

## 再審理由追加の適法性とその法理：抗告審・異議審との関係

豊崎, 七絵  
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://doi.org/10.15017/1901731>

---

出版情報：法政研究. 84 (3), pp.45-86, 2017-12-14. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：



# 再審理由追加の適法性とその法理

——抗告審・異議審との関係——

豊  
崎  
七  
絵

論 說

## I 問題の所在と本稿の課題・構成

### 1 問題の所在

### 2 本稿の課題・構成

## II 裁判例の意義

### 1 分析視角

### 2 白鳥決定

### 3 札幌おとり高裁決定

### 4 訴訟法上の事実誤認と四三五条六号との関係

——札幌おとり高裁決定と白鳥決定に係る補論——

### 5 狭山決定

### 6 東住吉高裁決定

III 事後審論の限界

- 1 事後審論と再審の目的・構造との関係
- 2 抗告審構造論に関する議論状況
- 3 「再審公判中心主義」による事後審論の限界
- 4 裁判例と事後審論との関係
- 5 再審の目的・構造と再審理由の追加

IV 抗告審等における再審理由追加の適法性

- 1 再審請求手続の構造としての「請求人関与構造」
- 2 再審理由追加の適法性

V 結語

- 1 再審理由追加の一般的適法性
- 2 証拠開示と再審理由の追加
- 3 追加再審理由の証拠価値

# I 問題の所在と本稿の課題・構成

## 1 問題の所在

(1) 近時、再審開始決定に対する検察官の即時抗告後になされた証拠開示を契機に、再審請求理由の追加申立てが即時抗告審でなされるケースが相次ぎ、注目される。具体的には、東住吉事件ならびに袴田事件である。

東住吉事件において、弁護人は検察官に対し証拠開示を繰り返し申し入れていたところ、再審請求審では、弁護人の予定する再現実験の実施に関連する範囲についてのみ開示がなされ、取調べ状況に関する証拠は開示されなかった。二

〇一二年三月七日、大阪地裁は再審開始決定を言い渡したところ、検察官が即時抗告を申し立てた。そこで弁護人は、抗告審の第一回三者協議の前に、裁判所に対し「証拠開示勧告申立書」を提出し、裁判所は証拠開示の勧告を行った。

その結果、取調べ状況に関する証拠が二〇一二年六月一九日に開示された。この証拠開示を契機に、弁護人は、刑事訴訟法（以下、ことわりのない限り、条文番号は同法のものである）四三五条六号だけでなく、四三五条二号、四三七条所定の再審請求理由もあるとして、二〇一二年九月五日付「再審開始理由の追加的主張」という書面を提出した。

すなわち本件の確定審では、取調べ状況について、被告人朴龍皓氏の公判供述と捜査官の証言とが対立していたところ、確定判決は、被告人の供述は信用できず、他方、捜査官の証言は信用できるとして、自白の任意性を認めた。ところが、抗告審で開示された捜査報告書によって、捜査官の偽証が判明したとして、弁護人は、四三五条二号、四三七条所定の再審請求理由を追加的に主張したという<sup>(2)</sup>ことである。

なお本件について、二〇一五年一〇月二三日、大阪高裁は検察官の即時抗告を棄却した（再審開始決定確定<sup>(3)</sup>）。そして二〇一六年一〇月一日、大阪地裁は再審無罪判決を言い渡した（確定<sup>(4)</sup>）。

(2) 袴田事件でも、弁護人は、検察官に対し、再審請求審の段階から再三証拠開示を求めていた。二〇一四年三月二七日、静岡地裁は再審開始を決定するとともに、死刑及び拘置の執行停止も決定したところ、<sup>5)</sup> 検察官は即時抗告を申し立てた。検察官は、二〇一四年一月二五日の三者打ち合わせで、袴田巖氏の取調べ状況を録音したテープについて、それと思われるオープンリール式録音テープが静岡県警察の地下倉庫で発見されたと報告した。なお検察官は、それまでの弁護人からの開示請求に対し、原審段階で開示した取調べ録音テープ一巻の他には存在しない旨説明していた。二〇一五年一月三〇日、検察官はオープンリール式録音テープが取調べ状況を録音したものと確認されたとして、録音内容を複製したDVD-Rを弁護人に開示した。その後、弁護人は、DVD-Rに記録された音声と、オープンリール式録音テープの現物及びそれらが収納されていた外箱と段ボール箱をデジタルカメラで撮影した画像とを分析し、新旧証拠と合わせて検討した結果、四三五条六号だけでなく、四三五条七号、四三七条所定の再審請求の理由があるとして、その追加を申し立てた。具体的には、取調官による取調室への便器の持ち込み・小便排泄強制等に関する特別公務員暴行陵虐罪ならびに偽証罪の証明、そして取調官による接見盗聴に関する公務員職権濫用罪ならびに偽証罪の証明である。

