

刑事再審事件における手続法上の諸問題

——東住吉えん罪事件の経験から——

森 下 弘*

目 次

- 第1 事件の概要と主たる争点
 - 1 事件の概要
 - 2 朴氏の詳細な自白の存在とその概要
 - 3 事件の争点
- 第2 手続法上の問題点
 - 1 本稿の目的
 - 2 最判平成18年における刑訴法328条書面の要件論
 - 3 上告審における事実取調べ
 - 4 再審請求審での事実取調べと再審公判での証拠調べとの関係
 - 5 刑の執行停止決定のあり方
 - 6 その他の若干の問題
- 第3 まとめに代えて

第1 事件の概要と主たる争点

1 事件の概要

阪神大震災が起きた平成7年7月に、大阪市の東住吉区内の住宅で火災が発生した。

当時、この火災（以下、「本件火災」という）が発生した家屋（以下、「本件家屋」という）には、後に犯人だとされて起訴された朴氏（男性）と青木氏

* もりした・ひろし 立命館大学大学院法務研究科教授 弁護士

（女性）という内縁関係にあった2名と、青木氏の実子である男女2人の子どもが住んでいたが、被災児となった当時小学6年生の長女（以下、「被災児」という）が風呂に入っていたところ、逃げ後れて、風呂場（以下、「本件風呂場」という）で焼け死んでしまった。

ところが、警察は、「朴氏と青木氏の2名は、共謀のうえて、被災児（長女）に掛けていた生命保険金1500万円を騙し取ろうとして、本件家屋に朴氏が放火し、被災児を火災によって殺害した」という、保険金詐取目的の放火殺人事件（以下、「本件」または「東住吉事件」ということがある）として、朴氏と青木氏の2名（以下、この2名を単に「本件両名」ということがある）を、同年9月に逮捕し、起訴した。

残念ながら、最高裁判所に至るまで、全ての裁判所¹⁾において有罪判決（無期懲役）が下され、本件両名については、共に平成18年には刑が確定し、朴氏は大分刑務所で、青木氏は和歌山刑務所で、それぞれ約10年間の服役を強いられることとなった²⁾。

なお、本件は、東住吉区内で起きた事件だったことから、「東住吉放火殺人事件」、「東住吉保険金目的放火殺人事件」、「東住吉えん罪事件」という呼び方もされてきた。

また、本件については、幸いにして、平成28年8月10日に、大阪地方裁判所における再審公判で無罪判決が言い渡され、検察官が上訴権放棄を同日に行ったので、無罪判決（公刊物未登載）は即日確定した。

2 朴氏の詳細な自白の存在とその概要

ところで、朴氏は、捜査段階において、以下のとおりの実に詳細な『自白』をしていた³⁾。

なお、朴氏の以下のとおりの『自白』内容等については、後記のとおり
の別図を参照されたい。但し、刑訴法281条の4以下に定められている「目的外使用の禁止」規定により、複写を刑事裁判の目的以外には使用できなくなっているため、手書きによる概要図しか掲載できないことをお許

しいていただきたい。

『私(朴氏)は、本件家屋への放火(以下、「本件放火」という)をする直前に、私(朴氏)が使用していた車両(以下、「本件車両」という)のガソリンを満タンにし、本件家屋内の西南角⁴⁾にあった車庫(以下、「本件車庫」という)に、本件車両をバックで入れて駐車した後、エンジンをかけたままにしていた本件車両のガソリントankの給油口から、灯油用ストーブに用いる給油ポンプを使って、ガソリンを約7リットル(当初の自白では約10リットル)をポリタンクへと抜き取り、その結果、本件車両のガソリン計は3/4を指し示すこととなったが、その抜き取ったガソリンを入れたポリタンクを、一旦は、元あった場所である本件車庫の東南角隅に置いておき、ガソリンの抜き取りに使った給油ポンプは、本件車両の下のコンクリート床面に投げ入れ、その後、私(朴氏)は、被災児が本件風呂場に入ったのを確認してから、パンツ一枚の姿で⁵⁾、再び本件車庫に運動靴を裸足で履いた状態で降りて行き、そのガソリン入りのポリタンクを、本件車庫の東南角隅の同ポリタンクを置いていた場所付近で傾けて、ガソリンを本件車庫の床面に撒き、そのポリタンクを再び元の場所に置いた後、本件車両の右側(運転席側)へ回り込んだところ、ちょうど本件車両の右前輪と右後輪の間で、ガソリンが半楕円形状に流れ止まっていたことから⁶⁾、その流れ止まっていたガソリンの端にターボ・ライターを床上2cmの位置まで近づけて着火したが、私(朴氏)自身は、前髪の頭部付近を少し焦がしただけで済み、私(朴氏)は、その直後に、本件車庫と奥(東側)の六畳の居間(以下、「本件居間」という)との間のガラス戸(以下、「本件ガラス戸」という)を開けて本件居間に戻り、平静を装った後、おもむろに「何、あれ」などと言って、本件車庫で火災が発生していることに気付いた振りをして、再々度、本件車庫と本件居間との間の本件ガラス戸を開けて、本件車庫に降りて行き、ガソリンが燃えている炎⁷⁾を跨いで、本件車両とその北側の壁際に縦列で駐輪していた自転車3台⁸⁾との間を通り抜けて、本件車庫の表側(西

側)の道路に出た』

3 事件の争点

このような事実経過を経て、本件の公判手続が進められて行ったが、そこでの争点は、

- ① 朴氏及び青木氏の各『自白』に任意性が認められるのか(または、少なくとも信用性は否定されるのではないか)
- ② 本件火災の原因は、朴氏がガソリンを撒いて放火をしたことによる(以下、この検察側の主張を「ガソリン放火説」という)のか、何らかの原因で本件車両からガソリンが漏洩して、それに何らかの火種が引火して、漏洩したガソリンが発火したことによる単なる事故(以下、この弁護側の主張を「自然発火説」という)であるのか

という2点に絞られていた。

もっとも、上記のガソリン放火説と自然発火説とは表裏の関係にあり、自然発火説がガソリン放火説に対するアナザーストーリーになり得るのか否かという、判断構造論的な派生的論点も存在していた。

第2 手続法上の問題点

1 本稿の目的

ところで、筆者は弁護士なので、本件における再審無罪に至る弁護活動の実践的課題について論じることの方が適任ではある。もっとも、本稿は、加波眞一教授ほか2名の退職記念を寿ぐのための論稿であることから、本件について生じた訴訟法上の法的諸問題について、若干の考察を試みることにし、退職記念号に花を添えさせていただくこととした。

