

# 横浜事件再審判決の問題点(2・完)

—— 再審公判のあり方との関係を中心に

新屋達之

---

IV	再審開始決定の効力(承前).....	34
V	再審公判における「公訴権」の概念.....	35
VI	再審公判における訴訟条件とその先決性.....	39
VII	再審理由としての免訴の意味.....	42
VIII	まとめにかえて.....	44

---

## IV 再審開始決定の効力(承前)

4 (1) 本稿(1)脱稿後、最高裁は、本件上告に対する上告棄却判決を言い渡した<sup>(22)</sup>。同判決は、次のようにいう。

「再審制度がいわゆる非常救済制度であり、再審開始決定が確定した後の事件の審判手続(以下『再審の審判手続』という。)が、通常の刑事事件における審判手続(以下『通常の審判手続』という。)と、種々の面で差異があるとしても、同制度は、所定の事由が認められる場合に、当該審級の審判を改めて行うものであって、その審判は再審が開始された理由に拘束されるものではないことなどに照らすと、その審判手続は、原則として、通常の審判手続によるべきものと解されるところ、本件に適用される旧刑訴法等の諸規定が、再審の審判手続において、免訴事由が存する場合に、免訴に関する規定の適用を排除して実体判決をすることを予定しているとは解されない。」

すなわち、最高裁は、通常審公判と再審公判の間に一定の差異があるとしても、①再審公判が審級に従って行なわれる点、ならびに②再審開始決定は再審公判に対する拘束力を有しない点を根拠として、再審公判にも免訴規定がそのまま適用されるというのである。

①は再審一・二審判決も触れていた点であるが、主に法の文理に基づく形式論に根拠を置くものである。理論上、そう考えることが正当か否かは、後に改めて検討したい。②は、本判決が始めて明示したものであるが、再審一・二審判決もこのような見解を前提としていることはいうまでもない。この問題は、再審開始決定の効力の問題でもあるので、ここで検討を加えておくこととする。

(2) 再審開始決定が後の再審公判にいかなる効力を持ちうるか、すなわち、再審開始決定の拘束力をめぐっては、以前から、拘束力肯定説<sup>(23)</sup>と否定説の対立があった。

否定説は、「再審開始決定は、原判決に再審理由に該当する事実が存在するので本案事件について再審の審判がなされるべき旨を判断するにとどまり、いかなる事実認定をも行うものではないから、最新の終局裁判に対する拘束力もこの限度にとどまるからである」という<sup>(24)</sup>。あるいは、現確定判決の事実誤認の有無は再審公判で決せられるのであり、再審開始決定は「直ちに原判決に事実誤認のあることを示すものではない。その決定の効果は、その事実に関する確定判決の拘束力のみを排除するものであって、その他の原確定判決の効力を左右するものではない」ともいわれる<sup>(25)</sup>。また、明言する見解は存在しないが、再審判決で確定判決と同様の有罪判決を言い渡しうること(刑訴

452条は、不利益変更の禁止にとどまる。)も、拘束力否定説の根拠となるかもしれない。

しかし、再審請求審は、新証拠のみを評価して確定判決を弾劾・破棄するわけでない。請求審は、先にも触れたとおり、「もし当の証拠が確定判決を下した裁判所の審理中に提出されていたとするならば、はたしてその確定判決においてなされたような事実認定に到達したであろうかどうかという観点から、当の証拠と他の全証拠と総合的に評価して判断すべき」(白鳥決定)なのである。そうすると、何をもちて証拠構造分析と考えるかの問題はここでは措くとしても、少なくとも再審開始決定を出そうとする限り、確定判決の認定過程やその証拠的基礎、新証拠がそれらに与える影響に踏み込まざるを得ない。この点で、再審請求審は確定判決の当否を審査する場であり、事実認定を全面的にやり直す場でないといっても、それは請求審の構造に反しない限り<sup>(26)</sup>でのことであり、新証拠の存在に伴い確定判決がどう変動するかという新たな事実認定なしに再審開始決定を行うことはできないはずである<sup>(27)</sup>。

また、再審判決で再度の有罪判決が可能なことも、再審公判において請求審提出の新証拠が再度弾劾され、あるいは(その可否や程度の問題は別に考えなければならないが)新たな有罪証拠が提出されれば、証拠状態が変動する。だとすれば、再審開始決定に拘束力が存在しても、再審公判での証拠提出により開始決定の拘束力は破れるから、特段の不都合は存在しない。

さらに、拘束力否定説の背景には、再審請求審は、再審公判を開く要件の存否を判断するものであるところ、特に再審開始決定の場合、後に再審公判・再審判決が控えている点で、もともとは「訴訟手続に関し判決前にした決定」(刑訴420条1項)であり、中間的判断としての性格が強いものであるから、拘束力を肯定する根拠や実益に乏しいということも考えられよう。しかし、再審開始決定に中間的判断としての性格が強いことは事実だとしても、法が開始決定に関する即時抗告を許容した(刑訴450条)のは、再審手続の特殊性に配慮したものだとしても、純粹・単純な中間的判断ではなく、確定判決の効力の破棄という効果の重さにかんがみ、終局的判断としての性格をある程度付与する趣旨を含んでいるからと考えられる<sup>(28)</sup>。そしてこのように考えるならば、再審開始決定の拘束力は、むしろ存在すると考えるべきように思われるのである。

## V 再審公判における「公訴権」の概念

1 ここで改めて、再審公判における訴訟条件適用の可否の問題に戻り、それを検討する前提問題となる、再審公判における「公訴権」の概念について、検討することとしたい。

再審開始決定によっても確定判決の効力は失われず、それが失われるのは再審判決

時ないしその確定時だと解する「平行説」の場合、再審公判手続と通常審の公判手続との間には基本的な等質性が存在することが前提となるから、両者は平行可能と解されるのであろう。従って、再審の審理は原確定判決の手続を利用し、これに連続したものとして行なわれても問題がないとされる<sup>(29)</sup>。

これを公訴権の問題に引きなおすと、通常審の公判と再審公判の基本的な等質性を前提とする限り、「平行説」においては、再審公判においても通常審とほぼ同様な公訴権が存在すると観念することになるはずである。従って、「平行説」によれば、再審開始決定は、通常審的な意味における公訴権を復活させるための手続ということになる。すなわち、再審開始決定は通常審とほぼ同様な公訴権の復活手続であり、再審公判はその復活した通常審的公訴権の存否を改めて判断する場だということとなる。ただ、再審公判の場合、確定判決が破棄された後の手続であるという事実を、理論的にというよりもむしろ政策的に考慮して、一定の修正を加えるのだということとなろう。例えば、再審公判での訴因変更を通常審と変わりなく認める<sup>(30)</sup>、あるいは不利益変更禁止(刑訴452条)の趣旨に関しない限り自由である<sup>(31)</sup>というのは、この表われだといえる。

