係で速やかに刑の執行をすべき義務を想定することはできない」と判示している。

命の尊重という観点から、6か月経過後においても、手続終了前には執行命令を発しないことこそが期待されているというべきであろう²⁴⁾。このような理解に立つとき、再審請求中の死刑執行は請求人の再審請求権を侵害するものとして違法であって許されないとするのと、刑訴法475条2項の規定とのあいだにまったく矛盾はない。

また、再審請求中の死刑執行が許されないということは、死刑の執行が請求人の再審請求権を侵害する違法な執行であるがゆえのことであって、行政の裁量的な判断によって裁判の執行を行わないということではない。それゆえ、裁判とその執行をめぐる司法と行政との関係という観点からも、問題は生じない。むしろ、再審請求中の死刑執行は、行政の判断による執行をもって、請求人から、裁判所の判断による誤判からの現実的救済の機会を奪うものである。再審請求中の執行が、再審請求権（刑訴435条・439条1項2号）の侵害にとどまらず、憲法32条の保障する裁判を受ける権利の侵害にも当たるとするのは、このことを意味している。

5 再審請求の繰り返しと死刑執行

再審請求中の死刑執行が違法であって、許されないということとなれば、死刑確定者が再審請求を繰り返す限り、永久に執行ができなくなることになるから、請求中の執行が許されないとするのは不合理であるとする意見がある。本稿冒頭において示したように、日本政府も、自由権規約委員会に対して、このような意見を表明している。

しかし、刑訴法447条2項は、請求棄却の「決定があつたときは、何人も、同一の理由によつては、更に再審の請求をすることはできない」と定めており、同一の理由による請求の繰り返しを禁じているのみであって、「同一の理由」によるものでない以上、再度の請求を認めるというのが刑訴法の立場である。そうであつてこそ、誤判の匡正という目的に向けての再審制度の十全な機能が保障されるというべきであろう。実際、再審無罪が確定した死刑事件4件を含め、これま

24) 同規定の立法趣旨および解釈について、田鎖・註2論文66頁参照。

での再審開始の決定の多くは、複数回の請求の結果としてなされたものであった。そうであるならば、複数回の請求は、「同一の理由」によるものと裁判所が認める限りにおいて制限されるべきであって、再度の請求によって死刑執行の機会が制限されたとしても、そのことは、確実な誤判の匡正のために複数回の再審請求を認めていることの帰結として受容されなければならない。

日本政府の第5回定期報告に対する自由権規約委員会の総括所見は、「死刑事件の再審請求や恩赦の出願による執行停止効を確保すべきである」としたうえで、「執行停止の濫用を防止するため、恩赦の出願の回数には制限が設けられてもよい」としており (para. 17)²⁵⁾、恩赦出願の回数制限に言及しながらも、再審請求の回数制限には触れていない。同総括所見の趣旨も、再審請求中の施行は停止されるべきことを前提として、再審請求については回数を制限してはならないというものだといえよう。

IV 再審請求中の死刑執行と請求手続の継続

1 請求人死亡による請求手続終了とする立場

再審請求中の死刑執行は、請求人の再審請求権を侵害するものであって、違法である。この前提に立ったとき、死刑執行により請求人が死亡した場合、請求手続は終了することになるのか。再審開始の決定が確定した事件については、「有罪の言渡を受けた者が、再審の判決がある前に、死亡し (た) ……とき」でも、再審手続が継続するものとされている (刑訴 451 条 2 項 2 号)。しかし、請求手続中に請求人が死亡したときについては、死刑執行による場合も含め、規定がない。

請求人の死亡により請求手続は終了するという見解が有力である²⁶⁾。三鷹事件の死刑確定者が再審を請求し、再審請求中に死刑執行によるのではなく死亡し

25) https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/jiyu_kenkai.pdf

26) 伊藤栄樹他『新版・註釈刑事訴訟法 (第7巻)』(立花書房、2000年) 148頁 [白井滋夫=河村博]、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法 (第4版増補版)』(弘文堂、2016年) 1140頁など。

た事案について、東京高決昭42・6・7²⁷⁾は、請求人の死亡は請求手続にいかなる効力も与えないとする弁護人の主張に対して、請求手続の「基本的な性格は裁判所対再審請求者の関係」であって、裁判所は再審請求について決定する場合には請求人から意見聴取をする必要があること（刑訴規286条）、決定謄本を請求人に送達しなければならないことをあげて、「この手続段階における請求者の存在は欠くことのできない要素であるといわなければなら」ず、そのことからすれば、請求人の「死亡によつて手続は本質的な形を失い、ひいて当該請求事件は実質上終了せざるを得ない」と判示した。同決定はさらに、刑訴法には請求人の地位の継承を認める根拠規定は存在せず、再審請求について民事訴訟のような権利ないし訴訟物の継承という観念を容れる余地はなく、また、刑訴法440条2項が、再審請求する場合の弁護人の選任について、「再審の判決があるまでその効力を有する」と定めているのは、総則の規定の適用がないため、弁護人選任の効力の存続を示した点においてのみ意味を有しているものと判示した。

