

死刑執行と行政訴訟

早川和宏

I	はじめに — 死刑「執行」の行政法上の意味 —	34
II	死刑執行・執行停止手続の概要	35
III	死刑執行・執行停止手続に対する行政訴訟の可能性	38
IV	個別的検討	43
V	おわりに — 心神喪失状態の確定手段 —	49

I はじめに — 死刑「執行」の行政法上の意味 —

2010(平成22)年7月28日、千葉景子法務大臣(当時)の命令により、2名の死刑が執行された。同大臣は死刑執行に立ち会った、おそらく初めての法務大臣であるとのことである⁽¹⁾。

刑事訴訟法(以下「刑訴法」という。)475条1項によれば、「死刑の執行は、法務大臣の命令による」とされている。上記千葉大臣の命令の根拠は、ここにあるわけである。ところで、同法472条1項本文は、「裁判の執行は、その裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官がこれを指揮する」としていることから、法務大臣の命令行為とは別に、検察官の執行指揮行為が存在することになる。この執行指揮行為は、行政法學上、いわゆる処分として認識されていると思われる。

例えば、行政不服審査法(以下「行審法」という。)4条は、処分についての不服申立てに関する一般概括主義を定めているが、1項但書各号に該当する場合には、審査請求・異議申立てをなすことはできないとしている。そして、同項2号では「裁判の執行として行われる処分」を、同項6号では「刑事事件に関する法令に基づき、検察官、検察事務官又は司法警察職員が行う処分」を挙げている。前者の例としては、非訟事件手続法163条の定める、過料の裁判の執行のためにする検察官の命令がある⁽²⁾。後者については、刑訴法430条の準抗告手続などが整備されており、同法に基づいて刑事事件が一体的に処理されているため、権利救済についてもそちらに委ねることが適切であると考えられたため、行審法の適用除外とされていると、一般に説明されている⁽³⁾。

また、行審法4条1項と同じく、行政手続法(以下「行手法」という。)3条の適用除外規定においても、1項2号では「裁判の執行として行われる処分」が、5号では「刑事事件に関する法令に基づいて検察官、検察事務官又は司法警察職員がする処分」が挙げられている。

検察官の執行指揮行為が、行審法4条1項2号に該当するのか6号に該当するのか、同様に、行手法3条1項2号に該当するのか5号に該当するのかといった点については

⁽¹⁾法務省“法務大臣臨時記者会見の概要 2010(平成22)年7月28日(水)”(Internet) <http://www.moj.go.jp/hisho/kouhou/hisho08.00052.html> (参照2010-9-17)。

⁽²⁾室井力・芝池義一・浜川清編『コンメンタール行政法I 行政手続法・行政不服審査法【第2版】』353頁〔渡名喜庸安〕(日本評論社・2008(平成20)年)。田中信次・加藤泰守『行政不服審査法解説【改訂版】』57頁(日本評論社・1977(昭和52)年)参照。

⁽³⁾室井・芝池・浜川編・前掲書(注2)354頁〔渡名喜庸安〕、田中・加藤・前掲書(注2)62頁。

議論の余地があるにせよ⁽⁴⁾、両法が当該行為が処分であることを前提としている点について、異論はないと思われる。

ところで、行審法・行手法とは異なり、行政事件訴訟法(以下「行訴法」という。)には、先に挙げたような適用除外規定が置かれていない。そのため、死刑執行手続中に検察官の執行指揮行為のような「処分」が介在している場合には、当該処分に対して行訴法3条の定める抗告訴訟を提起できる余地が、理論上存在するように思える。すると、死刑執行手続中の処分につき、取消訴訟を提起するとともに執行停止を申し立てたり、差止訴訟を提起するとともに仮の差止めを申し立てたりすれば、その執行を回避することが可能となるようにも思える。また、刑事法をはじめとする「刑事事件に関する法令」には、死刑の執行停止について定めるものもある。すると、死刑執行停止手続中の処分につき義務付け訴訟を提起するとともに仮の義務付けを申し立てれば、死刑執行を回避することも、可能となるようにも思える。果たして、そのようなことは理論的に可能なのであろうか?

本稿では、このような問題意識のもと、死刑執行・執行停止手続における行政訴訟の可能性を理論的に⁽⁵⁾検討してみたい。具体的検討に入る前に、現行法の定める死刑執行・執行停止手続を概観し、その中にいかなる行為が存在しているのかを確認することにする。

II 死刑執行・執行停止手続の概要

1 死刑執行手続

死刑の執行は、刑事法上の特別の定めがある場合を除き、裁判が確定した後になされる(刑事法471条)。裁判の確定後、具体的な死刑執行手続は、以下の順でなされるとと思われる。

⁽⁴⁾室井・芝池・浜川編・前掲書(注2)47頁〔本多滝夫〕、南博方・高橋滋編『注釈行政手続法』98頁〔寺田友子〕(第一法規・2000(平成12)年)参照。

⁽⁵⁾周知のように、死刑については、その制度の存廃、絞首刑という執行方法の是非等、様々な議論がなされている。本稿は、あくまでも純理論的見地から死刑執行手続・執行停止手続に対する行政訴訟の可能性を検討するものであり、特定の思想・信条・事件とは無関係であることを予めお断りしておく。