再審公判は公判手続の更新に準ずる手続だという見解も、これと軌を一にする立場のように思われる。ただし、確定判決が再審開始決定によって破棄されると、もちろん多少の修正は加わるにせよ、それはいわば確定前のふり出しに戻された状態に戻ることを意味する。再審開始決定は、いわば一旦停止された公判を再開するという意味に近い手続なのである。

**2** これに対しては、再審開始決定によっても確定判決の効力はなお残り、それが消滅するのは再審判決の確定によってであるとする「平行説」の前提となる確定力の理解やその効力のあり方自体に問題が残ることは、先にみたとおりである。

「平行説」に対立するかかる見解によれば、再審開始決定によって確定判決の効力はその時点で遮断・消滅させられることとなる。この意味で、これは仮に「遮断説」と呼ぶことができよう。

ところで、再審公判のあり方との関係でいえば、最近の学説においては、再審公判における訴因変更について、それが基本的に自由であるとするのは再審制度の趣旨に合わないとし、拡張的な変更は許されず、撤回や縮小方向での変更のみが許されるとする見解が有力である<sup>(32)</sup>。

この見解には、むしろ、現行の再審が利益再審制度であり、不利益変更も禁止されているという制度的背景がある。しかし、かかる見解は、単なる政策的配慮から訴因

変更の限界を説いているのであろうか。けだし、再審開始決定が通常審とほぼ同様の公訴権を復活させる手続だというのであれば、公訴権の行使の一態様である訴因変更も、通常審とほぼ同様に行なうべきであり、せいぜい政策的配慮から制限されるにすぎない。しかし、一事不再理効を二重の危険の観点から位置づけると、再審公判における訴因変更は、そもそも一旦確定した事件で被告人に新たな防御を余儀なくすることになる点で、許さるべきでないこととなる。更に、一事不再理効を支える二重の危険概念は、通常審で一度公訴権が行使されたことにより、それが消滅したとする公訴権消耗論とも深いつながりを有してきたことは周知のとおりである。だとすれば、刑罰権の存在を確認する、あるいはそれを形成するという公訴権の核心部分が、再審段階でそのまま復活するとは考え難い。公訴権が確定審で使い尽くされた以上、再審であるからといって、それが確定審と同様の形で復活するというのは、公訴権の「消耗」という趣旨と相容れないからである。そして、これらの点で、訴因変更の原則的禁止ないし有利な変更のみが許されるという片面的理解が、二重の危険の効果として、当然に想定されてくる。

3 もっとも、このことから、再審で「公訴権」が全く存在しないとまでいうことはできないであろう。再審も一種の訴訟である以上、一定の訴訟対象を有し、それをめぐって攻防が展開されることは否定できないからである。

ところで、通常審の場合、原告適格はもっぱら検察官にのみ存在し(刑訴247条)、被害者の私的利益への考慮・配慮もあるにはせよ、犯罪により侵害された国家ないし社会の利益保護を目的とするのが公訴権である。いわば公共空間の関係を規律するものである。

検察官はこのような権限を持つと同時に、挙証責任も原則として負担する。さらに、公訴権は実体判決請求権であるといっても、現状認識という意味でみれば、有罪判決を得られる可能性が高いと検察官が判断した場合に行使され、実質的には嫌疑の存在を前提とするものとなっている。公訴権が実体判決請求権だとしても、それは「有罪判決の得られる見込みを前提とする実体判決請求権」であり、いわば「修正された実体判決請求権」であるとする見解<sup>33)</sup>が現われるのも、この点に由来する。

このように、通常審における公訴権は、その実態も踏まえると、きわめて攻撃的な性格を有し、防御的性格は皆無に等しい。この点で、通常審における公訴権は、理論的には有罪・無罪を問わず実体判決に向けられた検察官の権限だといえても、実質的には、国家権力による積極的な犯罪事実立証権限である。

しかし、先にみてきたように、再審公判における検察官の権限は「平行説」的な見

地に立っても限界が存在するのであるし、「遮断説」に立てばなおさらである。そして、このことは、再審開始決定が通常審的な公訴権の復活手続ではなく、従って、再審公判では通常審と同様の公訴権が存在していないことを根拠とすると、よりよく説明しうるように思われるのである。

すなわち、再審公判のあり方を踏まえたとき、検察官の「公訴権」は積極的・能動的なものではなく、消極的・受動的なものとなる。もちろん、再審公判でも「疑わしきは」原則は機能するから、被告人側に無罪立証が要求されるわけではない。また、被告人側に積極的な無罪判決請求権が存在するかという問題も残ろう<sup>(34)</sup>。

ただ、実質的にみれば、再審公判においては、被告人側のほうが主導権を握るといっても過言ではない。この点で、被告人側のいわゆる「応訴権」の優位がより明確となる。再審開始決定の確定により、確定有罪判決の正当性は、仮に失われていないとしても相当程度の動揺を余儀なくされ、検察官の活動は—仮にかなり積極的な立証を許容するとしても—確定判決の維持に集中される。再審公判における「公訴権」は、せいぜいこのような「限定的公訴権」に過ぎない。

再審公判において問題となるのがこのような「限定的公訴権」であるとすれば、それは、これまでも争いがあったような再審公判における訴因変更の限界といった問題のみならず、つきつめれば再審公判における審判の対象が何かという問題、また、公訴権行使の条件である訴訟条件の機能という問題にも影響を及ぼすと考えるほうが、筋が通るはずである。

再審公判における「公訴権」が通常審と同様の公訴権ではなく、二重の危険の観点からいわば「限定的公訴権」とでも呼ぶべき形でしか復活し得ないとすれば、再審公判における訴因変更も、「限定的公訴権」に基づく枠が自ずとはまるはずである。