最高裁判例としても、最決平3・1・25²⁸⁾は、旧刑訴法の適用のある再審請求事件において請求人が特別抗告申立中に死刑執行によるのではなく死亡した事案について、「旧刑訴法及び刑訴応急措置法には、……申立人の親族らに対し、申立人の再審請求権者たる地位の継承を認める規定はないから、本件再審請求事件の手続は、申立人の死亡により終了したものとわなければならない」とした。

さらに、最決平16・8・24²⁹⁾は、死刑確定者による再審請求事件において請求人が特別抗告中に死刑執行によるのではなく死亡した事案について、とくに理由を述べることなく、「本件再審請求事件の手続は、申立人の死亡によって終了したものである」とした。

再審請求中の死刑執行により請求人が死亡した場合についての裁判例として、

27) 下刑集9巻6号815頁。

28) 集刑257号153頁。

29) 集刑285号501号。日野町事件の第一次再審請求において、大津地裁の棄却決定に対して請求人が即時抗告を申し立てた事案について、大阪高決平23・3・30 LEX/DB 25548003は、この最高裁決定を引用しつつ、「本件再審請求事件の手続は、申立人の死亡により終了した」とした。その後、有罪判決確定者の近親者の請求による第二次請求において、大津地決平30・7・11判時2389号38頁は再審開始を決定した。

菊池事件（藤本事件）に関する福岡高決昭38・3・15³⁰⁾がある。裁判所が菊池事件の再審請求を棄却した翌日、請求人の死刑が執行されたため、請求人の母親および長女が請求棄却決定に対する即時抗告の申立をなした事案について、同決定は、根拠規定がないことを理由にして、「再審の請求が棄却された後、同請求人が死亡した場合、その請求人の母及び子などその直系の親族は、新に再審の請求をすることはできるにしても、それらの者が右死亡した請求人の地位を承継し、若しくは独立して該請求棄却の決定に対しこれを不服として即時抗告を為し得るに至るものとは到底解することができない」と判示し、即時抗告を違法なものとして棄却した。同決定は、死刑執行による請求人の死亡により請求手続が終了すると判示したわけではないが、請求人の死亡後、直系親族が請求人の地位を継承することは認められないとしたのである。

2 請求人死亡後の請求手続の継続

請求人の死亡により請求手続が終了するとの見解に対して、請求人死亡後も請求手続は継続するとする見解も存在した。継続を認める見解は、とくに死刑執行による場合を想定していたわけではなく、請求人の死亡一般について論じたものであったが、その理は、当然のことながら、死刑執行による請求人死亡の場合にも妥当する。

大出良知の見解が代表的なものである³¹⁾。それによれば、「再審による救済の具体的中身は、事実誤認の匡正であり、その確認自体が、例えば刑の執行からの解放といった現実的効果とは別に重要な意味をもっている」。それゆえにこそ、「有罪の言渡を受けた者」の死亡後も「その配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹」による再審請求も認められている（刑訴439条1項4号）。このことを前提とすれば、「いったん、請求が行われた以上、手続的に支障がない限り、再審を開始すべきか否かの判断に最終的な決着がつくまで、請求人が死亡したというだけで、手続が終了するということはありえないと考えるべき」であって、刑訴法に手続の終了を示唆する明文規定がないのも、それゆえのことだとされる。

30) 下刑集5巻3・4号210頁。

31) 大出良知「再審請求人の死亡と請求手続」法学セミナー411号（1989年）135頁。

大出良知は、請求人により弁護人が選任されている場合であれば、請求人死亡の後、手続的支障は生じないとする。すなわち、上記東京高決昭42・6・7が指摘した意見聴取および決定送達についてみると、「請求人に代わってその請求の趣旨を体现し、決定の送達を受ける者がいればよい」のであって、弁護人がその役割を担うことができるとする。刑訴法440条2項が請求手続における弁護人の選任の効力は「再審の判決」まで及ぶとしているのも、「一度の選任行為があれば、いかなる事態にも弁護人が代わって対処するという前提」があるからであって、請求人としても、「『再審の判決』までの選任によって、……手続追行の意思を表明している」といえるとするのである。「弁護人による手続の追行ということになれば、承継という観念の是非を問題にする必要もない」という。

再審による誤判匡正の実質が、誤判からの現実的救済にとどまらない、誤った犯罪事実の認定の匡正にあるというのは、正当な理解である。刑訴法439条1項が有罪判決を受けた本人の死亡後における近親者による再審請求について規定していることに加え、同法441条が刑の執行終了後においても再審請求ができることを認めているのも、再審請求がこのような目的を有するからである。このことを基礎にしつつ、「再審の判決」までの選任の趣旨もあわせて、請求人死亡後における弁護人による手続の追行をみとめる大出良知の見解は、説得力のあるものといえよう。

ところで、刑訴法451条は、再審開始の決定が確定した後、「有罪の言渡を受けた者」が、再審の判決前に死亡した……ときも、再審公判の手続が継続するとしている（同条2項）。そのように規定されたのは、再審の目的が誤判からの現実的救済にとどまらず、誤った犯罪事実の認定に基づく有罪判決の匡正にあることから、有罪判決を受けた本人が死亡しても、再審の目的は消滅しないからである。高田卓爾によれば、「本項は、再審の目的から考えて当然の規定というべきである。すなわち、439条1項4号は有罪判決を受けた本人が死亡した場合……にもなおその利益のために再審請求を認めているのだから、本項1号のような規定を設けないと右の規定と矛盾することになる」とされる³²⁾。同条3項は、そ