(1) 執行指揮検察官による上申

刑訴法472条の規定により刑の執行をすべき検察官(執行指揮検察官)の属する検察庁の長から法務大臣に対して、死刑執行に関する上申がなされる(執行事務規程⁽⁶⁾(以下「事務規程」という。)9条)。上申は、死刑執行上申書、裁判所不提出記録を含む訴訟記録及び裁判書の謄本を提出することにより行われる(同条)。

(2) 法務大臣による死刑執行命令

法務大臣は、上申を検討の上、検察官に対して死刑執行命令(刑訴法475条1項)をなす。なお、同条2項本文により、死刑執行命令は判決確定の日から6カ月以内になさなければならないとされているが、これが事実上空文化していることは、周知のとおりである。

(3) 検察官による死刑執行の指揮

法務大臣からの死刑執行命令を受け、検察官は、死刑執行指揮書により刑事施設の長に対して死刑の執行を指揮する(事務規程10条1項)。なお、刑訴法476条により、死刑執行の指揮は、法務大臣の死刑執行命令から5日以内になされる。こちらの期間は、死刑執行命令とは異なり、遵守されているようである⁽⁷⁾。

2 死刑執行停止手続

刑訴法は、2つの場合について死刑の執行停止を定めている。その1は「死刑の言渡しを受けた者が心神喪失の状態に在るとき」(同法479条1項)であり、その2は「死刑の言渡しを受けた女子が懐胎しているとき」である(同条2項)。何れの条文も、「法務大臣の命令によつて執行を停止する」としているため、死刑の言渡しを受けた者がこのような状況にある場合、法務大臣には執行を停止することが義務付けられていると解されよう。

もともと、刑訴法が2つの場合を規定しているとはいえ、死刑判決確定に要する日数を考えると、死刑の言渡しを受けた時点で懐胎している女子がいる可能性は少ないた

⁽⁶⁾執行事務規程は「裁判の把握並びに死刑及び自由刑の執行に関する事務の取扱手続を規定し、これを取り扱う職員の職務とその責任を明確にし、もってその事務の適正かつ迅速な運用を図ることを目的」(同規程1条)として定められた法務省訓令である。同規程の現時点における最終改正は、2008(平成20)年5月29日法務省刑総訓第819号であり、2008(平成20)年6月1日に施行されている。

⁽⁷⁾冒頭で取り上げた2010(平成22)年7月28日の死刑執行につき、法務大臣が死刑執行命令書に署名したのは同月24日であったようである。MSN産経ニュース「死刑執行命令書「法相は24日に署名した」民主・枝野幹事長が明かす」(Internet) <http://sankei.jp.msn.com/affairs/trial/100728/trl1007281250004-n1.htm> (参照2010-9-19)。

め^⑧、以下では「心神喪失の状態に在るとき」についてのみ検討を加えることにする。
心神喪失者にかかる死刑執行停止手続は、以下の順でなされていると思われる。

(1) 死刑の執行指揮検察官による報告

死刑の執行指揮検察官は、死刑確定者について刑訴法479条1項、2項に規定する死刑の執行停止事由があると認める時は、直ちに法務大臣に報告する(事務規程27条1項)

(2) 法務大臣による指揮

死刑の執行指揮検察官から報告を受けた法務大臣は、死刑の執行指揮検察官を指揮する(事務規程27条1項)。先に述べたように、心神喪失者への死刑執行停止は法務大臣に義務付けられていると解されるので、当該指揮は刑訴法479条1項の定める法務大臣による死刑執行停止命令としてなされることになろう。

(3) 死刑の執行指揮検察官による刑の執行停止書の作成

法務大臣から死刑執行停止命令を受けた死刑の執行指揮検察官は、刑の執行停止書を作成する(事務規程27条4項)。

(4) 死刑の執行指揮検察官による通知

死刑の執行指揮検察官は、刑の執行停止書をもって、死刑確定者が収容されている刑事施設の長に対して死刑の執行を停止した旨を通知する(事務規程27条4項)。

(5) 死刑の執行指揮がなされているときの停止指揮

死刑の執行指揮検察官は、既に死刑の執行指揮がなされているときは、その執行を停止する旨を直ちに指揮(事務規程27条4項)する。ただし、本稿III(3)で取り上げる東京地判S35.9.28が認定したところによれば、検察官の死刑執行指揮処分は、執行を行う日の前日はじめて刑務所長に内示され、正式に所長に伝えられるのは執行当日の朝であるというのであるから、死刑の執行指揮後にその執行を停止する旨の指揮がなされることは、時間的に困難であると解さざるを得ない。