また弁護人は、再審請求審で検察官が開示した捜査報告書等により、捜査官は、五点の衣類の一つである鉄紺色ズボン内側に縫い込まれた布片の「B」が「型」ではなく「色」であったことを把握していたにも拘わらず、実況見分調書に「型」という虚偽の記載をしたことが明らかになったので、有印虚偽公文書作成罪及び同行使罪が証明されたのであり、かつ、同実況見分調書が確定一審判決の証拠の標目として掲げられていることから、四三五条一号、四三五条七号、四三七条所定の再審請求の理由があるとして、その追加も申し立てた。<sup>6)</sup>

本件は、本稿執筆現在（二〇一七年九月末）、即時抗告審に係属中である。

## 2 本稿の課題・構成

本稿は、即時抗告審、異議審、ひいては特別抗告審における再審請求理由の追加について、その適法性を論じるものである。<sup>(7)</sup>

このテーマに関する論稿は、管見の限り、ほとんど見当たらない。<sup>(8)</sup> 他方、後述する通り、裁判例は散見されるところ、それらは総じて、事後審論を楯に、再審請求理由の追加に消極的な態度を採っているようにみえるかもしれない。しかし、そのような裁判例の理解は一面的である。また、もっぱら事後審論を大命題に、そこから演繹して再審請求理由の追加を否定するという手法自体、理論的にも、実際のにも、不合理である。

このような問題意識に基づく本稿の構成は、以下の通りである。まず、再審請求理由の追加に関連する裁判例の意義を分析しながら、追加をめぐる諸問題を抽出する（II）。次に、追加を否定する論理としての事後審論の限界を検討する（III）。そして、再審請求理由の追加をはじめ、即時抗告審等の手続のあり方を、より優位に立つて規定するものは、事後審論ではなく、再審の目的であり構造であることを明らかにしながら、再審請求理由の追加の適法性を論証する（IV、V）。

なお、再審請求理由の追加は（特別抗告審も含む）抗告審ならびに異議審に共通する問題であることから、以下、抗告審と異議審とを合わせて「抗告審等」、そして抗告と異議申立てとを合わせて「抗告等」と表記する。また再審請求理由については、「再審理由」と表記する。

## II 裁判例の意義

### 1 分析視角

抗告審等における再審理由の追加に関する裁判例として注目されるべきは、狭山事件第二次再審請求に係る特別抗告棄却決定<sup>(9)</sup>（以下、「狭山決定」という）、ならびに前述の東住吉事件再審請求に係る即時抗告棄却決定（以下、「東住吉高裁決定」という）である。

他方、再審理由の追加を取り扱ったものではないけれど、この問題を検討する上で併せて取り上げたい裁判例として、白鳥事件再審請求に係る特別抗告棄却決定<sup>(10)</sup>（以下、「白鳥決定」という）と札幌おとり捜査事件再審請求に係る即時抗告棄却決定<sup>(11)</sup>（以下、「札幌おとり高裁決定」という）がある。

本章IIでは、これらの決定の意義を分析するところ、その作業にあたり、主に次の諸点に注目したい。すなわち、①再審請求で主張された再審理由と抗告審等で追加された再審理由とは如何なる関係にあるか、②追加された再審理由を裏付ける証拠も追加的に提出されたか、③再審理由やこれを裏付ける証拠が追加されるに至った経緯は何か、④当該抗告審等は、再審開始決定に対する抗告等によるものか、それとも再審請求棄却決定に対する抗告等によるものか、である。

以上の視角に基づき、各決定の意義について、以下、分析する。

## 2 白鳥決定

(1) 最初に取り上げるのは、白鳥決定である。同決定は、四三五条六号所定の明白性の判断基準・判断方法を示したものととして画期的であったところ、再審理由追加との関連で、本稿が注目する同決定の説示は、次の通りである。

所論は、申立人の本件再審請求が刑法四三五条一号、二号、四三七条所定の再審理由のある場合に当たるとして、原決定の違憲（憲法三一条、三七条違反）をいうが、記録によると、申立人の本件再審請求は、刑法四三五条六号所定の再審理由に当たる事実があるものとしてなされたことが明らかであるところ、再審請求受理裁判所は、再審請求の理由の有無を判断するに当たり、再審請求者の主張する事実を拘束され、原裁判所も右再審請求受理裁判所の判断の可否について審査することができるとどまるから、右の事実以外のあらたな事実を主張して原決定の判断を論難することは許されないものというべく、結局、所論は、原決定の説示に副わぬ事実を前提として原決定の違憲を主張するものに帰し、同法四三三条所定の適法な抗告理由にあたらぬ。