しかしながら、再審手続については、条文が少なく、かつ、事件数も少ないうえに、再審事件ごとに特殊性がある⁹⁾と言って過言ではないことから、未だに通説と言える見解があるのか否かさえ覚束ない分野も少なくな

い。従って、本稿も、筆者の単なる思いつきや問題提起に終始し、学術的なものとはなっていないことをお詫び申し上げたい。むしろ、筆者が本件で体験した事実を踏まえて、今後、再審事件における訴訟法上の解釈論が展開されていく契機の一助となれば望外の喜びである。

2 最判平成18年における刑訴法328条書面の要件論

(1) 最判平成18年の先例的意義と本件への影響力

ア 最判平成18年の概要

前記第1, 1のとおり、朴氏からの上告は棄却され、無期懲役刑が確定してしまっただが、朴氏に対する平成18年11月7日付けの最高裁判決¹⁰⁾（以下、「最判平成18年」という）が刑事訴訟法判例百選〔第9版〕に掲載された趣旨は、刑訴法328条の証拠能力について、① 自己矛盾供述に限定されること¹¹⁾と、② 矛盾供述の存在は『刑訴法が定める厳格な証明を要すること¹²⁾を判示したことにある。

要するに、「自己矛盾供述の存在は確実である」ことが、刑訴法328条の弾劾書面としての大前提の事実であるから、それが、「刑訴法の厳格な証明」である原供述者の署名または押印（供述録取書について。なお、供述書については自署）があるか（刑訴法321条1項柱書）、その聴取者が偽証罪の制裁の下での真実証言義務を負った形で証言するなどの方式によって証明されることが必要だとの判示をしたものと理解できる。

イ 本件以前の判例・学説の状況

もっとも、本件においては、後記第2, 2(1)ウのとおり、問題とされた「(火災原因) 聞込み状況書」(以下、「本件聞込み書」という)の証拠能力が認められるか否かで、本案の結論(有罪判決)が覆ったという証拠構造にはなっていない。しかし、最判平成18年が出るまでは、自己矛盾供述に限るという限定説にたつ高裁判決¹³⁾と、無限定説に立つと理解される高裁判決¹⁴⁾とが対立している状況にあり、この点は絶対的上告理由としての刑訴法第405条3号に該当することから、最高裁の統一の判断を示す必要が

あったという点は否めない。ただ、斜に構えて見ると、最判平成18年が下された当時は裁判員裁判の開始前であり¹⁵⁾、公判前整理手続における証拠開示に関する一連の判決¹⁶⁾と同様に、裁判員裁判での328条書面(弾劾証拠)の証拠能力に関する判例の不統一による混乱を避けるために、最高裁が限定説と無限定説との対立に終止符を打ったと考えられなくもない。

ウ 本件における争点との関係での最判平成18年の影響力

ところで、本件で問題とされた本件聞込み書¹⁷⁾は、いわゆる捜査報告書と同様に、事情を聞き込んだ消防士Kの署名及び押印はあるものの、供述録取書とは異なり、被聴取者であったAの署名または押印はないものであった。従って、最判平成18年の言う「刑訴法が定める厳格な証明」とは、供述録取書については、被聴取者Aの署名または押印が必要であるという意味だとしか理解できない。また、このことは、同判決が他方で「同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠」とも判示しており、例えば本件聞込み書について当てはめると、その事情聴取を行った消防士Kによって、『確かに、Aが「朴氏が、消火器を貸してくれ」と言ったのを聞いた』旨が証言されていれば、その消防士Kの証言によって、捜査段階における『Aが「朴氏から、消火器を貸してくれ」と言われたことはない』旨の供述についての自己矛盾供述としての証拠能力が認められたはずである。

もっとも、仮に、Aが『朴氏から、「消火器を貸してくれ」と言われた』旨を供述していたとしても、朴事件の有罪判決は覆らなかつたであろう。なぜなら、検察側は、本件放火後の朴氏らの一連の言動は、犯行をカムフラージュする隠蔽工作でしかなく、自然発火説とは矛盾する『不自然なもの』だと論難し、確定審の判決の中には、その旨の認定をしたものもあつたからである。

(2) 最決平成17年との関係

ところで、最判平成18年に先立ち、平成17年9月27日に出された最高裁

第二小法廷決定¹⁸⁾（以下、「最決平成17年」という）は、以下のとおり、判示した。

「本件両書証（筆者注：立証趣旨を「被害再現状況」とする実況見分調書及び立証趣旨を「犯行再現状況」とする写真撮影報告書の2つの書証）は、捜査官が、被害者や被疑者の供述内容を明確にすることを主たる目的にして、これらの者に被害・犯行状況について再現させた結果を記録したものと認められ、立証趣旨が『被害再現状況』、『犯行再現状況』とされていても、実質においては、再現されたとおりの犯罪事実の存在が要証事実なるものと解される。このような内容の実況見分調書や写真撮影報告書等の証拠能力については、刑訴法326条の同意が得られない場合には、同法321条3項所定の要件を満たす必要があることはもとより、再現者の供述の録取部分及び写真については、再現者が被告人以外の者である場合には同法321条1項2号ないし3号所定の、被告人である場合には同法322条1項所定の要件を満たす必要があるというべきである。もっとも、写真については、撮影、現像等の記録の過程が機械的操作によってなされることから前記各要件のうち再現者の署名押印は不要と解される。

本件両書証は、いずれも刑訴法321条3項所定の要件は満たしているものの、各再現者の供述録取部分については、いずれも再現者の署名押印を欠くため、その余の要件を検討するまでもなく証拠能力を有しない。また、本件写真撮影報告書中の写真は、記録上被告人が任意に犯行再現を行ったと認められるから、証拠能力を有するが、本件実況見分調書中の写真は、署名押印を除く刑訴法321条1項3号所定の要件を満たしていないから、証拠能力を有しない」（下線は筆者が付したものである）

要するに、最決平成17年が示した要件論は、以下のとおりであると理解できる。

- ① 実況見分調書に添付されている写真が、再現写真¹⁹⁾である場合には、それは独立の供述証拠（現場供述）となる。
- ② 従って、当該写真に撮影されている者（現場供述者）の再現写真につ

いては、現場供述を録取したのものとして、被告人供述の場合には刑訴法322条の、被告人以外の者の供述の場合には同法321条1項3号の要件を満たさない限り、証拠能力は認められない。

③ 但し、写真による撮影は機械的描写であるから、署名及び押印は不要である。

もっとも、最近の写真機はアナログ式ではなく、デジタル式なので、デジタル式写真は、最決平成17年が言うような「機械的描写」とは評価できず、デジタル式写真機によって撮影された写真についての証拠能力がどうなるのかについては、今後の課題として残されていると言わざるを得ない²⁰⁾。