3 小括

以上、死刑執行手続・執行停止手続につき、刑訴法及び事務規程の条文を手掛かりに概観した。そこで明らかになった事項をまとめると、表ようになる。

^⑧最高裁判所事務総局「司法統計年報(平成21年)2刑事編」第19表によれば、通常第一審(地裁)が受理してからの平均審理期間が2.9か月、起訴から終局までの平均審理期間が、控訴審については10.1か月、上告審については16.5か月とのことであるので、一審で死刑判決が確定すればともかく、このように解して問題ないと思われる。裁判所HP「第19表 審級別平均審理期間及び通常第一審事件の平均開廷回数」(Internet) <http://www.courts.go.jp/sihotokei/nenpo/pdf/B21DKEI19.pdf> (参照2010-9-19)参照。

表 死刑執行・執行停止手続の法的構造

手続	本稿での該当箇所	発	受	行為	根拠条文
死刑執行手続	II1 (1)	執行指揮検察官の属する検察庁の長	法務大臣	上申	事務規定9条
	II1 (2)	法務大臣	検察官	死刑執行命令	刑訴法475条1項
	II1 (3)	検察官	刑事施設の長	指揮	事務規定10条1項
死刑執行停止手続	II2 (1)	死刑の執行指揮検察官	法務大臣	心神喪失の状態に在ると認める旨の報告	事務規定27条1項
	II2 (2)	法務大臣	死刑の執行指揮検察官	指揮(死刑執行停止命令)	事務規定27条1項(刑訴法479条1項)
	II2 (3)	—	—	死刑の執行指揮検察官による執行停止書の作成	事務規定27条4項
	II2 (4)	死刑の執行指揮検察官	刑事施設の長	執行を停止した旨の通知	事務規定27条4項
	II2 (5)	死刑の執行指揮検察官	刑事施設の長	既に死刑の執行指揮がなされている場合の執行を停止する旨の指揮	事務規定27条4項

III 死刑執行・執行停止手続に対する行政訴訟の可能性

1 死刑執行・執行停止を行政訴訟で争うことの是非

(1) 問題の所在

そもそも死刑の執行は、確定した刑事判決に基づいてなされる。これに対して、死刑執行手続中の行為の取消訴訟・差止訴訟や、死刑執行停止手続中の行為の義務付け訴訟といった行政訴訟の提起が認められてしまうと、刑事判決との間に矛盾が生じるようにも思える。そこで、個別の手続中の行為について検討する前に、死刑執行・死刑執行停止手続中の行為を行政訴訟で争うことの是非について検討を加える。

(2) 否定例

取消訴訟・差止訴訟や義務付け訴訟ではないが、行政事件訴訟特例法1条に基づき、死刑受執行義務不存在確認訴訟を提起した事案に対する最高裁判例が存在する。当該判例の事案の概要は、以下のとおりである。

原告Xは、死刑判決が確定し、死刑執行を受ける立場にある者である。Xは、死刑の執行方法についての具体的な法律の規定がないとして、これが憲法31条の法定手続の

保障に反すること、執行方法が刑法に違反していること等を主張し、死刑確定判決の執行を現行の方法をもって執行される義務を負わないことの確認を求めた。

これに対して、最判S36.12.5⁽⁹⁾は、「およそ死刑を言い渡す判決は、裁判所が法律に従い当該事件につき国が具体的に現行法所定の執行機関及び死刑執行方法により当該被告人に対し死刑を執行すべき権利を有し被告人はこれを甘受すべき義務(ないし受けるほかない法律関係)あることを当然予定し肯定した上死刑に処すべきことを命ずる趣旨のものであることは多言を要しないところであつて、若し所論のように現在の法令による執行方法が違法であると主張するのであれば、かかる執行方法を前提とする刑事判決については刑訴法所定の方法によつて争うべく、このことなく、もしくはこのことのほかに更に行政事件訴訟特例法によつて死刑執行方法を争うのは、結局、実質上において、行政事件訴訟をもつて刑事判決の取消変更を求めることに帰し、かかる訴訟は許されないものといわなければならない」(下線は筆者による。以下同じ。)と述べ、Xの訴えを却下している。

最判S36.12.5中では明示されていないが、原審(次に取りあげる東京地判S35.9.28)からすると「刑訴法所定の方法によつて争うべく」というのは、同法502条であると考えられる。また、「執行方法が違法であると主張するのであれば」という判示からして、最判S36.12.5の射程は、ある程度限定されていると解することができよう。

最判S36.12.5は、行訴法によつて刑事判決の取消変更を求めることは許されないとする。これは、刑事裁判の既判力(一事不再理の効力)からすると当然とも思える。もっとも、既判力の及ぶ物的範囲については「訴因だけではなくこれと単一かつ同一の関係にある公訴事実の全体」と解されているようであるから⁽¹⁰⁾、この物的範囲を異にする限り、別訴の提起も可能ということにならう。そのように考えると、最判S36.12.5と同一の事案につき、死刑受執行義務不存在確認請求を本案とする死刑の刑事判決執行停止申請を認容した東京地決S34.6.30⁽¹¹⁾における「本件は、確定した死刑の刑事判決を争うものではなく、右判決に基いて国が実施する具体的死刑執行方法の違法であることを争うものである。又刑事訴訟法第502条の不服申立方法に基く申立の許されない事件なのである。」とのXの主張は、一定程度説得力を有するようにも思える。