(2) 本件再審請求では、札幌市幌見峠から発見され、確定判決が有罪認定の証拠として挙示した二個の弾丸（以下、「証拠弾丸」という）と被害者の体内から摘出された弾丸（以下、「摘出弾丸」という）とが同一の拳銃から発射されたものとは認められないので、証拠弾丸に証拠価値がないのはもちろん、それは捜査機関の陰謀による捏造証拠であると主張がなされた。また発射拳銃の同一性を肯定する磯部鑑定書は不正に作成されたもので、虚偽であることも主張された。そして、このように物証たる証拠弾丸の証明力が減殺されれば、捜査官による強要・誘導の結果捏造された共犯者供述を裏付けけるものもなくなり、四三五条六号所定の再審理由があるとされた。

此処で注目されるのは、請求審の段階からすでに、四三五条一号、二号、四三七条所定の再審理由（以下、「四三五条一号等所定の再審理由」という）にも実質的に該当しうる事実、つまり証拠弾丸の捏造や鑑定書に係る不正の問題（以下、「証拠弾丸の捏造等の問題」という）は主張されていたものの、法律構成としてはもっぱら四三五条六号所定の再審理由が採られたということである。

この主張に対し、原々決定は「所論のように、本件各弾丸を全く証拠価値のないものとして（あるいは、さらに捜査機関の陰謀による捏造証拠として）これを排斥することはできないのである」、「磯部鑑定書および原審磯部供述は、鑑定書作成の過程においてゴードン曹長なる余人が介在した等の事実および鑑定書中で相互に類似するとされていた本件各弾丸の条痕中に類似性が疑わしいものが現れたこと等によって、その信頼性が低下したことは否めないけれども、右条痕中に明確に類似性を認め得るものあるいは類似性を否定できないものが存在する事実を認定できるという限度でなお証拠価値を有するものと認められ、所論引用の証拠によっても、右条痕の点で、本件三個の弾丸が同一拳銃から発射されたことが疑わしいとあるいは進んで、右三個の弾丸が異なるピストルから発射されたことまでいうことはできない」として斥けた。<sup>13</sup>

また原決定は、「二個の弾丸の証拠価値は、原決定（右原々決定のこと——引用者注）のいうように、たんに『原判決当時に比べいささか薄らいだ』というに止まらず、大幅に減退したと言わざるを得ない」、「二個の弾丸の長期埋没の点に疑いがあるとすると、右弾丸が、高安の指示に基づき人跡まねな幌見峠の山林中から発見されたというその発見の経緯にかんがみ、当然何人かの作によるものとの疑いを生じ、いきおい、右弾丸発見の過程において、あるいは捜査機関関係者の作が介在したのではないかと疑いを生み、ひいては、事件全体が捜査機関のねつ造にかかるものではないかとの疑いも生じないではない」としながら、「二個の証拠弾丸および磯部鑑定は、もともと、原判決の事実認定上、所論のいうほど重要な決定的地位を占めていたものではない」、「原審および当審において提出された新規性ある各

種の証拠全体を総合して考察しても、ついに、有罪の心証をくつがえすに到らなかつた」として、なお共犯者供述によつて確定判決の犯人性に係る認定は肯定されたとした<sup>14)</sup>。

(3) 以上の経緯から、次の二点を確認することができる。すなわち第一に、申立人（再審請求人）は、証拠弾丸の捏造等の問題について、再審請求で主張した四三五条六号所定の再審理由と密接不可分であること、言い換えると、本件の事案においては、四三五条一号等所定の再審理由も実質的には四三五条六号所定の再審理由に包摂される関係にある——ゆえに四三五条六号の再審理由を主張すれば足る——ものとして捉えてきたことが窺われるところ、しかし原決定が、捏造への疑念なるものを示唆しつつも、四三五条六号所定の再審理由は認められないとして、証拠弾丸の捏造等の問題と同条同号所定の再審理由とを切り離す判断をしたために、特別抗告において、四三五条一号等所定の再審理由を明示的に主張したということである<sup>15)</sup>。そして第二に、特別抗告を申し立てるにあたり、その理由として原決定の憲法違反（三一条、三七条違反）を構成する上で（四三三条、四〇五条一号）、申立人は四三五条一号等所定の再審理由を挙げる必要があつたということである<sup>16)</sup>。