32) 平場安治編『注解刑事訴訟法（下）（全訂新版）』（青林書院新社、1983年）377頁〔高田卓爾〕。

の場合には、「被告人の出頭がなくても、審判をすることができる。但し、弁護人が出頭しなければ開廷することはできない」と定めており、請求人が選任した弁護人がいるときは、その弁護人が公判手続の追行を担うものとしており、同条4項は、弁護人がいないときは、「裁判長は、職権で弁護人を附しなければならない」こととしている。このように、同条は、開始決定の確定後については、「有罪の言渡を受けた者」が死亡したときも、公判手続の継続と弁護人によるその追行を認めているのである。そうであるならば、「有罪の言渡を受けた者」が再審を請求した後、裁判所の判断が確定する前に死亡した場合にも、再審請求の目的が誤判の匡正を求めることにある以上、請求手続は終了しないというべきである。有罪判決確定者が再審開始の決定が確定した後に死亡した場合に限らず、再審請求後、請求に対する裁判所の判断が確定する前に死亡した場合でも、刑訴法439条1項4号により近親者による再審請求が認められているのであるから、同法451条2項が公判手続の継続を認めるのと同じように、請求手続の継続を認めなければ、それは同法439条1項4号の規定と矛盾する結果になる。請求人が死亡した場合には、請求人の選任した弁護人がいるのであれば、その弁護人が請求手続の追行を担うものというべきであろう。そのように理解することが、弁護人の選任の効力は「再審の判決」まで及ぶとする刑訴法440条2項にも整合するといえよう。

3 旧刑訴法の規定との対比

高田卓爾も、「請求者の生存が請求手続の適法要件であるというのは解釈論として必然的な結論といえるかは問題」であることに加え、「請求した本人が死亡すれば再審が無意味になるというわけでもない」として、請求人死亡による請求手続の終了という見解に疑問を呈していた。また、高田卓爾は、旧刑訴法が不利利益再審の場合に限って、有罪判決確定者または元被告人の死亡により再審請求および開始決定が失効するとしていたことを指摘し、このことの「一種の反対解釈」として、利益再審の場合には、請求人の死亡は「何らの影響も与えないと結論することも可能であった」とも述べていた³³⁾。

旧刑訴法（大正11〔1922〕年5月5日法律第75号）の規定を確認するならば、

同法513条は、「第488条ノ規定ニ依リ再審ノ請求ヲ為シタル事件ニ付再審ノ判決ヲ為ス前有罪ノ言渡ヲ受ケタル者又ハ被告人タリシ者死亡シタルトキハ再審ノ請求及其ノ請求ニ付為シタル決定ハ其ノ効力ヲ失フ……」と定めていた。「第488条ノ規定ニ依リ再審ノ請求ヲ為シタル事件」とは、検察官が不利益再審の請求をした事件を指している。

この規定の趣旨について、『刑事訴訟法提案理由書』は、「被告人の不利益のためにした再審請求については、これに対して新たに有罪を言い渡し、または原判決の認めたものより重い刑を言い渡すことができるところ、もし被告人が審理中に死亡したときは、その再審の請求は目的を失うに至るというべきである。それゆえ、再審の請求および再審請求についてした決定は、その効力を失うものとすべきである（引用者が口語化）」と説明していた³⁴⁾。また、平沼騏一郎は、判決の「言渡を受けた者の不利益のために再審の請求をした事件について、言渡を受けた者（これには有罪の言渡を受けた者のほか、無罪、免訴もしくは公訴棄却の言渡を受けた者が含まれる。法文においては、これらを合わせて「被告人タリシ者」としている）が再審の判決をする前に死亡したときは、再審の請求およびその請求についてした決定は、効力を失うことになる。すでに死亡した者の不利益のために再審の請求をなしえないことは当然である。言渡を受けた者の不利益のために再審の請求をした後にその者が死亡したときは、請求の目的は消滅する。それゆえ、審理を継続することができないのである。この場合には、別に請求を棄却する裁判をすることはない。請求およびその請求についてした決定は、当然にその効力を失うべきものである（引用者が口語化）」と説いていた³⁵⁾。

旧刑法513条が、有罪の確定判決を受けた者または無罪、免訴などの判決が確定した元被告人が死亡したときに再審請求がその効力を失うと規定していたのは、検察官がこれらの者に対する不利益再審の請求をした場合に限ってのことであつた。上記論説からも明らかなように、検察官が不利益再審を請求した場合に

33) 平場・註31書345頁〔高田卓爾〕。高田卓爾『刑事訴訟法（二訂版）』（青林書院新社、1984年）604頁も参照。

34) 法曹会編『刑事訴訟法提案理由書』（法曹会、1922年）317頁（旧法案515条についての解説）。

35) 平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論（改訂増11版）』（日本大学出版部、1926年）723頁。