⁽⁹⁾民集15巻11号2662頁。

⁽¹⁰⁾裁判所職員総合研修所監『刑事訴訟法講義案—三訂版—』477頁(司法協会・2009(平成21)年)。

⁽¹¹⁾行集10巻6号1219頁。

(3) 肯定例

このような最高裁判所の判断に対し、東京地決S34.6.30の本案であり、最判S36.12.5の原審でもある東京地判S35.9.28⁽¹²⁾は、原告の請求を本案について理由がないとして棄却し、執行停止決定を取り消してはいるものの、訴えの提起自体は適法であるとしている。同一事案についての本案前の判断が、最高裁とは正反対となっているのである。東京地判S35.9.28は、およそ次のように述べている。

同判決は、先ず「刑事訴訟法の手続によつて裁判を受けその執行を受ける者が、右執行に関し検察官のした処分を不当とするときは、刑事訴訟法502条により当該裁判を言い渡した裁判所に対し異議の申立をすることができること、そして通常は刑事裁判の執行に関する不服申立の方法は右の方法によるべきことは、被告所論のとおりであり、これによりその救済が期待される限り、他の方法を許されないとしてもかくべつの不合理はない」とする。そして、これに続けて、「しかし、右の方法によつては不当な執行処分からの救済が実質的に果されないような特別の場合には、制度として右のような方法があるとの一事によつては他の方法によつてこれが救済を求めることを拒み得ないものと解するのが相当である」とし、例外が存在する余地を認める。そして、死刑の執行は、執行後に不服申立てを認めても意味がないことから、他の刑の執行の場合とは著しく異なり、①法務大臣の命令があつたときは5日以内に執行しなければならないとされていること、②検察官の死刑執行指揮処分は、執行を行う日の前日はじめて刑務所長に内示され、正式に所長に伝えられるのは執行当日の朝であること、③受刑者が刑務所長から死刑執行指揮のあつたことを申し渡されるのは②の直後、つまり死刑の執行直前であり、ひとり導き入れられた刑場内の仏間においてであることを認定した後、「このような時点、このような状況において右指揮処分に対する異議がはたして十分に行われ得るであろうか、何人もよくこれを保証し得ないといわなければならない」と述べる。つまり、先ほど述べた「右(筆者注：刑訴法502条)の方法によつては不当な執行処分からの救済が実質的に果されないような特別の場合」に該当することを認定しているのである。このような認定を前提として、同判決は「死刑を言い渡された者の右死刑の執行に関する不服の申立方法を、上記刑事訴訟法502条の異議申立の方法のみに限ることの甚だ妥当を欠くことは明らかであるというべく、右受刑者はあらかじめ死刑の執行について他の方法の存するかぎり、その方法によつて裁判所に対し実質的に異議を主張して救済を求め得るものと解すべきである」と述べ、

⁽¹²⁾民集15巻11号2673頁。

Xの提起した死刑受執行義務不存在確認訴訟を適法であるとしている。

(4) 刑訴法502条の射程範囲

ここで取り上げた判例・裁判例は、いずれも行政事件訴訟特例法時代のものである。同法1条は「行政庁の違法な処分¹³の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる。」と定めており、この「公法上の権利関係に関する訴訟」として本件訴訟が提起されたものと思われる。これは、現行行訴法でいうならば、4条後段の実質的当事者訴訟に該当すると考えられる。もともと、現行行訴法には、処分差止訴訟が法定されていることから、死刑執行手続中の行為に処分性が認められるならば、公法上の当事者訴訟(としての確認訴訟)ではなく、差止訴訟を選択すべきということになる。

行政事件訴訟特例法時代と現行法とでは訴訟手段が変わったとはいえ、最判S36.12.5を前提にするならば、死刑執行を争う場合については「刑訴法所定の方法によって」すなわち、刑訴法502条によって争うべきとされ、差止訴訟を含む「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことは、やはり許されないと考えられる。これを逆から言えば、刑訴法502条によって争うことができない場合については、最判S36.12.5の射程は及ばないことになろう。そこで、刑訴法502条の射程範囲を検討することにしたい。

(5) 刑訴法502条の射程範囲

刑訴法502条は、「裁判の執行を受ける者又はその法定代理人若しくは保佐人は、執行に関し検察官のした処分を不当とするときは、言渡をした裁判所に異議の申立をすることができる」と定める。この文言からすると、同条の異議の申立ての対象が「(裁判)執行に関し検察官がした処分」に限定されていることは明らかである。更に、大決S13.6.25⁽¹³⁾は、現行刑訴法502条の前身である当時の同法562条⁽¹⁴⁾にいう「所謂裁判ノ執行ニ関スル検事ノ処分トハ検事カ刑事訴訟法ノ規定ニ基キテ為ス裁判ノ執行ニ関スル処分ヲ指称スルモノナルコト勿論ナリ」と述べている。文言の類似性からすると、現行刑訴法502条と当時の同法562条の解釈を異にすべきとは考えられないため、現行の刑訴法502条についても、「刑訴法の規定に基づいて裁判の執行に関して検察官