再審公判が破棄差戻し後の手続に準ずるというのも、この「遮断説」的な立場と整合する。けだし、再審開始決定がせいぜい「限定的公訴権」しか復活させないというのであれば、「平行説」のように確定前の公訴権と再審開始決定後の「公訴権」は等質たりえない。そうすると、両者の間に何らかの関係を見出すことができるとしても、そのつながりの程度はきわめて希薄であるから、両者の等質性を前提として成り立っている公判手続更新のアナロジーという論理はとりえない。確定判決の効力を再審開始決定が打ち止めにし、遮断しているからこそ、再審公判は新たな公判としての意味を持ちうることとなる。

こうして、再審開始決定においては、一事不再理の効力との関係からみて、通常審的な公訴権がそのまま復活するものとは考え難い。仮に「公訴権」なるものを観念し

うるとしても、それは通常審の場合とはかなり異なった、再審公判独自の公訴権、いわば、一事不再理効、公訴権消耗論を背景とした、限定的なものであると理解せざるを得ないのである<sup>(35)</sup>。

## VI 再審公判における訴訟条件とその先決性

1 再審請求における公訴権が以上のようないわば限定的公訴権であるとする、それは訴訟条件との関係、更にそれを踏まえ、横浜事件の争点となった訴訟条件の先決性との関係をいかに理解すべきかが問題となる。通常審における訴訟条件の機能とその先決性を検討した上、再審においてそれがいかに修正されるかについて、考えることとする。

訴訟条件が訴訟の提起・継続・実体判決の要件であり、公訴の提起から終了に至るまで訴訟条件が具備していなければならないこと、換言すればそれなしに実体判決を行ない得ないこと(訴訟条件の先決性)、これらの点が訴訟条件の最も基本的な意義であり、かつ機能であることについては、論者により大小の修正が加えられるものの、ほぼ異論なく承認されている。そして、「実体判決」には有罪・無罪の双方の裁判が含まれ、この意味で、訴訟条件は実体判断から中立である(訴訟条件の中立性)。被告人側に実体判決請求権ないし無罪判決請求権がないとされるのも、この点にある。更に、訴訟条件が職権判断事項であるといわれることが多いのも、このような中立性・先決性に由来するからであろう<sup>(36)</sup>。

このような訴訟条件の中立性・先決性は、次のような観点から説明されている。公訴棄却判決との関係でいえば、①公訴棄却事由は、性質上、実体裁判を排斥する、②公訴棄却事由の存否は、實際上、無罪事由より先に明らかになる、③公判の裁判は、公訴提起という訴訟行為に対する価値判断であるから、理論上、適法不適法の判断が理由の有無の判断に優先する、といった点である。免訴についても、一般的には実体判断の先行にはさまざまな弊害があるにせよ、免訴事由の性質上、実体裁判(無罪判決)を排斥しないことが多いことが根拠とされる<sup>(37)</sup>。②は事実上の問題であるが、①③は、いずれも訴訟条件の本質と関係し、それはさらに訴訟構造論とも関係する。繰り返しになる部分もあるが、改めて触れておくと、次のようなことである。

すなわち、訴訟手続は、刑事訴訟は、公訴の提起という訴訟行為により訴訟係属が生じ、それにより一定の訴訟関係が形成され、それがさらに新たな訴訟行為を要求するという、訴訟行為⇒訴訟係属⇒訴訟関係⇒訴訟行為…の流れを経つつ、その間に実体が形成されて確定判決に至る。訴訟追行面・手続面に支えられて実体面が形成され、それが確定判決の事実認定となる。ところが、この訴訟行為⇒訴訟係属⇒訴訟関

係⇒訴訟行為…の流れの中に、何らかの瑕疵が生じた場合、新たな訴訟係属が成立せず、あるいはその成立自体は肯定されるとしても、その効力は否定される。このために爾後の訴訟関係が成立することがなくなり、更に訴訟行為を行なうことも不可能となる。そこで、手続は先に進めなくなる。これを三面説的にいえば、手続面と訴訟追行面、あるいは訴追面と手続面の形成を通じ、実体判決を言い渡さうの程度に実体面を形成することもできないということとなる。一般に、訴訟条件が欠ける場合に無罪を含め実体判決が言い渡せないとされるのは、このためである<sup>(38)</sup>。

2 もっとも、このような訴訟条件の中立性・先決性は、一般的には承認されているものの、訴訟条件が欠けていても無罪判決の機に熟したような場合、無罪判決が優先されてしかるべきであるとの見解が、近時は有力である<sup>(39)</sup>。このような見解は、横浜事件再審判決も含め日本の裁判実務上どの程度受け容れられているかは定かでないが<sup>(40)</sup>、ドイツにおいては、適用そのものは例外的であるが、この見解自体は裁判実務上も広く受け容れられている<sup>(41)</sup>。

無罪判決の先行を肯定する根拠、また、無罪先行が許される場合の理解について学説は一様でないが、その背景には、問題となっている訴訟条件の性格に対する配慮が必要である — この点で、訴訟条件の性格如何によっては無罪先行がありえないもの<sup>(42)</sup>が存在する — としても、事実上積み上げられてきた実体形成の重みと、それが無罪という結論であることに由来する被告人の利益への配慮という2つの点があることは確かである。事実上形成された実体の重みということとの関係では、すでに無罪の実体が実質的に形成されているのに、訴訟条件の先決性というドグマを持ち出して手続を打ち切ってしまうことは、裁判所・当事者それぞれの努力を無にするという訴訟経済の点でも好ましいものとはいえない。

さらに、前訴訟的・訴訟外的要因により「訴訟そのもの」が法秩序全体から許容されない、すなわち実体審理を開始したことが誤りだったと裁判所が判断した場合、その誤りを指摘してする裁判が形式裁判であるという訴訟条件観を前提とすれば、このような場合には、訴訟条件の機能である実体審理阻止機能ないし実体判決阻止機能を働かせる必要はない<sup>(43)</sup>。すでに誤りを指摘する意味が失われていると思われるからである。

少し敷衍すれば、これらは、適正手続ないし無辜の不処罰という、いわば憲法的刑事手続の前では、訴訟条件の中立性・先決性も譲歩すべき場合があることを意味するものといってよい。また、このような大上段な理解でなくとも、訴訟条件が裁判所との関係のみで論じられる職権主義的な機能に由来するものでなく、当事者なかならずく

被告人との関係での妨訴抗弁だとの理解からすれば、被告人に無罪判決請求権が存在しないとしても、無罪判決を阻止する抗弁をすることに被告人の利益はないから、当然に無罪判決は先行しうることとなる。