において、有罪判決確定者・元被告人が死亡したならば、請求手続において再審開始が決定されたところで、再審公判において被告人とされるべき者がもはや存在しないのであるから、再審公判を開始することはできない。この点において、有罪判決確定者・元被告人の死亡によって、不利益再審の「請求の目的は消滅する」とされたのである。

不利益再審の請求の場合と利益再審の請求の場合とでは、前提が大きく異なっている。再審請求権は、誤判からの現実的救済にとどまらない、誤った犯罪事実の認定に基づく有罪判決の匡正を求める権利としての本質を有しているところ、利益再審を請求した場合には、請求人たる有罪判決確定者が死亡しても、死亡した有罪判決確定者の名誉回復を含む、誤判の匡正を求めるという再審請求の目的は消失しないからである。旧刑訴法 513 条において、「請求の目的は消滅する」として有罪判決確定者・元被告人の死亡によって再審請求が効力を失うとされたのが、検察官が不利益再審の請求をした場合に限定されていたのは、それゆえのことである。現行刑訴法においては、不利益再審が否定されたことから、不利益再審の請求の場合について規定した旧刑訴法 513 条に相当する規定はおかれていないが、再審公判については、再審判決前に被告人が死亡しても再審公判は継続すると定められているのも (451 条 2 項 2 号)、誤判の匡正という利益再審の目的が、被告人の死亡により消滅することがないがゆえのことである。

このように考えると、旧刑訴法が、検察官が不利益再審を請求した場合に限って、有罪判決確定者・元被告人の死亡により請求の効力が失われるとしていたことには、積極的意味があったというべきである。そうであるならば、利益再審のみを認める現行刑訴法が、再審請求中に請求人が死亡したときに請求手続が終了すると規定していないことにも、積極的意味があるというべきであろう。請求人の死亡による請求手続の終了を予定していないのである。

4 再審請求中の死刑執行による請求人の死亡

以上のように、再審請求中に請求人が死亡したとしても、本来、請求人の死亡により請求手続が終了するとすべきではない。再審請求にあたり請求人が弁護人を選任している場合には (刑訴 440 条 1 項)、請求人の死亡後も、弁護人が手続

の追行を担うことによって、請求手続は継続するというべきである。このことは、再審請求中の死刑執行によって請求人が死亡した場合にも妥当する。

しかし、上記最決平16・8・24は、請求人の死亡により請求手続が終了するとしていた。もっとも、同決定は、請求人が請求中の死刑執行により死亡した事案についてのものではない。再審請求中の死刑執行は違法であり、その違法性は重大である。このことからすれば、死刑執行による請求人の死亡の場合と死刑執行によるのではない死亡の場合とでは、前提事実において大きな質的差異があるというべきである。

再審請求中の死刑執行は重大な違法性を有しており、本来、国は死刑執行をすべきではなかった。本来あるべきでなかった死刑執行により請求人が死亡したときに、請求人の死亡を理由にして再審請求の効力が失われるとすることは背理である。たとえ死刑執行により請求人が現実的救済を受ける機会を失ったとしても、再審請求は、それにとどまらない誤判の匡正を求めるという目的を有している。このことからすれば、死刑確定者が再審請求にあたり弁護人を選任していたときは、請求人の死亡後は、弁護人が請求手続の追行を担うことによって、請求手続は継続するというべきである。上記最決平16・8・24の射程は及ばないのである。

実際、死刑執行により請求人が死亡した後も、請求手続を終了させることなく、請求理由の有無を判断した例がある。前橋地高崎支決平30・6・25³⁶⁾は、死刑確定者が前年の2017年6月21日に第四次再審を請求した後、同年12月19日に死刑執行により死亡した事案について、請求人の死亡により請求手続が終了したとすることなく、請求理由が認められるかどうかを判断し、結論において認められないとして、請求を棄却した。検察官は、第四次再審請求が第一次・第二次の各請求と同一の理由によるものであって違法である旨主張していたところ（刑訴447条2項参照）、同決定はこの主張を退け、「本件再審請求は、その一部に第1回、第2回再審請求と同一の理由による部分を含むものの、……これまでの再審請求手続で審理されていない証拠をも本件証拠として提出されていることからすると、全体としては、第1回、第2回の各再審請求と同一の理由による再審請求

36) 判例集未掲載。同決定について、田鎖・註2論文72頁註55参照。

に当たるとはいえない」とした。また、本件に関連して、大阪地決令1・12・537³⁷⁾は、死刑確定者が2017年9月12日に第四次再審を請求した後、翌2018年12月27日に死刑執行により死亡した事案について、請求人が死亡したという事実
に言及することも、請求人の死亡により請求手続が終了したとすることもなく、請求理由が認められるかどうかを判断し、結論において認められないとして、請求を棄却した。死刑執行による請求人死亡の場合について、再審請求が終了する
とした最高裁判例も、下級審判例もないなかで、これらの決定は請求手続の終了
を認めなかった点において、注目される点である。

V 再審請求中の死刑執行による弁護権の侵害

1 弁護人の請求手続追行権の法的性格

再審請求人が死刑執行によって死亡した後も、請求人が再審請求にあたり弁護人を選任していたときは、弁護人が請求手続の追行を担うことによって、請求手続は継続する。弁護人は、請求人の選任に基づく弁護権として、再審請求手続を
追行する権利を有するのである。このとき、弁護人の請求手続追行権は、どのよ
うに性格づけられるのか。