⁽¹³⁾大刑集17巻497頁。

⁽¹⁴⁾当時の刑訴法562条の文言は「裁判ノ執行ヲ受クル者又ハ其ノ法定代理人、保佐人若ハ夫執行ニ関シ検事ノ為シタル処分ヲ不当トストキハ言渡ヲ為シタル裁判所ニ異議ノ申立ヲ為スコトヲ得」(なお、漢字は新字体にした。以下同じ。)というものであった。

がした処分」と解してよからう。

次に、刑訴法502条の異議の申立ての時期について、最決S36.8.28⁽¹⁵⁾は「原決定は…検察官において未だ当該裁判の執行指揮その他の処分をしない以前において、本条による異議申立てをなさない旨判断しており、右判断は正当である」と述べている。したがって、同条による異議の申立ては、検察官が処分をした後にしかなし得ないということになる。

以上の条文、判例を前提とすると、刑訴法502条の異議の申立てが認められるのは、①検察官が(法文より)、②刑訴法の規定に基づき(大決S13.6.25)、③裁判の執行指揮その他の処分をした場合(最決S36.8.28)、ということになる。すると、①検察官によらない場合、②刑訴法以外の規定に基づく場合、③裁判の執行指揮その他の処分がなされていない場合は、刑訴法502条の定める異議の申立てをなすことはできないことになろう。

2 検討

以上の刑訴法502条に関する検討を前提として、死刑執行・執行停止手続中の行為を行政訴訟で争うことの是非について考察してみたい。

先に述べたように、刑訴法502条の射程は、かなり限定されたものであると解される。すると、同条に該当しない場合について行政訴訟を提起することは可能であると解されよう。もっとも、仮に、同条に該当しない場合であっても、最判S36.12.5がいう、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことは許されないと解釈は、説得力を有する。同最判は「現行の死刑執行方法をもって執行される義務を原告が負わないことを確認するとの判決」を求めた事案に係るものであった。このような訴えを認めれば、同最判のいうとおり「刑事判決の取消変更」という効果が発生することは、否定し難いからである。

もっとも、東京地決S34.6.30でXが主張したように、死刑判決の既判力の及ぶ物的範囲が、具体的死刑執行方法の違法についてまでは及んでいないと解する余地もある。そのように解すれば、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ものではないとの立論も可能であろう。しかし、死刑判決を下した刑事裁判手続内において、具体的死刑執行方法が憲法36条の禁止する残虐な刑罰に該当する旨の主張等をすることはできたはずである。すると、そのような主張をしていた場合には、死刑判決の既判力の及ぶ物的範囲内に具体的死刑執行方法が入るため行政訴訟を認めることはできず、逆に、主張していなかった場合には行政訴訟を認めることができるとい

⁽¹⁵⁾刑集15巻7号1301頁。

う解釈を許すことになる。これは、既判力の物理的範囲及び行政訴訟の可否を主張の有無に委ねる結果となるため、妥当ではあるまい。

以上より、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の事項であっても、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことになる場合には、行政訴訟の提起は認められないと考えるべきであろう。これを逆から言えば、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の事項であり、かつ、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことにならない場合については、行政訴訟を認める余地があることになる。そこで、本稿IIにおいて検討した死刑執行手続・執行停止手続中の行為につき、行政訴訟の可能性を検討することにしたい。

IV 個別的検討

1 死刑執行手続

死刑執行手続としては、①執行指揮検察官による上申、②法務大臣による死刑執行命令、③検察官による死刑執行の指揮が存在した。それぞれの行為につき、処分性を肯定することができれば、行為前であれば差止訴訟+仮の差止めの申立て、行為後であれば取消訴訟+執行停止の申立て、といった手段を用いることが、一応想定し得る。また、処分性を否定した場合については、「上申」「死刑執行命令」「指揮」をなされない地位にあることの確認の訴え等の当事者訴訟を用いることが、一応想定し得る。しかしながら、何れの法的手段も最判S36.12.5にいう、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」という効果を生じてしまうことは否定できない。そのため、死刑執行手続を行政訴訟で争うことは、訴訟要件を満たすか否かという問題以前に、否定されることになろう。

2 死刑執行停止手続

(1) 死刑執行停止手続を行政訴訟で争うことの可否

先に検討したように、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の事項であり、かつ、実質的に「行政事件訴訟をもって刑事判決の取消変更を求める」ことにならない場合については、行政訴訟を認める余地があると解される。では、死刑の言渡しを受けた者が心神喪失の状態にあるとき(刑訴法479条1項)の死刑執行停止手続中の行為を、行政訴訟で争う余地はあるのであろうか。