3 これに加え、形式裁判は、訴訟追行面ないし手続面に存在する何らかの瑕疵を理由に言渡される裁判であるから、本来であれば形式裁判で訴訟が終了すべきところ、実体判決の宣告を許すということは、当該瑕疵の治癒を意味することとなる。そうであるならば、訴訟条件の中立性・先決性ということを前提としても、それに由来する瑕疵が治癒可能であれば、訴訟条件の中立性・先決性にも例外が存在しう。

訴訟行為に瑕疵がある場合、当該訴訟行為が無効となることはいうまでもない。しかし、その無効原因が除去補正される場合(訴訟行為の追完)や、無効原因自体は除去されないとしても、訴訟がある段階に進むことによりこれを主張する意味がなくなる場合には、当該瑕疵の存在を主張しなくなるものとされる。この瑕疵の治癒は、訴訟の発展的な性格に由来するものであるが、訴訟経済上の根拠に加え、特に当事者主義の下では、当事者双方に異議がないことで瑕疵の治癒が認められることも想定されている<sup>(44)</sup>。

この瑕疵の治癒の判断に際しては、①訴訟行為は、訴訟手続の一環を構成し、先行行為と後行行為の関係が相連鎖し、判決を終点とする全体としての訴訟手続の一部を構成することが顧慮され、②訴訟行為の法的評価は常にその基盤たる訴訟状態との関連のもとに実質的に考察され、③一面訴訟当事者なかんずく被告人の訴訟上の権利の行使を不当に制限したり、機会を失わせることのないよう配慮すべきである。更に、特に訴訟行為の無効との関係では、④訴訟行為の存在は後の訴訟行為との関係で問題となり、ある訴訟行為との関係では有効でも他の訴訟行為との関係では無効となりうることにも留意する必要があるとされる<sup>(45)</sup>。

これを無罪判決の先行との関係でみると、確かに、訴訟条件は公訴の提起や訴訟追行、判決までも阻止する重大な手続違背の類型を規定したものである。しかし、そのような手続違背が何らかの理由で組上に上らずに実体審理が進められ、判決に熟したような場合、その手続違背を主張する意味自体が喪失することもありうる(上記①②の視点)。そして、同じ実体判決といっても、訴訟の適法要件を欠いたままの有罪判決は被告人の防御の利益、更に、裁判所が違法な手続を看過したまま被告人を処断するという点で司法の清潔性をも侵害する(上記③の視点)。だとすれば、被告人側は、判決に至るまで訴訟条件の欠缺を問題にする利益を有するから、訴訟条件を欠いたままの有罪判決はありえない。これに対し、無罪判決であればそのような事情が発生しない

ことはいうまでもなく、ここでも、③の視点は無視できない<sup>(46)</sup>。

4 以上は、通常審における訴訟条件の機能との関係である。では、再審の場合はどうか。

これまで検討してきたことは、おおむね、①再審は、適法に成立した確定有罪判決の効力を破棄し、その実体面の誤りを是正する手続であるから、手続面、訴訟追行面の誤りを問題にするのは基本的に無理でないのか、②確定判決の段階で公訴権が行使されて消耗したという公訴権消耗論を背景に一事不再理効が成り立っている以上、再審段階で通常審と同様の公訴権が成立すると考えることはできず、それを「公訴権」と呼ぶにせよ、再審段階のそれは確定審段階のそれと相当に異なったものでないのか、ということであった。そして、③通常審段階でも、訴訟条件の中立性・先決性は、例外的であれ破られるのではないかということであった。

まず、①②との関係では、そもそも再審公判では訴訟条件なる概念が存在しうのか、ということ自体が問題となろう。たとえ誤判であっても確定判決そのものは適法な判決である上、そこで本来の公訴権は使い尽くされている。再審でのそれは同じ「公訴権」という名称を用いるとしても、あくまで形骸的なものであり、通常審のような攻撃的な性格を有せず、むしろ、確定判決の擁護という防御的な性格を持つ。これに対し、通常審における公訴権は攻撃的な存在である。

そうであるなら、通常審の場合、訴訟条件は、被告人との関係では、攻撃的な公訴権に対する防御手段として、一種の妨訴抗弁、訴訟抗弁としての機能を持ちうる。しかし、再審における「公訴権」が確定判決の擁護という防御的なものである以上、被告人側には、確定判決を完全に抹消するための訴訟追行の利益はあっても、それに対する妨訴はありえないはずである。他方、検察官側からみても、検察官は自らが刑を受けるわけではなく、公益の代表者として確定判決の擁護を利益としているのであるから、ここで公訴の無効を主張することは、筋が通っているとはいえない。すなわち、訴訟条件の先決性以前の問題として、訴訟条件を云々する余地自体が乏しいことになる。

## VII 再審理由としての免訴の意味

1 ところで、確かに刑訴法は、免訴を言渡すべき証拠を発見したことを理由とする再審を許容しているが(刑訴法435条6号)、その多くは無罪を言い渡すべき新規・明白な証拠の発見を理由として行なわれ、それ故に無辜の不処罰を理念とする制度である。そうすると、免訴の可能性があるという点を考慮しても、同じ確定後救済手続である非常上告との関係も考えるなら、再審で問題となるのは何よりも確定判決の事実認定

(実体面) のはずである。ここに、手続面・訴訟追行面の問題である訴訟条件を持ち出すのは、やはり筋が通っているとはいえない。

だが、現実には免訴事由が再審理由に規定されている以上、その意味付けが問題となる。別稿で検討したところでもあるが<sup>47)</sup>、簡単に述べておくこととする。

2 現行法では、免訴判決は、その性格をどうみるかは別としても、終局判決の一種としてのみ規定されている。しかし、旧法には、公判での免訴判決(旧刑法363条)の他、予審免訴に関する規定(同313、314条)が存在していた事実がある。このうち、公判での免訴は現行法と全く同一の要件であるが、予審免訴は、訴訟条件事由のみならず、罪とならず・嫌疑不十分といった無罪事由、有罪の一種である刑の免除事由のある場合にも可能であった。同じ免訴という形式を持つ2種類の裁判形式があり、しかもその中には無罪、刑の免除という実体判断が含まれていたわけである。

このように、一口に免訴といっても予審・公判の2段階のそれがあり、しかも予審免訴では実体判断による免訴が認められていたことからすると、免訴の性格も、現行法と同一に論じることはできなくなるのは当然である。