この問題を検討するにあたり参照すべきは、刑訴法451条3項に基づく弁護人の再審公判手続を追行する権利である。同規定は、「再審開始の決定が確定した事件」(1項)について、「有罪の言渡を受けた者が、再審の判決がある前に、死亡し」たときであっても、刑訴法339条4号により公訴棄却の決定をもって手続を終結させるのではなく(2項)、「その審級に従い、更に審判をしなければならない」(1項)ものとしている。この場合において、刑訴法451条3項は、「被告人の出頭がなくても、審判をすることができる。但し、弁護人が出頭しなければ開廷することはできない」とし、同条4項は、「第2項の場合において、再審の請求をした者が弁護人を選任しないときは、裁判長は、職権で弁護人を附しなければならない」と定めている。すなわち、刑訴法440条1項により請求人が再審

37) 判例集未掲載。

請求にあたり弁護人を選任していた場合には、その弁護人が、選任していない場合には、裁判所が必要的に選任した弁護人が、再審公判手続の追行を担うべきものとされているのである。

このとき、弁護人における再審公判手続を追行する権利（刑訴451条3項）の性格については、弁護人が独立して権利を行使することのできる固有権であると理解されている³⁸⁾。再審開始決定の確定した事件については、有罪判決確定者が死亡した後、弁護人がその固有権として、再審公判手続を追行する権利を有するのである。このことは、刑訴法440条が、検察官以外の者が再審請求にあたり弁護人を選任したとき（1項）、その「弁護人の選任は、再審の判決があるまでその効力を有する」（2項）としていることとも、整合性を有している。

このような理解を前提にすると、死刑執行による再審請求人の死亡後における弁護人の請求手続追求権についても、弁護人の固有権として性格づけることができよう。死刑執行による請求人の死亡後、請求人によって選任された弁護人は、その固有権として、再審請求手続を追行する権利を有するのである。請求人による選任から、死刑執行により請求人が死亡するまでは、請求手続において、弁護人は基本的に包括代理権としての弁護権を行使し³⁹⁾、死刑執行により請求人が死亡した後は、固有権としての弁護権を行使し、請求手続の追行を担うことになるのである。

2 再審請求手続における弁護権

再審請求人は、請求にあたり、弁護人の援助を受ける権利を保障されている（刑訴440条1項）。再審請求人により選任された弁護人は、請求手続において、

38) 河上和雄ほか編『注釈・刑事訴訟法（第3版）（第1巻）』（立花書房、2011年）498頁〔植村立朗〕。

39) 刑訴法443条1項が再審請求を取り下げる権利について規定しているところ、この取下権は請求人の権利として理解されているが、この権利の性質からみて、請求人本人による個別受験があれば、弁護人の代理行使が可能だとされている（河上・註37書484頁）。また、刑訴規則286条が「再審の請求について決定をする場合には、請求をした者及びその相手方の意見を聴かなければならない。有罪の言渡を受けた者の法定代理人又は保佐人が請求をした場合には、有罪の言渡を受けた者の意見をも聴かなければならない」と定めているところ、この意見陳述権は、弁護人の固有権として理解されている（同書497頁）。

請求人の正当な権利・利益を擁護するために法的援助を提供する権利としての弁護権を有している。

死刑確定者たる再審請求人と弁護人との面会について、拘留所長が職員の立会のない面会を許さなかった措置の適法性が争われた事案について、最判平 25・12・25⁴⁰⁾は、拘留所長の措置が違法だと判断するにあたり、「刑訴法 440 条 1 項は、検察官以外の者が再審請求をする場合には、弁護人を選任することができる旨規定しているところ、死刑確定者が再審請求をするためには、再審請求弁護人から援助を受ける機会を実質的に保障する必要があるから、死刑確定者は、再審請求前の打合せの段階にあっても、刑事収容施設法 121 条ただし書にいう『正当な利益』として、再審請求弁護人と秘密面会をする利益を有する。／また、上記の秘密面会の利益が保護されることは、面会の相手方である再審請求弁護人にとってもその十分な活動を保障するために不可欠なものであって、死刑確定者の弁護人による弁護権の行使においても重要なものである。……」と判示していた。この判示は、弁護人が請求人の正当な権利・利益を擁護するために自己の弁護権を行使して、請求人に対して効果的な援助を提供するうえで、秘密性の保障によって支えられた請求人との自由なコミュニケーション、それを通じて得られる請求人との再審請求に関する協議・検討および請求人の指示がいかに重要かを表している。もとより、この判示が前提としているのは、再審請求手続において、弁護人がその弁護権の行使として、請求人に対して効果的な天助を提供することが重要であるということである。

刑訴法 440 条 1 項が再審請求人に対して弁護人の援助を受ける権利を保障しているのは、誤判の匡正を求める請求人が再審請求権を効果的に行使できるようにするためであり、そのようにして再審請求権の保障を実質化するためである。再審請求手続において、請求人は再審請求の趣意書（刑訴規 283 条）、同補充書、事実取調べ請求書などを作成・提出し、証人尋問、請求人質問などを行ったうえで、最終意見（同 286 条）を明らかにすることになる。趣意書の記載内容は、刑