この死刑執行停止手続は、刑訴法上明文の規定で認められているものであり、かつ、心神喪失の状態が回復するまでの間、法務大臣の死刑執行命令を差し止める効力を有す

るに過ぎないものである(刑訴法479条3項参照)。すると、法務大臣の死刑執行停止命令を、「刑事判決の取消変更を求める」ものと解することはできないであろう。なぜならば、刑訴法は、死刑執行停止命令が死刑判決に影響を与えないことを前提としているがゆえに、心神喪失の状態が回復した後は、新たな判決を得ることなく死刑の執行をなす権限を、法務大臣に付与していると解されるからである(刑訴法479条3項)。

したがって、死刑執行停止手続中の行為のうち、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の事項については、行政訴訟の提起が可能であると考えられる。そこで、死刑執行停止手続中の行為につき個別的に検討を加えることにしたい。

(2) 死刑の執行指揮検察官から法務大臣に対する報告(本稿II2(1))

ア 刑訴法502条との関係

本稿III1(5)で検討したように、①検察官によらない場合、②刑訴法以外の規定に基づく場合、③裁判の執行指揮その他の処分がなされていない場合は、刑訴法502条の定める異議の申立てをなすことはできないと考えられる。ここで検討の対象としている報告行為は、①検察官によるが、②事務規程に基づくものであり、③裁判の執行指揮その他の処分の前提となる行為である。そのため、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の行為であると解されよう。

イ 検討

この報告は、死刑確定者が心神喪失の状態にあるか否かを法務大臣が把握する上で重要な行為ではあるが、当該報告を受けた上で法務大臣の指揮(事務規程27条1項)がなされるという法の構造から見ると、報告の段階では、抗告訴訟の処分性要件に関するリーディング・ケースである最判S39.10.29⁽¹⁶⁾が言うところの「直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定することが法律上認められている」とまではいえず、処分性が否定されるものと思われる。同様の結論は、報告の当事者が何れも行政機関であるため、行政機関相互間における行為の処分性を否定した最判S34.1.29⁽¹⁷⁾にいう「行政機関相互間」の行為に該当すると考えられることから基礎付けられるであろう。処分性が否定される以上、報告は抗告訴訟の対象にはなりえない。

処分性が否定された場合、当事者訴訟(報告をなしてもらった地位にあることの確認の訴え)の可能性が考えられるが、これも否定的に解されよう。当該報告行為は「死刑の執行を停止する事由があると認め」(事務規程27条1項)たことを死刑の執行指揮検察

⁽¹⁶⁾民集18巻8号1809頁。

⁽¹⁷⁾民集13巻1号32頁。

官が法務大臣に伝達するものにとどまるため、単なる事実の確認に相当すると考えられるからである。

(3) 法務大臣から死刑の執行指揮検察官に対する指揮(死刑執行停止命令)(本稿II2(2)) ア 刑訴法502条との関係

本稿III1(5)の基準に当てはめると、指揮(死刑執行停止命令)は、①検察官ではなく法務大臣による行為であり、②刑訴法の規定に基づくものであるが、③検察官の執行指揮の前提をなす行為であるといえる。そのため、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の行為であると解される。

この場合に想定されるのは、当該行為に処分性が認められる場合の死刑執行停止命令の非申請型義務付け訴訟(行訴法3条6項1号)、処分性が認められない場合の当事者訴訟(行訴法4条後段。法務大臣が死刑執行停止命令をなすべき義務があることの確認の訴え等)である。以下、それぞれの訴訟の要件を満たすかについて検討を加える。

イ 非申請型義務付け訴訟

(ア)訴訟要件1:「一定の処分をすべきであるにもかかわらずこれがされない」(行訴法3条6項1号)

刑訴法479条1項の「法務大臣の命令」は、事務規程27条1項の「指揮」と同一であると考えられる。そのため、法務大臣の命令の相手方は死刑の執行指揮検察官であると解される。すると、命令の当事者が何れも行政機関であるため、最判S34.1.29にいう「行政機関相互間」の行為に該当し、命令の処分性は否定されるとも考えられる。しかし、このような解釈は妥当ではあるまい。

死刑執行停止命令は、当該命令により死刑の執行が停止し、死刑確定者の生命が奪われる機会を喪失させるという法的効果を有するものである。また、死刑執行停止命令の相手方である死刑の執行指揮検察官は、当該命令に拘束されることから、当該命令がなされれば確実に死刑の執行が停止されることになる。したがって、死刑執行停止命令の相手方は死刑の執行指揮検察官であるが、当該命令の効果は、死刑確定者にまで及ぶ。すると、法務大臣による死刑執行停止命令は、最判S34.1.29にいう「国民に対する直接の関係において、その権利義務を形成し、又はその範囲を確定する効果を伴うもの」であるといえよう。

また、形式上は行政機関相互間の行為であるにせよ、死刑執行停止命令は、「その内容が国民の具体的な権利、義務ないし法律上の利益に重大なかわりを持ち、かつ、その影響が単に行政組織の内部関係にとどまらず外部にも及び、国民の具体的な権利、