免訴の法的性格について実体裁判説が多数説であった<sup>48)</sup>のも、実体判断に基づく予審免訴が存在している以上、免訴の概念を統一的に理解するには、それが一番適切であったからと思われる。もっとも、その後は次第に免訴の実体的性格を強調する見解は薄れ、最終的には実体的理由に基づく予審免訴も含め、実体的訴訟条件の欠如が免訴事由であるとする実体関係的形式裁判説<sup>49)</sup>が主張されるに至る。

このように、旧法下では実体判断による免訴が存在しており、免訴の性格も、それを踏まえる必要があった。そのため、無罪と免訴の間にはある種の親近性が存在していたから、再審事由として(実質的無罪としての)免訴を認める余地があり、訴訟条件事由が再審事由とされることにも十分な根拠があったのである。

ところが、戦後の予審廃止により(刑訴応急措置法9条)、予審免訴も必然的に姿を消した。これにより、現行法の下では、免訴事由は、実体関係的か否かは議論が残ったものの、訴訟条件事由として純化された。学説においては、実体裁判説・二分説はなお有力だが、また免訴に一事不再理効を認める根拠については議論が残るが、形式裁判説が通説化した。しかも、免訴と公訴棄却を区別する根拠である一事不再理効の問題も、二重の危険の観点から説明された。これにより免訴の独自性は一層薄まり、両者の別は沿革の意味だけだとの見解さえ有力化している<sup>50)</sup>。

こうみてくると、現行刑法435条6号が免訴事由の発見を根拠とする再審を許容し

ている意味は、事実上失われる。そうすると、6号のこの部分は、旧法以来の免訴観をそのままひきずっているという点で立法ミスであるとみるか、あるいは、現行法制定当時の理論状況<sup>51)</sup>からみてミスとまではいえないにせよ、現在では理論的・実地的意味を失い事実上適用の余地がなくなったとみるか、あるいは特殊な場合を想定しての規定と理解するよりほかはないようにさえ思われるのである<sup>52)</sup>。

## VIII まとめにかえて

1 なお、本件を免訴で終結させたことは、有罪判決の言渡しを受けた者の名誉回復という観点でもきわめて不十分であることを、恩赦の効力との関係で指摘しておきたい。

本件では、有罪判決後、治安維持法の廃止とそれに伴う大赦が行なわれたことが、免訴判決の引き金になっている。すなわち、再審一審判決以来認定されているとおり、有罪判決の言渡しを受けた者たちに関する「本件各公訴事実、治安維持法1条後段、10条に該当するとされた事実であるところ、同法は、昭和20年10月15日に『治安維持法廃止等ノ件』と題する昭和20年勅令第575号が公布・施行されたことにより、同日廃止された。また、同月17日、昭和20年勅令第579号による大赦令が公布・施行されているが、この法令によると、その1条1項で『昭和二十年九月二日前左ニ掲グル罪ヲ犯シタル者ハ赦免ス』とし、同項20号で『治安維持法違反ノ罪』と規定していることから、被告人らは大赦を受けたこと」となる(再審一審判決)。

大赦の効力については、現恩赦法3条1項は、「有罪の言渡しを受けた者については、その言渡しは、効力を失う」と規定し、同11条は、恩赦によっても有罪の言渡しに伴う既成の効果は変更されない旨を規定している。すなわち、大赦を含め恩赦の効力は将来効であり、執行猶予期間満了で刑の言渡しが無かったものとされるのと同様、刑の言渡しの効果が消滅し、将来において前科のないものとしての取扱いがなされることとなる<sup>53)</sup>。しかし、有罪判決を受けた事実は、大赦によっても消滅することはない<sup>54)</sup>。

この点で、有罪判決の宣告という事実が再審判決で消えることはないにせよ「免訴判決は、有罪無罪の実体判決をする訴訟条件がないことを理由とする形式裁判であり、免訴事由が存在するときには、さらに実体についての審理判断をすることなく、その時点で審理を打ち切ることが被告人の利益にもなるのであって、このことは再審の審判手続においても通常の審判手続と変わることはない(上告審判決における今井補足意見)といえるかは、やはり問題であろう。また、本件が刑事補償との関係では「もし免訴の裁判を言渡すべき事由がなかったならば無罪の裁判を受けるべきものと認められる充分な事由があるとき(刑事補償法25条参照)にあたるとしても(前記今井補足意

見ならびに再審一審判決)、やはり本質的な救済となるものではない。

2 最後に、以上の検討を骨子としていけば、①再審は、適法な訴訟進行面、手続面に支えられつつも証拠評価を誤って形成された確定判決の実体面の誤りを正す手続である。そして、②再審は、確定判決をいったん破棄して再度の事実認定を行なうものであるが、それは二重の危険とその基盤にある公訴権消耗論を考慮すれば、通常審と同様の公訴権が復活するということは考えがたく、そこでいわれる「公訴権」は、たとえそれが観念できるとしても、せいぜい確定判決の利益を擁護することに由来する形骸程度のものである。③従って、再審事由としての免訴事由も通常審の場合と同列に論じるべきでなく、一事不再理論や再審手続における公訴権論などの特殊性を考慮する必要がある。④加えて、訴訟条件の中立性・先決性は、確定審に関する場合であってもそれほど自明な存在ではなく、更に再審段階であるという上記③の特殊性が考慮されるべきである。そして、⑤免訴事由を理由とする再審は、実はきわめて特殊な場合を意味すべきこととなる、ということである。このうち、④の問題については、訴訟条件そのもののあり方との関係でなお詳細な検証を要すると考えているが、これらを前提とすれば、本件はむしろ無罪で終結すべき事件であったと考えられるのである。

再審一審判決以来、本件の各審級は、いずれも、再審に関する法の文理、ならびに免訴は形式裁判で実体判決に当然先行するものであり、それ自体が被告人に有利な裁判であるという、いわば形式論と通常審における通説的見解を中心的な根拠として免訴判決を正当化してきた。しかし、ことはいずれも公訴権、訴訟行為、訴訟構造、一事不再理といった訴訟法の基礎理論をバックとするものなのであり、形式論理や通説的見解の単純な適用のみで事足りるというものでない。そうすると、本件の各審級は、公訴権や訴訟行為などに対する十分な洞察を踏まえるべきであった。ややドラスティックにいえば、本件の各再審判決は、(悪い意味で)法律実証主義的性格の強い日本の裁判所の判断姿勢がそのまま現われたケースであったといえよう。