(3) 最判平成18年及び最決平成17年が実務に与える影響

しかしながら、最判平成18年及び最決平成17年が提示した要件論に従えば、自己矛盾供述としての弾劾証拠たる証拠能力を有するためには、当該聴取者の証人尋問を行えば足りることとなる。

具体的に、本件に照らして言えば、「朴氏が消火器を借りようとした」とするA（原供述者）に対する聞込みをした消防士Kを証人尋問しさえすれば、消防士Kの「Aは、火災の事故原因の調査に関する聞込み時には、『朴氏から消火器を貸してくれ』と言われた、と言っていた」という証言が、Aの自己矛盾供述として、刑訴法328条の弾劾証拠としての証拠能力を有することとなるのである²¹⁾。

また、実況見分調書については、不同意となった場合には、その真正立証のために、作成者たる警察官が証言することになるが（刑訴法321条3項）、そうすると、実況見分の現場において、「写真に撮影された原供述者は、私（警察官）の前で、間違いなく、この写真に撮影されているとおりに指示説明をしたので、その状況を写真に撮影した」と証言するであろうから、聴取者（警察官）の証言によって、「原供述者の供述の存在」が証明されることとなる。

そうだとすると、少なくとも実況見分時の現場供述について、弾劾証拠としての証拠能力が認められ得るには、さほどに煩瑣な手続を要しないこととなろう。

3 上告審における事実取調べ

上告審は、法律審であり、新たな証拠調べは原則として行わないこととなっている。

しかしながら、刑訴法411条の職権破棄事由の中には、「再審事由のあること」（同条4号）が含まれている。もっとも、被告・弁護側が上告審において、再審事由を証すべき明白かつ新たな証拠（以下、「新証拠」という）を提出した場合に、最高裁が如何なる『取調べ』を行えるのかについては、明解な解釈論があるわけではない²²⁾。

結局のところ、再審事由の有無については、上告審でも、控訴審における控訴理由の有無に関する事実の取調べや再審請求審における事実の取調べなどと同様に、事実上は、被告・弁護側が上告審において提出した再審事由を証すべき新証拠を見分する（すべき）こととなるのではなかろうか。

ただ、その結果、「再審事由に該る」という判断に達した場合に、破棄自判がなし得るのかについては問題は残ることとなる²³⁾。また、再審開始決定の拘束力と同様に、再審事由があることを理由とする破棄差戻し判決の拘束力も問題となろう²⁴⁾。

実際、本件においては、上告手続中に「小山町旧実験」²⁵⁾を行い、その実験の様態を撮影したビデオを最高裁へ「資料」として提出していた。もっとも、それでも上告棄却となってしまったが、仮に再審無罪の決め手になったと言っても過言ではない「小山町新実験」²⁵⁾の結果を最高裁に「資料」として提出できていたとすれば、確定審段階での無罪獲得も夢ではなかったとも思われる。

4 再審請求審での事実取調べと再審公判での証拠調べとの関係

(1) 再審請求審の開始決定の拘束力

再審請求審（以下、単に「請求審」ということがある）における確定した再審開始決定には、再審公判を開くことについての拘束力があることについては異論をみない。

もっとも、多くの見解は、請求審の再審開始決定には「事実上の拘束力はある」という限度でしか『拘束力』を認めていないようである²⁶⁾。

しかしながら、再審開始事由（刑訴法435条6号）の要件が、証拠の新規性と明白性だとすると、請求審においては当該証拠の新規性と明白性が認められたにもかかわらず、再審公判が始まった途端に、証拠能力が否定されるという事態に陥るとすれば、それは背理以外の何者でもないこととなる。なぜなら、再審開始決定の「事実上の拘束力」すらも認められ得なくなってしまうからである。

もっとも、再審を開始すべき証拠の新規性と明白性のみが請求審の判断の拘束力を有する事項でしかなく、その当該証拠の証拠能力が再審公判において認められるか否かは別次元の問題であると考えられることも可能なかもしれない。しかし、実務上は、請求審で、事実上の無罪心証が形成され、再審公判では、それを確認するだけに止まっているという現状に鑑みると、そのような見解は極めて不当と言わざるを得ない。

(2) 再審請求審と再審公判との関係について

ア 再審請求審と再審公判との関係についての一般的理解

請求審と再審公判との関係をいかに理解するかについては、既に先進的な研究が数多くあるので、本件を通じての感想めいたことしか述べられない。しかし、実態としては、請求審において無罪の心証が得られなければ再審開始決定は下されず、再審公判は、請求審における無罪の心証に至る道程を確認するだけに止まり、本件のように僅か1回の公判で結審し、実質的な審理は殆どないと言って良い程、近時の再審公判は、良い意味でも悪

い意味でも、『形骸化』を呈しているように思われる。にもかかわらず、理論的には、再審公判は続審とされ、法的にも請求審の無罪の心証は当然には引き継がず、再審開始決定には「事実上の拘束力」しかなく、いまだに検察側は覆審説を固持していることに代表されるように、理論と実務が大きく乖離している状況にあると言わざるを得ない。

もっとも、裁判所の適切・適正な訴訟指揮により、再審開始決定を基礎付けた重要な証拠については、同意をするように強く勧告され、検察側も一定の節度をもって、そのような裁判所の訴訟指揮に対応しているので、まさしく検察側に対する「事実上の拘束力」を及ぼし得ている状況にはある。

しかしながら、このような法曹三者の『善意』や『誠意』に裏付けられなければならない再審制度なるものは、砂上の楼閣にすぎず、確固たる理論形成がなされていないという致命的欠陥を克服し得ていない証左といわなければならない。

そこで、本件における経験に基づき、請求審と再審公判との関係につき、若干の報告と問題提起を行うこととした。

イ 本件事件の特殊性——請求審における併合審理と再審公判における審理の分離——

本件は、本件両名が被疑者として、同日同時刻（早朝）に、任意同行を共に求められ、ほぼ同時刻（同日夜）に逮捕され、その後、同じ日に起訴されたにもかかわらず、別々の事件として起訴された。公訴事実も全く同一であったのに、なぜ別々に起訴されたのかについては、想像の域を出ないが、検察側にはそれなりの意図があったのころだったのであろう²⁷⁾。

ところが、請求審の中途からは、本件両名の事件は併合審理されることとなった²⁸⁾。

(3) 再審請求審の取調べ済証拠と再審公判における証拠の取扱い

ア 本件の再審請求審における事実取調べの方式について

本件の請求審における事実取調べの方式については、請求審の第1審(以下、「請求第1審」という)では、従前どおりの職権主義的な方式で、相手方の不同意との意見にもかかわらず、事実取調べは行うというものであった。