義務ないしは法律上の利益に変動をきたし」、当該命令「そのものを争わせなければその権利救済を全からしめることができないような特殊例外的な場合」に当たると言い得るため、「行政訴訟の制度が国民の権利救済のための制度であることに鑑みれば」、死刑執行停止命令を「単に行政組織の内部的規律としてのみ扱い、行政訴訟の対象となしえないものとするとは妥当でなく」、むしろ死刑執行停止命令がなされないことによって具体的な不利益を受ける国民から死刑執行停止命令そのものを訴訟の対象としてその救済を求めることも許されると解するのが相当であるといえよう⁽¹⁸⁾。

(イ)訴訟要件2：「一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がない」(行訴法37条の2第1項)

前半の重大性要件は、死刑執行停止命令がなされなければ死刑が執行され、生命を奪われてしまうことから、容易に満たすことができると思われる。後半の要件については、他の訴訟方法との関係で問題となるが、他に抗告訴訟は想定できないため、特に問題にはならないと思われる。

(ウ)訴訟要件3：法律上の利益(行訴法37条の2第3項、4項、9条2項)

死刑確定者が原告となるのであれば、法律上の利益は認められやすいと思われる。ただし、刑訴法479条1項の趣旨を「心神喪失の状態にある者については、死刑の執行は無意味であり、かつ、死刑執行の目的である正義を全うする所以ではない」ため、心神喪失という「事由がなくなるまでの間死刑の執行を停止して死刑判決の適正な執行を確保するというのが死刑執行停止制度の趣旨である」との解釈⁽¹⁹⁾をとると、死刑確定者の個人的権利は同条により保護されている法律上の利益ではないとの結論にもなり得る。もっとも、刑訴法1条が「個人の基本的人權の保障」を、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律(以下「刑事収容施設法」という。)1条が「被収容者…の人權を尊重」することを掲げていること等からすると、死刑執行停止制度についても個人的権利性を読み込み、その法律上の利益を認めることが可能であると思われる。

(エ)本案勝訴要件

心神喪失の状態にあるときの死刑執行停止命令は必要的なものとして定められていることから(刑訴法479条1項)、「その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ」ること(行訴法37条の2第5項)、具体的には心神喪失の状態にあることを主張

⁽¹⁸⁾以上、引用部分は、例外的な場合には通達に処分性が認められることを肯定した東京地判S46.11.8行裁集22巻11・12号1785頁によった。

⁽¹⁹⁾高田卓爾編『基本法コンメンタール第3版 刑事訴訟法』375頁(日本評論社・1993(平成5)年)。

することになる。

(オ) 仮の救済：仮の義務付けの申立て(行訴法37条の5第1項)

死刑執行停止命令がなされない限り、いつでも執行され得る地位に立たされているわけであるから、仮の義務付けの申立てをなす必要がある。その場合、死刑執行停止命令が「されないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるとき」(行訴法37条の5第1項)である旨を主張しなければならない。償うことのできない損害については、死刑の執行により生命が奪われることから、緊急の必要については、死刑執行命令が出されると5日以内に執行されてしまうことから、容易に認められよう。また、本案については、心神喪失状態にあることを立証できれば「理由があるとみえる」ことになる。

ウ 当事者訴訟(死刑執行停止命令に処分性を認めない場合)

(ア) 「公法上の法律関係」に関する訴えであること

行訴法4条後段より、「公法上の法律関係に関する確認の訴えその他の公法上の法律関係に関する訴訟」であればよい。死刑の執行は国家の有する刑罰権の行使であることからすれば、その執行を受けるべき地位にあるか否かは、公法上の法律関係であると解して問題ないであろう。

(イ) 訴えの形式・確認の利益

在外国民の選挙権に関する確認訴訟の提起を適法であるとした最判H17.9.14⁽²⁰⁾になぞらえると、この場合の訴えは、「死刑執行停止命令がなされると、死刑確定者に対する死刑が執行され生命が侵害されることになるため、そのような事態になることを防止するために、死刑確定者が心神喪失の状態に在るとして、法務大臣に死刑執行停止命令をなす義務があることの確認を予め求める訴え」と構成することができよう。その場合、いわゆる確認の利益が存することが必要となるが、この点についても最判H17.9.14になぞらえれば、次のように考えることができよう。

生命に対する権利は、これを失われれば意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによっては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な死刑執行停止命令につき法務大臣がそれをなすべきであるか否かにつき争いがある場合に当該義務が存することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきということになる。

⁽²⁰⁾ 民集59巻7号2087頁。

(4) 死刑の執行指揮検察官による執行停止書の作成(本稿II2(3))

刑訴法502条との関係を検討するまでもなく、純然たる内部的・事務的行為であると考えられるため、これを捉えて行政訴訟を提起することは困難であると考えられよう。

(5) 死刑の執行指揮検察官による、死刑確定者が収容されている刑事施設の長に対する死刑の執行を停止した旨の通知(本稿II2(4))**ア 刑訴法502条との関係**

本稿III1(5)の基準に当てはめると、通知行為は、①検察官によるが、②事務規程に基づくものであり、③裁判の執行指揮その他の処分の前提となる行為である。そのため、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の行為であると解される。