---

(22) 最判2008年3月14日刑集62巻3号185頁。

(23) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)343頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(青林書院、1990年改訂版)328頁、田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣、1996年新版)511頁、上口裕『刑事訴訟法』(成文堂、2009年)524頁。

(24) 伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法』第7巻(立花書房、2000年)178頁〔白井滋夫、河村博補訂〕。

(25) 井戸田侃『刑事手続構造論の展開』(有斐閣、1982年)274頁。

(26) たとえば、証拠構造の組み換えや旧証拠の証明力のかさ上げである。これらは、確定判決の心証形成を無視した上で再審請求審が独自の証拠評価を行なうものである点で、審査という性質に反するといわざるを得ない。

(27) この点、事後審(あるいは事後審査審、審査審)といわれる控訴審においても、「控訴審が、事実が争われる限りでは事実認定が行なわれる審級であることを承認したうえで、それに適した手続規定の整備・解釈・運用を追究すべきである」との見解が表明されている事実(後藤昭『刑事控訴立法史の研究』(成文堂、1987年)320頁)が想起されるべきであろう。特に再審の場合、証拠状態の変化を伴うとは限らない控訴審と異なり、新規・明白な証拠の存在という証拠状態の変動が開始決定の前提とされるのであるから、請求審における「事実認定」のもつ意味は小さくないはずである。

(28) 再審請求棄却決定の場合、後の再審公判という自体はありえないから、「訴訟手続に関し判決前にした決定」とは言い切れない面がある。他方、再審開始決定が純粋な中間的判断であるならば、それに即時抗告を認める意義は、本来は存在しないはずである。開始決定の正当性は、再審公判で争えば足りるからである。それを特に認めたのは、「再審手続の特殊性からくる迅速処理の要請からであろうか」(伊藤ほか・前掲注(24)8頁〔河上和雄〕)。むしろ、一定の終局判断としての性格を有するが故に、開始決定への即時抗告が許容されているのであろう。もっとも、開始決定への即時抗告を認めることは、再審の理念たる無実の救済とは相容れないと思われるから、立法論としては好ましくないと考えられる。

(29) 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』(有斐閣、1992年)590頁〔小西秀宣〕。それ故、再審公判は公判手続の更新に準じればよいとされる。

(30) 伊藤ほか・前掲注(24)188頁〔臼井滋夫、河村博補訂〕。

(31) 松尾編・前掲注(29)591頁〔小西秀宣〕。

(32) 鴨良弼編『新版刑事訴訟法講義』(青林書院、1981年)383頁〔斉藤誠二〕、平場安治ほか『注解刑事訴訟法』下(青林書院、1983年全訂新版)375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、2000年)172頁〔高田昭正〕、光藤景皎『口述刑事訴訟法』下(成文堂、2005年)110頁。鈴木・前掲注(23)330頁は、少なくとも追加は許されないという。

(33) 高田卓爾『刑事訴訟法』(青林書院、1984年二訂版)106頁。これに近い見解として、鈴木・前掲注(23)128頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(有斐閣、1993年)130・132頁、田口守一『刑事訴訟法』(弘文堂、2009年第5版)167頁など。

しかし、嫌疑の存在を公訴権の内容とする見解には、すでに多くの論者により指摘されていることであるが、問題がある。早期の無罪判決による救済が筋であろう(小田中聰樹ほか編『刑事弁護コンメンタール刑事訴訟法』(現代人文社、1999年)208頁)。

(34) 団藤重光は、無罪かどうかは判決で確定するのであるから、無罪判決請求権を有する「無罪の被告人」なる概念を想定することは考えられないことを、無罪判決請求権を否定する根拠として挙げる。同『刑法と刑事訴訟法の交錯』(弘文堂、1950年)155頁参照。「無罪の被告人」なる概念は訴訟を静的に考察したもので、訴訟を動的に捉えるならそのような概念は想定し得ないというのである。

但し、訴訟条件が備わっている限り、被告人にも実体判決請求権は存在するという。

ところで、このような留保つきながらも被告人の有する実体判決請求権とは、いかなるものであろうか。有利な判決のみならず、自己に不利益な判決を求める被告人の上訴権をも承認する(小野清一郎『刑事訴訟法講義』(有斐閣、1933年全訂3版)512頁)というのであれば、被告人の判決請求権は、文字どおりの実体判決請求権となる。団藤も、このような見解の存在を、無罪判決請求権を否定する根拠のひとつとして挙げる。しかし、この見解は、職権主義・実体的真実主義を前提に、しかも当時の国家主義思想・公益中心主義思想の高揚する中で主張されたものであるから、上訴の利益の問題をどう解するかは別としても、現在では、それを肯定することは明らかに不当である。当事者主義的観点からすると、被告人側の実体判決請求権を認めるとしても、それはいかなる実体判決であってもよいという趣旨ではなく、有利な実体判決請求と理解するしかない。

しかし、訴訟条件の中立性という観点から、一般に、いかなる形であれ実体判決請求権を被告人側が有することについては、否定的な見解が根強い(平野・前掲注(23)29頁)。ただ、本稿との関係でいえば、再審公判で免訴判決が原則として禁じられるべきだというのは、被告人側に無罪判決請求権(ないし実体判決請求権)が存在することから演繹しているわけでない。

(35) もっとも、さらに進めて考えると、再審では「公訴権」なるものを観念しうるのかも、実は問題となりうるかもしれない。この点、拙稿・法律時報79巻8号では、「再審公判段階でも公訴権は訴訟課題たり得ず、従って、訴因ではなく確定判決に基づく具体的刑罰権、より正確にはその構成要素のうち事実認定の妥当性の判断を対象としているとみることもできるようにも思われる」と述べた。この時考えていたことは、再審は確定後救済手続であるから、確定判決により形成されたところの当該事件に対する具体的刑罰権自体を俎上に乗せることも可能でないのかということであった。ただ、このような考え方に対しては、実体法と訴訟法の混同であるとか、確定判決により形成されるのは刑罰権というより刑の執行権限でないのかとの批判がありえようし、事実、そのような指摘を受けた。そこで、本稿では、「刑罰権」でなく、純訴訟法的な概念である「公訴権」を再審公判の対象だと理解することとした。但し、いずれにせよ、これらで主張したいことは、再審公判の訴訟対象を、「審級に従う」という形式論理で、通常審のそれと単純に同視すべきでないということである。