ところが、請求審の第2審(以下、「請求第2審」という)では、相手方の同意がない証拠については、事実取調べを行わないという訴訟指揮が採られ、ただ、事実上は、相手方に対して同意を強く勧告するという方式に変わった。

イ 本件の再審公判における証拠能力について

(ア) 再審請求審における同意について

ところで、前記第2、4(3)アのとおり、本件の請求第2審においては、同意のあった証拠(書証)しか取調べがなされていなかったことから、請求第2審で取調べた証拠の証拠能力は、刑訴法326条により肯定されていたことは疑いの余地がない。

ところが、検察官は、再審公判に至って、事前の三者協議²⁹⁾の席上で、「再審公判では、個別に証拠能力を争うものもある」という意見を出し、「請求第2審において同意した証拠についても、不同意とするものもある」という姿勢を示すに至っていた。要するに、検察側は、完全なる覆審説に立ち、再審公判は、請求審とは全く異なる別個独立の審理手続であるという理解を示していたのである³⁰⁾。

(イ) 本件の再審公判における検察官の全部同意への態度変更

もっとも、最終的には、検察側は「有罪の主張・立証はしない」という応訴方針を言明するに至り、再審公判直前になって、請求第2審で同意のあった書証(取調べ済みの証拠)については全て同意することになった。但し、検察側からの請求証拠についても、弁護側

が全て同意することが前提となっていた。

(ウ) 「再審請求審における同意」の再審公判における効力について

しかしながら、本件のように、請求審で、相手方の同意によって証拠能力が付与された証拠が、公判になった時点では、覆審説に立って、一から同意・不同意の対象になるということは、背理以外の何者でもない。なぜなら、前記第2, 4(1)のとおり、再審開始決定における拘束力は、証拠の新規性及び明白性に限られ、証拠能力の判断には及んでいないという説を採ったとしても、本件においては、同意によって証拠能力がある新証拠について、新規性及び明白性が肯定されたのであるから、「再審公判に至っては証拠能力を争う余地がある」とする見解は、再審開始決定の拘束力を根底から覆してしまうことになるからである。

ウ 刑訴法321条2項書面と同条1項書面との対比的考察

(ア) 伝聞証拠禁止法則の再確認

翻って鑑みても、伝聞証拠禁止法則（以下、「伝聞法則」という）が採用されている根拠は、供述証拠には、知覚・記憶・叙述の各過程に内在する過誤が入り込む余地があり、その過誤が真実を発見すべき裁判に入り込むことによって、誤判が生じることを防止することにある³¹⁾。そのために、反対尋問によって、その過誤がないか否かを点検しなければならないとされている。

そうだとすると、実質的に言えば、当事者が裁判所（官）の面前で、互いに反対尋問を尽くすことによって、伝聞例外としての証拠能力は付与されると考えることができるのではなかろうか。

(イ) 付審判請求事件における証拠と公判における取調べとの対比

例えば、付審判請求事件において取調べられた証拠が、起訴後の公判において、自動的に証拠能力を付与されると考える説は皆無である。なぜなら、理論的には、付審判請求手続は、捜査の続行でしかなく³²⁾、それゆえに、同手続には、将来的には検察官役弁護士に

指定される者(刑訴法268条)や付審判請求人及び同代理人の立会いもないからである。換言すれば、公判における検察官役弁護士が付審判請求手続に関与することは、制度的にも想定されておらず³³⁾、対立当事者双方の立会いの下に付審判請求審での証人尋問が行われるという制度にはなっていないからである。

従って、付審判請求事件の証人尋問調書は、同意のない限り、刑訴法321条1項1号の裁判官面前調書(以下、「裁面調書」という)としての証拠能力しか持ち得ないこととされている。

(ウ) 刑訴法321条1項1号の裁面調書について

刑訴法321条1項1号の裁面調書についても、例えば、第1回公判前の証人尋問請求(刑訴法226条)によって作成された証人尋問調書については、被告・弁護側の立会権が法的には保障されておらず、現実には、検察官だけの立会いで実施される場合が殆どである。従って、その証言調書は、被告・弁護側の反対尋問を経ていないが故に、刑訴法321条1項1号書面(以下、「1号書面」という)として、相反性の要件を満たさなければ証拠能力は認められないこととなっている。

また、刑訴法179条の被告・弁護側から請求された証拠保全手続における証人尋問調書は、反対当事者の検察官に反対尋問を行う権利が法的には保障されていないので³⁴⁾、1号書面として、相反性の要件を満たさなければ証拠能力は認められないこととなっている。

エ 刑訴法321条2項と別事件における反対尋問を経た裁面調書について
これに反して、刑訴法321条2項書面(以下、「2項書面」という)としての裁面調書については、当事者双方立会いの下での証人尋問が行われたものであるから、「裁判官の面前」でなされたことだけが伝聞例外の要件とされているのである³⁵⁾。

そうだとすると、1号書面としての証拠能力が認められ得るのか、2項

書面としての証拠能力が認められ得るのかは、対立当事者の立会いの下に尋問が行われたか否かという違いに収斂されることとなるのではなからうか。もっとも、そのような双方当事者の立会いが制度的に保障されているものでなければならない³⁶⁾という見解もあり得ようが、形式的に過ぎて妥当ではない。なぜなら、伝聞法則は反対尋問権の保障のためにあるものだとすれば、それが制度的にではないにせよ、実際に反対尋問がなされた場合にも、伝聞法則を頑なに固持・適用すべきだとは思えないからである。

オ 事実取調べ時における裁面調書の証拠能力について

視点を変えて、事実取調べについては、証人尋問ができることは法文上明らかである（刑訴法43条3項、刑訴規則33条3項）。もっとも、刑訴規則33条4項では、当事者の立会いは任意的であり、当事者の立会いなくとも証人尋問はできることとされている。

また、請求審において、事実取調べをする際に、証人尋問ができることも法文上明らかであるが（刑訴法445条）、証人尋問への立会いが当事者の権利として保障されているのかについては、明文の規定はない。むしろ、そもそも論として、請求審への検察官の出廷権があるのか否かについても明文の規定はなく、請求審における事実取調べであることを念頭におくと、刑訴規則33条4項のとおり、請求審における証人尋問への当事者の立会いは任意的である（裁判所の裁量）と考える方が、法文には忠実である³⁷⁾。

しかしながら、実態としては、請求審では検察官と弁護人が立会って事実取調べが行われており、事実取調べとしての証人尋問も当事者双方の立会いの下でなされているのが通例である。