イ 検討

東京地判S46.11.8の考え方によれば、通知に処分性を認める余地もある。しかし、法務大臣の死刑執行停止命令がなければ当該通知をなすことはできないため、当該命令が存在しない段階において、これを特に取り上げて行政訴訟の対象とすることができるケースは想定しがたいであろう。

(6) 既に死刑の執行指揮がなされているときは、その執行を停止する旨の指揮(本稿II2(5))**ア 刑訴法502条との関係**

本稿III1(5)の基準に当てはめると、執行を停止する旨の指揮は、①検察官による、②事務規程に基づくものであるが、③裁判の執行指揮その他の処分に該当すると考えられる。執行を停止する旨の指揮がなされていれば生命に対する危険は生じないことから、ここで検討の対象となるのは当該指揮がなされていない場合である。すると、③がなされていないわけであるから、刑訴法502条の定める異議の申立ての射程外の行為であると解される。

イ 検討

刑訴法472条の「指揮」の一種と解すれば、処分性を肯定するのが一般的解釈ということになる。しかし、法務大臣の死刑執行停止命令がなければ指揮をなすことはできないため、当該命令が存在しない段階において、これを特に取り上げて訴訟の対象とすることができるケースは想定しがたいであろう。

V おわりに — 心神喪失状態の確定手段 —

以上の検討により、法務大臣から死刑の執行指揮検察官に対する指揮(死刑執行停止命令)については、行政訴訟の可能性が認められることとなった。当該行為に処分性が認められれば死刑執行停止命令の非申請型義務付け訴訟が、認められなければ当事者訴訟としての法務大臣に死刑執行停止命令をなす義務があることの確認を予め求める訴えが想定される。本稿での検討からすると、当該行為に処分性を認めることが一般的であると思われるが、何れの法的手段を用いるにせよ、その帰趨は死刑確定者が心神喪失の状態にあるか否かにかかっている。そこで、心神喪失の状態にあることを立証するための手段について若干の検討を加え、結びとしたい。

死刑確定者は、刑事収容施設に収容されている。刑事収容施設法63条1項は、死刑確定者(被収容者)が刑事施設の長に対して「刑事施設の職員でない医師等を指名して、その診療を受けることを申請」することを認めている。これが認められ、心神喪失との診断がなされれば、立証のための材料を手に入れることができる。では、申請が拒否された場合にはどうすればよいのか。

刑事収容施設法157条1項は、「第63条第1項の規定による診療を受けることを許さない処分」(同項3号)に不服がある者に、矯正管区の長に対する審査の申請を認め、審査の申請の裁決に不服がある者には、法務大臣に対する再審査の申請も認めている(同法162条1項)。また、同法162条3項は、再審査の申請につき行政不服審査法を準用している。このような刑事収容施設法の構造からすると、同法は審査の申請、再審査の申請の対象となる行為、すなわち指名する医師の診療を受ける申請を拒否する行為につき、処分性を認めていると解することができよう。

指名する医師の診療を受けることの申請が法令に基づく申請であることは明らかであるから、これを拒否された場合には、前述の不服申立てのほか拒否処分の取消訴訟と許可処分の申請型義務付け訴訟を併合提起することが考えられよう。また、心神喪失の状態にあることが早期に確定されないと、死刑が執行されてしまう可能性が高いことから、仮の義務付けの申立てをなすことも必要とならう。

もともと、この手段を用いることにはパラドックスが存在する。すなわち、指名する医師の診療を受けることを申請できる者であれば、心神喪失状態にないのではないかという問題がそれである⁽²¹⁾。この問題は、本稿で検討してきた死刑執行停止命令の非申請型義務付け訴訟や当事者訴訟を、死刑確定者本人が提起する場合にも発生する。

⁽²¹⁾この点については、本学の丸山輝久教授、福井康佐准教授にご指摘いただいた。

非申請型義務付け訴訟については、死刑確定者の家族等も提起することが可能であるが、そこにおいても心神喪失の状態にあることを立証しなければならないのは同じである。

心神喪失状態に陥る前に、弁護士等に代理権を与えておくことにより診療の申請、訴訟提起をなすことは可能であろうが、それがなされていなかった場合が問題になる。このような場合には、死刑確定者の配偶者、4親等内の親族から後見開始の審判を請求してもらうこと(民法7条)により、「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある」こと確定し、これを行政訴訟において用いることが検討されて良いであろう⁽²²⁾。

附記

本稿は、2010(平成22)年6月12日に開催された「大宮法科大学院大学 刑事系・公法系研究会」での報告をもとに執筆したものである。報告の機会を与えて下さった新屋達之教授、研究会にご参加いただき貴重なご意見をお寄せいただいた本学教員・学生・その他の参加者の皆様に、この場を借りて厚く御礼申し上げる。

⁽²²⁾もつとも、この方法では時間がかかるため死刑執行に間に合わないことも想定される。また、民法の後見制度は私法上の制限行為能力者制度の一端をなすものであることから、ここで言う「事理を弁識する能力を欠く常況」を、刑訴法479条1項の「心神喪失の状態」に敷衍することが可能かという点も問題になりえよう。