(36) これらは、いずれも訴訟条件の伝統的理解であるが、総じて、裁判所との関係で訴訟条件を論じるものといえよう。しかし、これに対しては、周知のとおり、非典型的訴訟条件論の提唱に見られるように、当事者との関係を重視し、被告人側の妨訴抗弁としての性格を強調する見解が有力になりつつある。

ところで、訴訟条件をこのような抗弁として捉えることは、訴訟条件論の成立過程との関係でも理由のないことではない。民訴法学の分野に関するものであるが、坂口裕英「ビューローの訴訟要件論の研究」名城法学17巻1・2号、同「訴訟要件論と訴訟阻却(抗弁)論」兼子一博士還暦祝賀『裁判法の諸問題』中(有斐閣、1969年)参照。

のみならず、訴訟要件が職権調査事項だといっても、訴訟の提起段階で一見して明らかにその欠缺が判明するような場合であれば格別、現実には、それは審理が開始されて後、被告側からその欠缺が

主張されて始めて問題が顕在化することのほうが多いであろう。このように、訴訟要件の存否は「異議がなくとも判断されるばあいがあるが、異議によってもまた判断されるのである。この異議をもし『訴訟抗弁』と呼ぶことができるとすれば、『訴訟要件』の職権調査と『訴訟抗弁』に対する判断とが排斥しあう関係にはなく、相補う関係にある」こととなる(前記「ビューローの訴訟要件論の研究」141頁)。そして、このような主張を徹底すれば、訴訟要件の存否について争いが無い限り、訴訟要件の全てについての確認を経なくとも、請求認容・棄却のいずれでも本案判決の言い渡しが可能となるはずである。それ故、訴訟要件は訴訟阻却事由なのであり、それが職権調査事項だとしても、それは、訴訟要件の欠缺が訴状、証拠資料その他から現われるとき、必ずしも被告の主張によらなくとも、訴訟要件は当事者による処分を許すものではないため、弁論での主張がなくとも、訴えを却下することができることの意味だということとなる(前記「訴訟要件論と訴訟阻却(抗弁)論」245~6頁)。

このような見解は、民訴法学でも少数説である。また、より公共的性格の強い刑事の訴訟条件にそのままあてはまらないことも事実であるし、刑事の場合、訴訟条件を欠くままの「請求認容判決」(有罪判決)を認めることはできない。しかし、刑事における訴訟条件も、裁判所は一応それが備わっていることを前提として審理を開始し、当事者がその欠缺を主張したばあいにはじめて争点化され、あるいは、審理の結果その欠如が明らかとなって形式裁判が言渡されることのほうが多いであろう。この点で、刑事においても、抗弁的な性格が少なからず存在しているのであり、訴訟条件は実体判決に先立って職権で審査されるものだ、という通説的テーゼは、そう単純になりたつものではないように思われるのである。

(37) 松尾浩也『刑事訴訟法』下(弘文堂、1993年新版)165、176頁。松尾によれば、横浜事件で問題となる2号免許との関係では、大赦の存在にもかかわらず無罪判決をすることは「司法の負担軽減効果の減殺」という弊害を伴うが、大赦の存在は常に無罪判決を排斥するものではないから、無罪判決の先行を認める余地があるとされる。

(38) 免訴判決に対する無罪を求めて上訴する利益が被告人にない(ブラカード事件に関する最大判1948年5月26日刑集2巻6号529頁など参照)とされるのも、これに由来する。

(39) 鈴木・前掲注(23)128頁(同旨、田口・前掲注(33)177頁)は、「訴訟条件は、有罪判決の条件であるとはいいうるにせよ、常に無罪判決の条件でもあるというべきかには、疑問がある」という。田宮・前掲注(23)231頁は、特殊例外の場合における裁判所による被告人救済権の発動として、刑の廃止や公訴取消し後の再訴のような特定の要件が問題となる場合に、具体的な手続の進行にかんがみ無罪判決に熟している場合、被告人側の主張を前提に、その言渡しが可能となる程度で認める余地を残すという。他の論者としては、上口・前掲注(23)204頁、松尾・前掲注(37)、ならびに後掲注(43)。

なお、無罪先行否定説として、三井誠『刑事手続法II』(有斐閣、2003年)111頁。

(40) 但し、いわゆる札幌児童殺害事件においては、事件発生から約14年後に公訴提起のあった殺人事件につき、「被告人が重大な犯罪によりAを死亡させた疑いが強いといえることができるが、その反面、Aの死因が特定できない上、Aを死亡させる原因となった実行行為も認定できないこと、被告人が電話でAを呼び出した目的の解明が困難であり、それが身代金目的であったとはいえないこと、

被告人にA殺害の明確な動機が認められないこと等に照らすと、被告人が、殺意をもってAを死亡させたと認定するには、なお合理的な疑いが残る」として、無罪判決を言い渡した(札幌地判2001年5月30日判時1772号144頁。札幌高判2002年3月19日判時1803号147頁も、この結論を維持)。

この事件で、仮に傷害致死や過失致死などの事実が認定できるとすれば、時効完成後の公訴提起ということになるから、免訴を言い渡す余地もありえなくはない。この点を捉え、本件を免訴で終結すべきであったとする意見もある(萩原昌三郎「無罪判決か免訴判決か」判タ1127号)。ここでは、「免訴事由がある場合は、裁判を打ち切るべきことは当然である」とされているが、そのように割り切つてよいか自体が、問題である。この点も含め、白取「原判決が被告人が殺意をもって被害者を死亡させたと認定するにはなお合理的な疑いが残るとされた事例(札幌高判平成14.3.19)」判例評論538号213頁(判例時報1834号212頁)。

(41) ドイツにおいては、その根拠は、「訴訟障害は司法保障義務の後に退く」(Verfahrenshindernis hinter "Justizgewährungspflicht" zurücktreten) という、司法保障義務を背景に説明されることもある(Schäfer, Strafprozeßrecht-Ein Einführung, 1976, S.162)。職権主義的な説明ではあるが、その職権主義のもとでも、一定の利益の存在を根拠に訴訟条件の先決性が譲歩を余儀なくされている事実がここでは重要であろう。ただ、この司法保障義務も、法的聴聞の保障(ボン基本法103条1項)の一部をなすものであるから(E.Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil 1, 2. Aufl., 1964, S.41)、つまるところ、このテーゼも人権論を背景にしたものといえよう。