つまり本件は、再審請求では証拠弾丸の捏造等の問題が全く主張されておらず、原審たる異議審あるいは特別抗告審において、初めてこの問題が浮上し、これを裏付ける証拠も追加的に提出されたという経緯を辿るものではない。むしろ、四三五条六号所定の再審理由という法律構成が採られつつ、証拠弾丸の捏造等の問題は再審請求の中核として位置付けられてきたのであり、原々決定も原決定も、このような請求人の主張を前提に、言い渡されたものである。このような経緯を前提とするとき、白鳥決定の説示は、以下の通り、理解することが可能である。

(4) まず前提として改めて確認しておきたいことは、本件では、再審請求においても、また異議申立てにおいても、四三五条一号等所定の再審理由があるとは主張されてこなかつたということである。それらの理由すなわち法律構成自体は、特別抗告で初めて言及されたものである。

その上で、弁護人による特別抗告の趣意とは、「本件において、証拠弾丸の偽造、高塚鑑定書の隠匿・虚偽の磯部鑑定書の作成が、それぞれ刑法第一〇四条、一七一条に該当する犯罪行為であることは既に述べた通りである。これらの罪について、現段階では既に公訴時効が完成していることも明らかである。そうであれば、本件再審請求については、刑事訴訟法第四三五条第一号および第二号、同法第四三七条により、直ちに再審を開始決定すべき事案である」、「確定判決にかかる重大な不正があったことが明白になった以上、武藤決定（原決定のこと——引用者注）は直ちに斉藤決定（原々決定のこと——引用者注）を取消し、再審を開始すべきであった。それにもかかわらず、斉藤決定を結論において維持し、異議申立を棄却した武藤決定は明らかに憲法第三一条、第三七条に反する違憲の決定である」と主張するものであった<sup>11</sup>。つまり、原決定は、四三五条一号等所定の再審理由を認めて、開始決定を言い渡すべきであったというのである。

しかし、再審請求の核心が証拠弾丸の捏造等の問題にあったとしても、その時点で請求人ないし申立人によって主張されていない、四三五条一号等所定の再審理由（法律構成）に該当する事実があるとして、裁判所がいきなり開始決定を言い渡すことができるであろうか。これについて白鳥決定は、前に引用した通り、消極的である。

さらに白鳥事件の場合、注意すべきは、原決定が、証拠弾丸について、「原判決の事実認定上、所論のいうほど重要な決定的地位を占めていたものではない」としていた点である。このような証拠構造の捉え方を前提とすると、仮に原決定が証拠弾丸の捏造等の問題について再審理由があると考えたとしても、それは、四三五条一号等所定の再審理由はあるが、依然として四三五条六号所定の再審理由はないとの判断に行き着く可能性もある。すなわちこれは、証拠弾丸の捏造等の問題の点で四三五条一号等所定の再審理由は認められる一方、共犯者供述の信用性はなお高いので四三五条六号所定の再審理由は認められないことを意味するところ、このような再審開始の論理は本件再審請求や異議申立ての趣旨と全くそぐわない。

(5) もっとも注意しなければならないのは、このようにして、裁判所が、職権で、再審請求人が主張していない再審理由を追加して、開始決定を言い渡すということについては消極的に解釈されるからといって、再審請求人自身が再審理由を追加することについても否定されるという論理関係はないことである。むしろ、後者の再審理由の追加は何ら問題がないばかりか、裁判所が再審請求人の後見的な役割を正当に果たす上で、重要な役割を担うというべきであろう。

このことは、次のコメントにも表れている。すなわち、「職権で請求以外の再審理由に関する調査および事実の取調をすることは許されない」とした上で、白鳥決定を引用して「裁判所は再審請求者の主張する事実拘束される」が、「その法律の見解に拘束されないから、例えば、再審請求者が四三五条一号または二号に該当する旨主張している場合であっても、その事実主張の中に同条六号の事実が含まれていると理解できるときは、同号の再審理由についても調査および事実の取調の対象とすべきである。この場合には、裁判所は、適切な訴訟指揮権を行使し、再審請求者に釈明するなどして再審理由を明確にさせるべきである」という<sup>18)</sup>。このコメントは、白井滋夫の見解を実質的に引き継いだものである。白井は、当事者が再審請求の理由として主張していないが、再審理由にあたる事由の存在が明白である場合、「裁判所としては、直ちに請求棄却の決定をなすことなく、再審請求者に釈明を求め、あるいは再考を促す等の方法により当事者が再審請求の理由を追加することを許すことが妥当な措置ではあるまいか」という<sup>19)</sup>。