そうだとすると、たとえ事実取調べによる証人尋問だとしても、当事者双方が立会い、当事者双方による尋問が行われた場合には、1号書面ではなく、2項書面としての証拠能力を付与すべきであろう。

カ 実務的な取扱いについて

本件においては、前記第2、4(3)イ(イ)のとおり、再審公判の直前になっ

て、当事者双方が、請求審で取調べられた証拠につき、必要性のないことが明らかな証拠以外については、同意をし合うことによって、請求審で取調べられた証拠のほぼ全てが再審公判においても取調べられることとなった。

しかしながら、検察官が、「再審公判においては、不同意とする証拠もある」と言っていた段階では、その不同意の趣旨が証拠能力を争うものであるのか、それとも信用性を争うだけのものなのかの釈明を裁判長が行い、「証拠能力までをも争うものではないものは、採用する」という案が示唆されたことがあった³⁸⁾。

キ 請求審における反対当事者の同意の効力

また、本件のように請求審において、反対当事者が同意をした効力（それはすなわち証拠能力を認めるという答弁）については、再審公判に引き継がれるべきであろう。なぜなら、前記第2，4(3)エで考察を加えた裁面調書と同様に、伝聞例外としての証拠能力要件を反対尋問の有無によって判断できるとすることと、同じく伝聞例外要件としての反対当事者の同意³⁹⁾とを別異に取扱わなければならない理由は見い出せないからである。

5 刑の執行停止決定のあり方

本件については、請求第1審における再審開始決定後と、請求第2審における再審開始決定後とに、それぞれ刑の執行停止決定が下された。

その詳細については、本件における刑の執行停止決定に対する検察側の即時抗告がなされた際に、理論的なアドバイスをいただいた阪大の水谷規男教授が既に論文⁴⁰⁾を出しておられるので、それを参照されたい。

ただ、請求第1審及び同第2審における刑の執行停止決定は、いずれも効力の始期が決定日の数日後とされていた。この趣旨は、朴氏の服役先が大分刑務所という遠隔地にあり、弁護人による朴氏の出迎へのための準備の都合や、刑務所側の釈放準備態勢に配慮したものとも思われる。

しかしながら、このことによって検察側に即時抗告の暇を与え、請求第1審における刑の執行停止決定については、大阪高裁で検察側の即時抗告

が認容され、刑の執行停止決定が取り消されるという悪しき結果を招来してしまっている⁴¹⁾。

従って、このような刑の執行停止決定の効力に始期を設けることの是非も、今後の検討課題となろう⁴²⁾。

6 その他の若干の問題

(1) 確定審の判決確定後の物の還付と取調べ

本件では、確定審の審理が終了した後、確定審における取調べ済みの証拠物は還付されていた。

また、還付された証拠物のうちには、経年変化により、形状等や錆の度合いなどが変化していたものもあった。

そこで、再審公判では、必要な証拠物だけを提出することとなった。

しかしながら、本来、刑事確定記録は、検察庁で保管されるものであり、還付を受けることによって、確定記録（証拠物）の散逸・変化の危険は、還付を受けた者（主には被告・弁護側）の負担となってしまふ。

従って、再審請求が予想される事案については、証拠物の還付についての特段の配慮が必要となろう。

(2) 再審請求審における併合審理と本件聞込み書の取扱い

本件では、前記第2，4(2)イのとおり、請求審では朴氏と青木氏の両事件は併合されることとなった。

その結果、前記第2，2(1)ア及びウのとおり、確定審では証拠能力がないとされた消防士Kの本件聞込み書も、請求審が係属している裁判所が、証拠として見ることとなった。

もっとも、公判において、甲と乙の両被告人に対する同一事件が併合され、甲の供述録取書は、甲が同意し、乙は不同意とする事例は少なくない。その際には、甲の事件には罪体立証に用いることはできるが、乙の事件の罪体立証には用いることはできないという取扱いとなっている。

従って、民事訴訟とは異なり、証拠共通の原則の適用はなく、併合されている場合でも、証拠は個別であるから、法的には何らの問題もないといえそうではある。しかし、同一の裁判体が、甲の事件では証拠に用い、乙の事件では証拠に用いてはならないという心証の分離を、果たして現実的にできるのであろうか。なお、この問題は、法定合議事件で、地方の裁判所では、刑事の合議体が一つしか組めない裁判所も多いという実情のなかで、自白している被告人と否認している他の被告人の審理を併合して行う(あるいは、分離していたとしても、全く同一の裁判体で行う)場合にも起こり得る事象である。

結局、結果論としては、朴氏の確定審において証拠能力が認められなかった本件聞込み書は、請求審においては、同一裁判体の目に触れることとなった。

(3) 再審事件における証拠開示のあり方

本件は、平成7年に起訴され、平成10年には1審判決が下されたので、公判前整理手続の適用はなく、最決昭和44年⁴³⁾の訴訟指揮権に基づく裁量の証拠開示命令のもとで、審理が行われざるを得なかった。

しかし、再審請求をした時点では、既に公判前整理手続及び期日間整理手続(以下、両手続を「整理手続」という)に関する刑訴法は施行されており、類型証拠開示請求や主張関連証拠開示請求も行えるようにはなっていた。

もっとも、請求審に、整理手続における証拠開示請求の制度が準用され得るのか否かについて、裁判所は否定的であったという一般的傾向もあって、結局のところは、本件においても、証拠開示については、「強い勧告」に止まらざるを得なかった。

ただ、その証拠開示請求によって、請求第2審に至って初めて、朴氏と青木氏の各取調べに関する取調べ状況報告書の開示を受けることができ、それらの報告書により、朴氏や青木氏に対する取調べが違法であり、その取調べに関する確定審の取調べ担当警察官の証言が虚偽であることを明ら

かにする一助となった。

そのことに鑑みると、請求審における証拠開示請求権の確立が強く望まれるところである。

(4) 再審事件における「訴因」変更の可否

本件では、公訴事実において、ガソリンを撒いた量が約7リットルであることの特定まではされていなかった。また、朴氏の『自白』では、そのガソリンの量が約7リットルとされていることは自明の理として、求釈明の対象にもならず⁴⁴⁾、確定審において、当事者双方は、ガソリンを撒いた量が約7リットルであることを前提に攻撃・防御を繰り広げていた。

ところが、小山町新実験の成功により、検察側が反証としての火災再現実験を、請求第2審段階において行うこととなった際、突如として、ガソリンを撒布する量を4リットルに減じた条件でも実験を行いたい旨の意向を検察側が示したことがあった。

もとより、弁護側は、そのようなガソリン量の変更は、請求審で、しかも抗告審に至っては許されないとして、強く抗議をした結果、検察側も、約7リットルのガソリンを撒くが、その撒き方等の条件は変えて火災再現実験を行うこととなった。