(42) この点に関連して、民訴法学においても、訴訟要件の先決性を絶対視することへの疑問が最近では有力に主張されているが、そのような立場に立つ論者の1人である竹下守夫は、訴訟要件を機能的に2つの類型にわけている。すなわち、第1に、判決の手続的あるいは内容的な正当性を確保するために一定の事項の存在が必要であるところから訴訟要件とされているもの、すなわち、それなしには本案判決を手続的・内容的に正当に行うことができないため、その充足が要求される要件である。これらは、本案についての正当な判断自体を積極的に可能ならしめる条件であり、裁判内容の正当性の保障という観点から定められたものである。第2のそれは、本案について正当な判断ができないわけでないが、様々な要請から裁判所の裁判権行使を制限する必要に由来するものである。いわば、本案判決を抑止する要件である(「訴訟要件をめぐる二、三の問題」司法研修所論集65号7頁以下)。これを前提とすれば、第2類型の訴訟要件では、本案判決の先行は許されないことになるが、第1類型の訴訟要件では、本案判決の先行も許容される余地が存在する。

このような類型的検討は、刑事における無罪判決の先行の許容性との関係でも有益と思われる。事実、無罪先行になじみやすいと考えられる例としては、刑訴法340条違反の再起訴、免訴事由が挙げられることが多い。他方、裁判権の不存在や被告人の死亡、同一事件の複数裁判所への同時係属などは、無罪先行になじみにくいであろう。ただ、本稿では、このような区別はあえてあいまいにしたまま、「訴訟条件」とひとくくりにしたままで検討する。

(43) 寺崎嘉博『刑事訴訟法』(成文堂、2008年第2版)308・317頁、同『訴訟条件論の再構成』(成文堂、1994年)367頁以下。

(44) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(創文社、1966年7訂版)189頁、光藤景皎『刑事訴訟行為論』(有斐閣、1974年)28頁以下。これは「無効の治癒」(団藤『訴訟状態と訴訟行為』(弘文堂、1949年)223頁)ということができる。

訴訟行為は、それが法令に違背したが故に直ちに無効となるわけではなく、それにより一定の利益が存在する場合であり、利益衡量的な観点が要求される。それ故、「利益なければ無効なし」なのであり(『訴訟状態と訴訟行為』144~5頁)、逆にいえば「更に強い有効利益のためにそれ〔訴訟行為の無効〕が無視せられるに至る場合」も当然に想定されることとなる(同書227頁)。

なお、当事者の異議の不存在による瑕疵の治癒は、いわゆる責問権の放棄という形で問題とされている。この点で、公益的性格が強く、それ故に一般に職権調査事由だと解されている訴訟条件の問題とは位相を異にすることも事実である。しかし、訴訟条件は職権調査事項だからその判断は裁判所の専権で当事者かおよそ容喙し得ないという見解自体が再考されねばならない上、訴訟条件の妨訴抗弁的性格をも考慮するとき、訴訟条件の存否が問題となっている場合に被告人が実体判決を求めているという事実は、訴訟条件の不存在を争わないという意味では、一種の権利放棄的な意味も存在する。

(45) 光藤・前掲注(44)28頁参照。

(46) なお、以上のことは、訴訟条件は有罪判決の条件である、ということの意味するものではない。訴訟条件は、基本的には実体審理、実体判決の要件であり、それを欠くまでで手続を進めることはできない。しかし、それはあくまで「基本的には」という次元である。無罪事実が明白となったというような極限状況の下で、それを無にしても形式裁判を先行させるというのは、悪しき教条主義でないのかということである。

(47) 拙稿・法律時報79巻8号。

(48) 小山松吉『刑事訴訟法提要』(自治館、1929年再版)491頁、平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』(松華堂、1936年増訂13版)641頁など。

(49) 小野・前掲注(34)172頁、団藤重光『刑事訴訟法綱要』(弘文堂、1943年)243、462頁。

(50) 田宮・前掲注(23)158、221頁、白取祐司『刑事訴訟法』(日本評論社、2008年第5版)220、407頁など。上口・前掲注(23)203頁も同趣旨か。

(51) 現行法の制定に深く関与した団藤重光は、免訴の性格につき、いわゆる実体関係の形式裁判説をとっていた(団藤・前掲注(44)『新刑事訴訟法綱要』159、300頁。なお、同・前掲注(49)242頁以下、462頁、482頁)。この立場によれば、免訴は形式裁判であるが、なお「実体関係的」な側面を有しているのであるから、純実体判断である無罪事由とともに免訴事由を再審理由として規定しても、矛盾とまではいえないはずである。

(52) 現行法の制定がかなりあわただしく行われたことを考慮しても、立法ミスということは考えにくいから、後二者のいずれか、おそらくは最後の理由から、現行法の規定を正当化するほかはないのでないか。

具体的には、まず、再審公判で確定判決の事実認定の正当性が再確認されたが、確定判決後に刑の廃止や大赦があったような場合であろう。この場合、確定有罪判決の前提たる「犯罪」事実が認定されても、刑罰権自体が消滅しているから適用すべき刑罰法規が存在しない。従って、再審公判裁判所は、手続を打ち切って免訴にするほかない。あるいは、現実には稀だろうが、確定判決時に存在した免訴事由が看過されて有罪判決が言い渡されていた場合である。もっとも、この場合、再審無罪の可能性を全く否定することはできないように思われる。いずれにせよ、435条6号の免訴に関する規定は、本件のような場合を念頭においているわけではないということである。

(53) 岡田玄之三郎『逐条恩赦法積義』(第一法規、1959年改訂再増補版)13頁。なお、現行法3条1号に相当する旧恩赦令3条1号では、刑の言渡しは「将来ニ向テ効力ヲ失フ」と規定されていた。現行法でこの文言が削除されたのは、遡及効を肯定する趣旨からではなく、恩赦の性質上将来効が当然であり、かつ、11条の規定が存在するため特にこの表現をおく必要がないとされたためである(同書14頁)。

(54) 大赦の効力を論じる際によく引き合いに出される執行猶予の効力についていえば、判例上は、執行猶予期間満了後であっても有罪判決を受けた事実を量刑上考慮することは許される(最判1954年3月11日刑集8巻3号270頁、最決1958年5月1日刑集12巻7号1293頁)とか、執行猶予付きであれ有罪判決を受けたことにより恩給受給資格が消滅した場合、猶予期間経過後であっても、受給資格が復活するわけでない(最判1962年1月19日民集16巻1号92頁)とかいうように、猶予期間満了による効果は、有罪判決を受けた事実までを否定するものでないといわれている。