40) 民集 67 卷 9 号 176 頁。同判決について、葛野尋之『刑事司法改革と刑事弁護』（現代人文社、2016 年）261 頁以下参照。また、再審請求人と弁護人との秘密接見の保障について、同『未決拘禁法と人権』（現代人文社、2012 年）239 頁以下参照。

訴法、刑訴規則などにより規定されていないが、最低限の内容として、請求人、請求の趣旨、再審の理由、再審理由となる新規・明白な証拠などを明記するものとされている⁴¹⁾。このような請求手続からすれば、それを「すすめるために専門法曹たる弁護士の援助は不可欠であり」、刑訴法 440 条 1 項が弁護人の援助を受ける権利を保障したのは「当然の規定」だと理解されている⁴²⁾。

弁護士の岡部保男は、再審請求を行うに際して、①確定記録の検討、事件現場の調査などによる事件の全体像の把握、②確定有罪判決の証拠構造の検討、③供述証拠や鑑定の採否・判断などについて確定判決の弱点の解明、④新証拠の発見・確保、⑤確定訴訟記録がない場合にはその復元の努力、が必要になるとしている。とくに、新証拠の発見・確保については、新証拠の「創造」と表現したうえで、「新証拠がすでにあってこれを発見するというものではなく、弁護人が事件全体の構造を把握したうえで、原判決を覆すに足る証拠はなにであるかを見定めて、これに適合する証拠を、事実のなかから、関係者のなかから、科学的分析のなかから、つかみ出し、証人として、鑑定人として、物証として、証拠書類として、検証請求として、『創造』して、再審請求審理に持ち込むものである」と説いている⁴³⁾。再審請求を効果的に進めるためには、弁護人の十分な援助がほとんど不可欠といえるであろう。請求人の身体が拘束されている場合、請求人が自ら能動的・積極的な準備活動を行うことが制約を免れないことから、そのことはいっそう強く妥当する⁴⁴⁾。

このように、再審請求の実際からみても、請求手続を迫るために、請求人が弁護人の効果的な援助を受けることが必要であり、弁護人の側からみれば、弁護人がその弁護権の行使として、請求人に対して効果的な援助を提供することが

41) 岡部保男「再審請求はどのように行うか」竹澤哲夫=渡部保夫=村井敏邦編『刑事弁護の技術(下)』(第一法規、1994年)100頁。

42) 藤永幸治=河上和雄=中山善房『大コンメンタール・刑事訴訟法(第7巻)』(青林書院、2000年)110頁〔高田昭正〕。

43) 岡部・注20論文96~100頁。

44) 免田栄『獄中ノート』(インパクト出版会、2004年)77~80頁、95頁以下によれば、免田事件の再審請求においても、当初独力による再審請求は困難を極め、3次請求後、弁護人の援助を受けたことによって、ようやく再審請求手続を効果的に迫ることが可能になったとされる。

必要であることが分かる。その必要性はきわめて高い。最判平 25・12・25 の上記判示も、再審請求の実際に符合したものである。

3 再審請求中の死刑執行による弁護権の侵害

再審請求中の死刑確定者について死刑が執行された場合、再審請求手続における弁護人の弁護権は、上記のように、請求人の死亡前における包括代理権を基本とする弁護権と、死刑執行による請求人の死亡後における固有権としての請求手続追行権とから構成される。弁護人の固有権としての再審手続追行権は、死刑執行による請求人の死亡のゆえに、その時点以降において認められるものであるが、それと同時に、請求人の死亡によって、その効果的な行使が大きく妨げられることになる。誤判の匡正という再審制度の目的にも反する結果である。この点において、再審請求中の死刑執行は、再審請求手続における弁護人の弁護権を侵害する。

再審請求の実際からも、弁護人が請求人に対して効果的な援助を提供するうえで、請求人との十分なコミュニケーションが必要不可欠であることが分かる。十分なコミュニケーションを通じて、弁護人が、確定判決の証拠構造、犯罪事実の認定を基礎づけた証拠の証明力、新証拠に関する請求人側の主張・立証、検察官の意見に対する反論などについて請求人と協議して検討を尽くし、また、請求人から適切な指示を受けることによってこそ、請求人に対して効果的な援助を提供することができるのである。このことを踏まえて、最判平 25・12・25 も、「秘密面会の利益が保護されることは、面会の相手方である再審請求弁護人にとってもその十分な活動を保障するために不可欠のものであって、死刑確定者の弁護人による弁護権の行使においても重要なものである」と判示していた。

逆に、再審請求手続において、請求人と弁護人とのあいだの十分なコミュニケーションが欠けたならば、弁護人は請求人に対して効果的な援助を提供することはできない。最判平 25・12・25 以前には、請求人と弁護人との接見は、時間の制限、職員の立会など、重大な制限を課されており、これによって、両者のコミュニケーションは実質的な制約を受けていた。このようななかで、弁護人が請求人に対して効果的な援助を提供することにおいて、大きな限界が存在したのであ