もっとも、仮に公訴事実には、撒いたガソリンの量につき、「約7リットル」という記載があったとしても、そのような実行行為の方法は、白山丸事件の最高裁大法廷判決（昭和37年11月28日刑集16巻11号1633頁）の論旨からすれば、訴因の特定事項とはなり得ても、訴因そのものではないとされたであろう事項であった。ただ、平成13年4月11日最高裁決定（刑集55巻3号127頁、判時1748号175頁、判タ1060号175頁）の論旨によれば、「検察官が訴因として明示した以上は訴因になる」との理解も可能ではあったが⁴⁵⁾、本件では、撒いたガソリンの量は訴因として明示さえもされていなかった。

従って、確定審における重要な争点の変更が、請求審段階においてもできるのか否かについては、今後の検討課題となろう。

第3 まとめに代えて

本号は、加波眞一教授、生熊長幸教授、二宮周平教授の退職記念の特集である。

ところで、奇しくも、加波教授は、私の神戸大学法学部の、しかも、鈴木正裕先生の民事訴訟法ゼミの大先輩である。私も、直接、同ゼミや勉強会において、加波教授の厳しい指導を受けた後輩の一人である。

もっとも、私は、怠惰と気まぐれが祟ってか、全く畑違いの刑事関係の教員として、加波教授と同じく、立命館大学の法科大学院で教壇を共にすることとなった。

それに比べると、加波教授は、民事訴訟という学問領域の王道を全うに歩まれてきたと言って過言ではない。

そして、軌を一つにして、加波教授の研究領域の一つが民事再審手続で、既に「再審原理の研究」(1997年北九州大学法政叢書15・信山社)を出版されており、筆者の本稿も、同教授の退職の年度に再審無罪を獲得(確定)した再審に関するものであったことは、奇縁としか言いようがない。

ただ、筆者の経験を並びたてるだけで、加波教授の退職を記念するには相応しくない駄文に終始した感は否めないが、その点は、同教授の退職の言祝ぎに免じて、ご寛容を賜れば幸いである。

- 1) 朴氏と青木氏は、別々に起訴され、最高裁まで1度も併合されることはなかったので、合計6つの裁判所ということになる。
- 2) 身体拘束期間は、平成27年11月に出された再審請求第2審の再審開始決定によって出された刑の執行停止決定に基づいて釈放されるまで、一度も釈放されなかったので、逮捕時からだと約20年になる。
- 3) 共犯者とされた青木氏も、切り違い尋問などの違法な取調べにより、虚偽の自白を取られていたが、すぐに否認へ転じていたため、青木氏の『自白』の内容は極めて空疎なものに止まっていた。また、本件両名の全ての自白については、再審公判における無罪判決によって、その任意性は明確に否定された。
- 4) 本件家屋の西側が道路に面しており、本件車庫は本件家屋の正面(西側)の道路から向

刑事再審事件における手続法上の諸問題（森下）

かって右側（南側）にあり、向かって左側（北側）に台所があって、その奥（東側）の右手側（南側）に本件風呂場があり、本件風呂場と本件車庫のさらに奥（東側）に、本件居間があるという構造になっていた。なお、別図参照。

- 5) 朴氏も、被災兇に続いて入浴しようとしていたため、夏でもあったことから、パンツ丁の姿で涼んでいた。
- 6) 本件車庫のコンクリート床面は、水捌けをよくするために、奥（東南角側）から表（西北角側）に向かって高低差2寸（約6cm）の下りの傾斜を扇状につけていたので、真にガソリン約7リットルを本件車庫の東南角付近からコンクリート床面に撒いたとすれば、ガソリンは表（西北角側）に流れ下ってしまい、朴氏の『自白』のように「本件車両の右前輪と右後輪の間でガソリンが半楕円形状に流れ止まる」ことはあり得なかった。また、このガソリンが流れ着くであろう本件車庫の西北角付近は、本件風呂場のガス釜種火があった場所である。
- 7) 実際には、本件車両のガソリントクの給油口付近の下方の床面辺りだけに、30～40cmの高さの炎が局所的に立ち上がっていただけで、この状況は、消火のために駆けつけた付近住民も目撃していた。また、朴氏の『自白』も、「思ったよりも炎は小さかったので、跨いで通り抜けることができた」という非科学的な内容になっていた。
- 8) 本件車庫の出入口（道路側）から向かって右側（南側）に本件車両が駐車され、その左側（北側）には本件風呂場があり、本件風呂場の壁と本件車両との間には、大人用1台と子ども用2台の自転車が縦列に駐輪されていたので、その自転車3台と本件車両の間を通り抜けるには「カニ歩き」をしなければならなかった。
- 9) 例えば、財田川事件では、確定審の記録がないままに再審手続が行われ、徳島事件では、まさに覆審説にたつて3年もの長きにわたる再審公判が行われ、東電OL殺人事件や足利事件や本件では科学的証拠が新証拠とされていたのに対して、布川事件では目撃証人などの人的証拠が新証拠とされていたなど、再審手続を一般論でまとめることは至難の業であろう。
- 10) 平成17年（あ）第378号：現住建造物等放火、殺人、詐欺未遂被告事件（刑集60巻9号561頁、判時1957号167頁、判タ1228号137頁）。なお、最判平成18年が出されて以降の328条書面関係の参考文献については、徳永光・法学セミナー626号122頁、福島至・法律時報79巻11号105頁、関口和徳・北大法学論集58巻4号384頁、芦澤政治・ジュリスト1368号123頁、芦澤政治・法曹時報60巻11号344頁、山田道郎・ジュリスト臨時増刊1354号216頁、成瀬剛・ジュリスト1380号136頁、芦澤政治・最高裁判所判例解説刑事篇平成18年度398頁、山口雅高・別冊ジュリスト203号188頁、辻本典央・近畿大学法学55巻4号197頁などを参照されたい。
- 11) 具体的な判示部分は、「刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである」（下線は筆者が付したものである）というものである。
- 12) 具体的な判示部分は、「刑訴法328条は、公判準備又は公判期日における被告人、証人そ

他の者の供述が、別の機会にしたその者の供述と矛盾する場合に、矛盾する供述をしたこと自体の立証を許すことにより、公判準備又は公判期日におけるその者の供述の信用性の減殺を図ることを許容する趣旨のものであり、別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨であると解するのが相当である」(下線は筆者が付したものである)というものである。

- 13) 本件の原判決〔平成16年12月20日大阪高判平成11年(う)第678号〕、被告人の公判供述と矛盾する被告人以外の者の捜査段階の供述調書の証拠調べ請求を却下した1審判決を適法としたもの(仙台高判昭和31年5月8日高刑裁特3巻10号524頁)、公判供述をした者以外の供述調書、捜査報告書、実況見分調書、捜査報告書及び現行犯逮捕手続書を刑訴法328条書面として採用した1審判決を違法としたもの(東京高判平成5年8月24日判タ844号302頁)、逮捕状請求書及び捜査報告書を刑訴法328条書面として採用した1審判決を違法としたもの(東京高判平成8年4月11日高刑集49巻1号174頁)がある。
- 14) 被告人の公判供述と矛盾する現行犯人逮捕手続書、被告人以外の関係者の供述調書及び供述書を採用した1審判決を適法とした福岡高判昭和24年11月18日〔昭和24年(つ)第908号高刑判決特報1号295頁〕、公判供述と実質的に矛盾する第三者の捜査段階の供述調書を刑訴法328条書面として採用した1審判決を適法としたもの(東京高判昭和26年7月27日高刑集4巻13号1715頁、札幌高判昭和35年4月18日高刑判速43号1頁、東京高判昭和36年7月18日判時293号28頁)、ポリグラフ検査書を刑訴法328条書面として採用した1審判決を適法としたもの(東京高判昭和37年9月26日東高刑時報13巻9号235頁)がある。
- 15) 裁判員裁判が開始されたのは平成21年5月21日であった。
- 16) 証拠開示の対象は検察官手持ち証拠には限られないとした最決平成19年12月25日(刑集61巻9号895頁)、取調べ状況以外の被告人の保護や採尿の状況を記載したノート(警察官が私費で購入)も証拠開示の対象となるとした最決平成20年6月25日(刑集62巻6号1886頁)、取調べ状況等を記載した警察官が私費かつ個人の覚え用として購入した大学ノートも証拠開示の対象とした最決平成20年9月30日(刑集62巻8号2753頁、判時2036号143頁、判タ1292号157頁)がある。
- 17) 本件火災時に、朴氏は、本件居間から、本件車庫を通り抜けて、2軒隣りのA宅へ行き、「消火器を貸してくれ」と言ったか否かが争われていた。なぜなら、朴氏が放火した犯人であれば、消火活動を行うことは、放火殺人とは矛盾する言動だからである。
- 18) 大阪府公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例違反、器物損壊被告事件(刑集59巻7号753頁、判時1910号154頁、判タ1192号182頁)。
- 19) 再現写真が被害者の被害を受けた際の状況を再現したものであれば、被害再現写真となり、目撃者の目撃状況を再現したものであれば、目撃再現写真となり、被告人の犯行状況を再現したものであれば、犯行再現写真となる。但し、被害再現写真や目撃再現写真における被告人役を警察官が務める場合や、被害者や目撃者役も警察官が務める場合などにおける警察官の動作は再伝聞に当たすることに留意しなければならない。
- 20) 刑訴法321条3項の準用により、撮影されたデジタル式の写真のデータが撮影直後に変更不能な形式で保存されたことが、撮影者や保管者などの証人尋問によって証明され得ない限り、証拠能力は否定されるべきであろう。

- 21) 因みに、朴氏の公判では、「Aは、火災の事故原因の調査における聞き取りの際には、『朴氏から消火器を貸してくれ』と言われた」との消防士Kの証言はなされていなかった。しかし、仮に当該消防士Kの別件（青木氏の公判）の証言調査に、「Aは、消防士Kの聞き取り時に、『朴氏から消火器を貸してくれ』と言っていた」との記載があり、その証言調査が朴氏の公判に証拠として提出され、取調べられていたとすると、最判平成18年の言う「これら（注；聴取者の証言）と同視し得る証拠の中に現れている部分」として、なお自己矛盾供述としての弾劾証拠の証拠能力が認められたことになったのではなかろうか。
- 22) 再審請求審に関しては、刑訴法445条において事実の取調べができる旨が明定され、控訴審に関しても、同法393条において事実の取調べができる旨が規定されている。もっとも、上告審に関しては、同法414条によって、控訴審に関する規定が準用されているので、上告審においても事実の取調べはなし得るものと解されている。そうでないと、再審においては同法445条によって事実の取調べができるのに、最高裁では再審事由に関する事実の取調べができなくなると、事実上、最高裁では再審事由の存否は判断できなくなってしまうであろう。
- 23) 再審事由を証すべき新証拠といえども、証拠能力が認められている証拠でなければならぬと考えれば、「新たな証拠」という要件が課せられている以上、その新証拠は原審の口頭弁論終結後に提出された証拠だとしか考えられないので、その証拠能力を認めるためには、破棄差戻しをするしかないのではなかろうか。殊に、原審（控訴審）までに証拠調べがなされた証拠によっても、有罪認定ができないとの心証を得た場合には、新証拠の検討をする必要もなく、原審（控訴審）までに証拠調べがなされた証拠（それはすなわち証拠能力が認められている証拠である）に基づく判断なので、破棄自判はできる。しかし、理論的には、再審事由の存在を証すべき新証拠とは、原審（控訴審）までに証拠調べがなされた証拠だけでは有罪判断は覆らないものの、当該新証拠によって無罪の心証が得られた場合にでも、やはり証拠能力のある証拠によってのみ再審事由の存在が肯定され得ることにはならないのではなかろうか。
- 24) 上告審において再審事由の有無に関する事実の取調べができるとしても、破棄差戻し後の公判においては、当該「明白性かつ新規性が認められた証拠」についての証拠能力が問題となり、その証拠能力が否定されてしまうと、破棄差戻し判決の拘束力は、再審開始決定と同様に、「事実上のもの」となってしまわざるを得ないであろう。
- 25) 弁護側は、静岡県駿東郡小山町内において、模擬車庫を築造し、模擬車庫の床面に散布した約7リットルのガソリンに引火させて、『自白』に基づく火災を再現するという実験を行った。その第1回目の実験は、模擬車庫を3棟築造しての火災再現実験であったが、これを「小山町旧実験」と呼んでいた。しかし、「小山町旧実験」では、その再現性の正確さに多少の問題を残していたので、再審請求審の1審段階で、より再現性の高い火災再現実験を、模擬車庫2棟を築造して、前記小山町内において行ったが、これを「小山町新実験」と呼んでいた。特に、「小山町新実験」は、朴氏の『自白』に基づく放火は科学的にあり得ないことが証明されたと確信できるほどの、無罪判決の決め手の一つになった。
- 26) この点については、鈴木茂嗣「再審請求審理手続」『事実誤認と救済』所収（1997年上訴・再審研究会編者代表光藤景皎・成文堂227～228頁）、同「再審手続の基本構造」井上