る。

この点について、岡部保男は、「再審請求は……高度な専門的知識を必要とするばかりか、事実関係、証拠関係について実に詳細な検討が必要である。そして、その検討は、再審請求を行う準備の段階においてより必要とする。したがって、再審請求の前後を通じて、弁護人との打合せは必要不可欠である」としたうえで、請求人と弁護人との接見に施設職員が立ち会い、その内容がすべて聴取され、逐一記録化されることによって、「事件の核心にふれて、詳細な打合せをすることは不可能である」と指摘している。岡部保男は、「再審請求人と弁護人との間に秘密交通権が保障されないならば、再審請求を行う第一歩の段階で重大な支障に直面する」としているが⁴⁵⁾、それは、接見の秘密性が保障されないときに、十分なコミュニケーションができないからのことである。

日本弁護士連合会編『再審』によれば、「再審の段階での弁護活動にはさまざまな障害があって弁護を全うすることが困難な状態におかれているのが実情である」が、その「最初の障害が接見の問題である」という。すなわち、死刑確定者の場合を含め、請求人が身体を拘束されているとき、「弁護人が請求人との打合せのために面会に行くと、傍らに刑務官が腰掛けてその内容を克明に記録している」。たとえば、後に再審無罪が確定する財田川事件においても、大阪拘置所に収容中の請求人谷口繁義氏との接見について、「弁護人が谷口と接見するたびに、拘置所当局に対して、刑務官の立会をやめ、弁護人の秘密交通権を補償するよう要求してきたが、拘置所はこれを拒否し、毎回、刑務官が立ち会い、接見中のやりとりをすべて記録している。このような状態では請求人がいいたいこともいえず、弁護人は聴きたいことも聴けない。刑務官がどのように、そのやりとりを誤解・歪曲して記録し、あるいは上司に報告するやもしれぬ不安があり、さらにその報告がそのようにゆがんで検察官・裁判官に通ずるかもしれないという恐れはぬぐいきれない」という。財田川事件再審請求における弁護活動は、「記録の検討と請求人を含む事件関係者からの事情聴取、現場関係者の調査を繰り返し行うことから始まった」という。もちろん訴訟記録の検討は重要であるものの、「も

45) 岡部保男「再審請求手続の実態と問題点」法と民主主義82号(1973年)8頁。

ともと訴訟記録は、基本的には検察官の有罪立証の記録であって、請求人の側に有利なものは顕出されていない場合が多い。それゆえ、「請求人からの事情の聴取は再審遂行上重要な位置を占める」というのである⁴⁶⁾。

同じく後に再審無罪が確定する松山事件においても、弁護士の島田正夫は、「再審を準備しこれを遂行してゆくためには、請求人及び弁護人にとってその打合せのための接見交通が重要な役割をもつ」とし、それにもかかわらず、昭和40年頃から「刑務官の立会がつき接見打合せの内容を逐一記録するようになった。他の再審事件でも問題になったが、その記録を再審裁判所が押収取調べの対象にする可能性が現実にある以上、この点からも再審は大きな制約を受けている」と指摘している⁴⁷⁾。

このように、再審請求手続において、弁護人がその弁護権の行使として、請求人に対して効果的な援助を提供するためには、秘密性の保障に支えられた請求人との十分なコミュニケーションが必要不可欠であって、両者のあいだの十分なコミュニケーションが欠けるならば、弁護人は効果的な援助を提供することができないというべきである。弁護権の行使を大きく制約されるのである。

再審請求人について死刑が執行され、請求人が死亡したならば、弁護人は、請求人とのコミュニケーションの機会を失うことになる。確定判決の証拠構造、犯罪事実の認定を基礎づけた証拠の証明力、新証拠に関する請求人側の主張・立証、検察官の意見に対する反論などについて、請求人と協議して検討を尽くすことがまったくできず、また、その指示を受けることが一切できないのであれば、死刑執行による請求人の死亡後において、弁護人としては、その固有権としての請求手続追行権を効果的に行使することが、きわめて困難になるといわざるをえない。この点において、再審請求手続における弁護人の弁護権は、再審請求人の死刑執行によって侵害されるのである。

46) 日本弁護士連合会編『再審』（日本評論社、1977年）122～124頁。かつて死刑確定者である請求人と弁護人との接見には立会がつかなかったが、1965年の帝銀偽証事件をきっかけとして、弁護人との接見にも職員立会を付すことが一般化したという。

47) 島田正夫「再審担当弁護人からみた検察官、裁判官——松山事件を中心に」自由と正義28巻4号（1977年）70頁。

VI 終章

以上の検討を通じて、本稿は、以下のような結論を導いた。

第1に、再審請求中の死刑執行は違法であって、その違法性は重大である。再審請求中の死刑執行は、誤判の匡正を求める請求人から、誤判からの現実的救済を受ける機会を奪うものである。この点において、請求人の再審請求権（刑訴435条・439条1項2号）を侵害する。再審請求権は、憲法32条の保障する裁判を受ける権利を再審請求の場面において具体化したものであるから、再審請求中の死刑執行は、憲法32条による裁判を受ける権利の侵害にも当たる。それとともに、憲法13条による個人の尊重および生命・自由の保障、憲法31条による適正手続の保障の趣旨にも反している。