博士還暦祝賀『刑事法学の諸相・上』1981年217頁、同『刑事訴訟法の基本問題』1988年295頁参照。

- 27) 弁護側にも、実のところ、併合審理を望まないという本件に特有の事情があった。特に、確定審の1審では、青木氏側が朴氏の単独犯行説を想定した弁護活動も行っており、その意味では両者の間に利害対立が生じていた。ともあれ、一度たりとも併合審理されることなく、本件両名の事件は無期懲役刑が確定してしまった。
- 28) 請求審の裁判所から見れば、両事件の弁護側の主張・立証もほぼ同一で、青木氏側も、朴氏の単独犯行説については、確定控訴審から主張しなくなっていたので、併合審理にしたのであろう。
- 29) 再審手続には、公判前整理手続のような正式の事前手続はないので、最近では、準備手続的な協議手続が、当事者と裁判所の三者によって行われるのが通例となっている。なお、本件については、再審公判では、再び分離審理がなされることとなったので、事前の三者協議も別々に行われた。
- 30) この点につき、大出良知「新・判例コンメンタール刑事訴訟法5」(1995年編者高田卓爾ほか・三省堂356頁)では、「手続の進め方については、3つに見解が分かれる。①実務の主流になっているのが、公判更新手続準用説(昭28・4・16最高裁判所事務総局第1課長内簡)。②通説的見解である破棄差戻後覆審準用説(平野龍一・刑事訴訟法343頁、平場安治=高田卓爾=中武靖夫=鈴木茂嗣・注解刑事訴訟法下375頁、鈴木茂嗣・刑事訴訟法(改訂版)330頁)。③ドイツの学説に倣った完全やり直し説(藤野英一・判タ178号47頁、青柳文雄ほか・註釈刑事訴訟法(4)497頁)。再審開始決定の拘束力をどう考えるかという点を除けば、②と③との間に実際の手続の進め方という点で相違はないであろう。いずれにせよ、再審開始決定によって実質的に否定された有罪判決に至った手続を更新することになる①を支持するわけにはいかないであろう」とされている。
- 31) 定説と言っても良いので、文献の引用は省略する。
- 32) 付審判請求審の性格については、裁判説を唱えている者もいる。しかし、この裁判説の主張の本旨は、一方通行的な捜査構造ではなく、対審構造としての裁判であると捉えることにより、付審判請求人やその代理人の出廷、尋問、記録の閲覧・謄写という各種の権利を保障することにある。それ故に、裁判説を唱える者の中に、付審判請求審において取調べられた証拠が、無条件で公判における証拠能力を付与されると考えている者は、皆無と言ってよい。
- 33) 刑訴法268条1項により、検察官役弁護士は、付審判決定が出された後にしか指定されないで、その公判遂行を維持すべき当事者たる検察官役弁護士が付審判請求審に立会することは、制度的にあり得ない。
- 34) もっとも、刑訴法226条の第1回公判前の証人尋問請求の場合と異なり、実際には、同法179条に基づく証人尋問については、殆どと言って良い程、検察官が立会っている。
- 35) 大コンメンタール刑事訴訟法(第二版)7巻612~614頁、注解刑事訴訟法〔第3版〕6巻515~516頁参照。
- 36) 例えば、第1回公判前の証人尋問請求事件における証人尋問については、必ずしも、被告・弁護側の立会いは必要とされてはいない。しかし、被告・弁護側の立会いが禁止され

刑事再審事件における手続法上の諸問題（森下）

ている訳ではなく、要は、裁判所の裁量に委ねられている（刑訴法228条2項）。そこで、問題となるのは、制度的には、被告・弁護側の立会いが要件とはされていない第1回公判前の証人尋問請求事件における証人尋問調書について、被告・弁護側の立会いがなされた場合に、当該裁面調書は、1号書面となるのか2項書面となるのかという問題であり、筆者は2項書面と解すべきと考えている。

- 37) 再審請求に代理人弁護士（弁護士）が就いている事案ではなく、本人のみからの再審請求事案については、書面審理だけで行われているのではあるが、その意味でも、請求審における当事者の出廷は、権利として保障されていない。
- 38) 実務においては、乙号証（被告人関係の供述調書）につき、弁護人が不同意の意見を述べた場合に、裁判長が「不同意の趣旨は、任意性も争うという趣旨か」と釈明し、被告・弁護側が「任意性を争う趣旨ではない」との応答をした場合には、証拠能力としての任意性はあるものとして採用してしまうという訴訟指揮がなされる場合は少なくない。また、証拠能力という訴訟法的事実については、原則として厳格な証明までは求められていないので、当事者間の応答によって証拠能力の存否を認定することもできる。もっとも、本件においては、裁判所が明確な形で「検察官が再審公判において不同意の意見を述べても、職権で、証拠能力があるものとして証拠採用する」と述べられたものではなかった。
- 39) 刑訴法326条の同意についての法的性質を、反対尋問権の放棄と考えるか、証拠能力の付与と考えるのかという説の対立はあるが、いずれの説によっても、反対当事者の同意によって証拠能力は認められるので、この説の対立は、本稿の結論に影響を与えない。
- 40) 「再審開始決定に伴う刑の執行停止決定について」（阪大法学62巻3=4号91頁・2012年12月）、「再審請求段階の刑の執行停止について」（犯罪と刑罰25号77頁・2016年3月）。
- 41) この点についても、従前は、刑の執行停止決定に対する抗告はなし得ないとするのが通説であったが、最高裁は、「一般抗告を禁ずる規定はない」との理由で、刑の執行停止決定の取消を求めた検察官の抗告は適法だとの判断を示した。なお、この点については前掲水谷論文を参照されたい。
- 42) 民事事件においては、仮執行宣言付き判決において、仮執行の効力発生期の始期を、同判決の数日後に定めるものも少なくない。しかし、これは、被告が国などのように、執行停止決定を得るための内部決裁手続に日数を要することなどを理由とするものである。これに対して、刑の執行停止決定に対する検察官の対応に時間的余裕を持たさなければならない必要性は皆無である。従って、保釈許可決定と同様に、刑の執行停止決定に効力の始期を設けることは、法律的にはなし得ないという意味で、違法というべきではなからうか。
- 43) 最決昭和44年4月25日（刑集23巻4号248頁、判時554号3号、判タ233号284頁）参照。
- 44) 正確に言えば、そもそも朴氏はガソリンを撒いていないのであるから、「撒いたガソリン」の量に関する求釈明をすること自体が背理であった、というべきであろう。
- 45) この点については、拙稿「整理手続導入後の訴因論雑考」（浅田古稀祝賀2016年10月223頁・成文堂）を参照されたい。