再審請求中の死刑執行を違法だとすることは、現行法の規定とも矛盾しない。刑訴法422条は、再審請求が刑の執行停止の効力を有しないと明記しているところ、死刑以外の刑罰であれば、刑の執行が停止されなくとも、請求人が誤判からの現実的救済の機会を失うわけではないのに対して、死刑の場合には、執行によって請求人は誤判からの現実的救済の機会を奪われ、その再審請求権が違法に侵害されることとなる。それゆえ、同規定は、死刑以外の刑罰について規定したものであって、死刑については適用が除外されるものと理解すべきである。また、刑訴法475条2項は、法務大臣による死刑執行の命令が判決確定から6か月以内に発せられるべきとしたうえで、再審請求がなされた場合には、それが終了するまでの期間は6か月に算入しない旨規定しているところ、6か月以内の執行命令ということ自体が訓示規定でしかなく、同規定の趣旨は、生命の尊重という観点から、再審請求中の執行命令を制約することにあり、6か月経過後の執行命令を認める以上、このような趣旨は、6か月経過後の執行命令にも妥当するというべきである。それゆえ、同規定から、6か月経過後には、再審請求中であっても法務大臣の執行命令になんら制約はないとすることはできない。このような理解に立つとき、再審請求中の死刑執行が違法であって許されないということと、刑訴法475条2項の規定とのあいだに矛盾はない。

さらに、再審請求中の死刑執行が違法であって、許されないということとなれ

ば、死刑確定者が再審請求を繰り返す限り、永久に執行ができなくなることになるから、請求中の執行が許されないとすることは不合理であるとする意見があるところ、刑訴法は同一の理由による請求の繰り返しを禁じるのみであり（刑訴447条2項）、それ以外には、複数回の請求を制限していないのであるから、再審請求によって死刑執行の機会が制限されたとしても、そのことは、確実な誤判の匡正のために複数回の請求を認めたことの帰結として受容されなければならない。実際、再審無罪が確定した死刑事件4件を含め、これまでの再審開始の決定の多くは、複数回の請求の結果としてなされたものであったことを想起すべきである。

第2に、死刑執行によって再審請求人が死亡した後も、請求人が再審請求にあたり選任した弁護人が、請求手続の追行を担いつつ、請求手続は継続する。再審請求は、誤判からの現実的救済にとどまらず、誤判の匡正を求めるという目的を有している。本来あるべきでなかった違法な死刑執行により請求人が死亡したときに、請求人の死亡を理由にして再審請求の効力が失われるとすることは背理である。弁護人が請求手続追行権を有することは、刑訴法440条2項が「再審の請求をする場合」における弁護人の選任の効力は「再審の判決」まで及ぶとしていることとも整合する。

第3に、再審請求中の死刑執行は、請求手続における弁護人の弁護権を侵害する。請求手続において、弁護人は、請求人の死亡前における包括代理権を基本とする弁護権と、死刑執行による請求人の死亡後における固有権としての請求手続追行権とから構成される弁護権を有している。請求人に対して効果的な援助を提供するためには、請求人との十分なコミュニケーションが必要とされる場所、再審請求中に死刑が執行され、請求人が死亡したならば、弁護人は、請求人とのコミュニケーションの機会を一切失うことになる。確定判決の証拠構造、犯罪事実の認定を基礎づけた証拠の証明力、新証拠に関する請求人側の主張・立証、検察官の意見に対する反論などについて、請求人と協議して検討を尽くすことができず、また、その指示を受けることが一切できないのであれば、弁護人が請求手続追行権を効果的に行使することはきわめて困難なものとなる。この点において、再審請求中の死刑執行は、弁護人の弁護権を侵害するのである。

これらを踏まえて、本件についてみるならば、本件事案において、死刑確定者たる請求人は、再審請求後、請求に対する判断が確定する前に、死刑執行により死亡した。この執行は、請求人の再審請求権（刑訴435条・439条1項2号）、さらにはその裁判を受ける権利（憲法32条）を侵害する違法なものであった。請求人の死亡後、請求手続は終了することなく、請求人が選任した弁護人がその追行を担った。実際、本件事案において、再審請求を受けた裁判所は、請求人の死亡によって請求手続が終了したとすることなく、請求手続を継続させた（大阪地決令1・12・5）。本件事案において、死刑執行により請求人が死亡した後、弁護人は請求手続追行権を有していたところ、死刑執行によって、請求人とのコミュニケーションの機会を一切失うこととなり、その効果的な行使を重大に妨げられた。この点において、再審請求中の死刑執行は、請求手続における弁護人の弁護権を侵害した。

再審請求中に死刑が執行され、請求人が死亡しても、再審請求の効力は失われない。再審請求にあたり請求人の選任した弁護人が請求手続の追行を担いつつ、請求手続は継続する。このことは、再審請求が誤判からの現実的救済にとどまらず、誤判の匡正を目的とすることの帰結である。しかし、死刑執行によって、再審請求権の帰属主体たる人の生命は失われ、誤判の匡正を求めた請求人は、誤判からの現実的救済を受ける機会を奪われる。このことは、死刑確定者に対して再審請求権を保障する一方で、死刑執行によってその権利を侵害することの矛盾を際立たせるである。