此処で注目すべきは、①再審請求人による再審理由の追加は許されること、そして①を前提として、③裁判所は必要に応じて再審理由の追加を促しうること、③再審請求人が再審理由を追加していないのに、職権で、主張されていない再審理由でいきなり開始決定を言い渡すことについては消極的であること、の三点である。

(6) 白鳥決定は、直接的には③の問題を扱ったものであるところ、この問題は抗告審等のみならず、再審請求審についても同じく当てはまるから、事後審論とは関係がないというべきである。

同決定は、この問題について、「再審請求受理裁判所は、再審請求の理由の有無を判断するにあたり、再審請求者の主張する事実拘束され、原裁判所も右再審請求受理裁判所の判断の当否について審査することができるとどまる」としている。このうち、後半の「原裁判所も……」という部分だけを見ると、なるほどいかにも事後審論を説いたもののようにみえるかもしれない。しかし同決定から読みとるべきは、「再審請求受理裁判所は……再審請求者の主張する事実拘束され〔る〕が故に、「原裁判所も右再審請求裁判所の判断の当否について審査することができるにとどまる」という、その思考の筋道である。つまり白鳥決定の意義とは、再審請求の手続（抗告審等も含む）について、裁判所は、「再審請求者の主張する事実」、すなわち再審請求人が主張する「再審理由にあたる事実」と無関係に、再審理由の有無を判断できず、むしろ、再審請求の理由や趣旨に即して応答する義務があること、すなわち構造論的にいえば「請求人関与構造」<sup>20)</sup>を示唆しているところにある。

したがって、白鳥決定は、抗告審等での再審理由追加に関する裁判例ではないし、事後審論を説いたものでもない<sup>21)</sup>。(7) もっとも、「四三五条一号等所定の再審理由を認めて、開始決定を言い渡すべきだ」という特別抗告の趣意は、原決定のみならず、実質的には、特別抗告を受けた裁判所にも向けられているよう。なぜなら特別抗告には四一条の準用があるとされている以上<sup>22)</sup>、原決定の憲法違反は認められなくとも、最高裁自ら、四三五条一号等所定の再審理由を認めて、原決定を取り消し、さらに開始決定を言い渡さうからである。

この点、白鳥決定は、「証拠弾丸の証拠価値が原判決当時比べて大幅に減退したことを前提とするかぎり……証拠弾丸に関し第三者の作為ひいては不公正な捜査の介在に対する疑念が生じうることも否定しがたいといわなければならない（しかし、それはあくまでも疑念にとどまるものであって、それ以上に出るものではない）。刑法四三五条六号の運用は、同条一号、七号等との権衡を考えて同条全体の総合的理解の上立つてなされるべきものであり、したがって、もし、かりに右のような疑念があるとすれば、新証拠と他の全証拠との総合的な評価により原判決の認定に合理的な疑

いを生じることになるかどうかを判断するにあたって、このことを充分に念頭に置き、とくに厳密な審査を加えることを要するものといわなければならない」とした。これは、「第三者の作為ひいては不公正な捜査の介在」については「疑念」にとどまるとして（四三七条が求める「証明」に至っていないということか）、申立人のいう四三五条一号等所定の再審理由は認められないことを示唆している。ゆえに同決定は、特別抗告の趣意を受けて、四三五条一号等所定の再審理由について事実上検討し、応答したと解することができる。

また仮定の話ではあるが、もしも最高裁が、共犯者供述の信用性は高いから四三五条六号の再審理由は認められない一方、四三五条一号等所定の再審理由は認められるということで、開始決定を言い渡したならば、再審請求の主張ひいては特別抗告の趣意との間で緊張が生じたであろう。なぜなら、白鳥事件の特別抗告では、なるほど四三五条一号等所定の再審理由が明示的に主張されたものの、これらの再審理由について四三五条六号所定の再審理由が認められなくとも、別個認められるべきだとの主張がなされた訳ではなく、両者の再審理由の密接不可分性が前提とされており、証拠弾丸の捏造等の問題と四三五条六号とは切り離されなかつた点で、再審請求の主張から首尾一貫するものであったからである。

### 3 札幌おとり高裁決定

(1) 次に取り上げるのは、札幌おとり高裁決定である。同決定の説示は、次の通りである。

本件について再審を開始した原決定は、同法四三五条六号所定の再審事由を肯認した判断を是認することができないもの、同条七号及び四三七条の各本文に該当する再審事由があると認められるので、結論において正当とし

て是認することができる。

(2) 本件の原決定、すなわち再審開始決定は、「本件おとり捜査には、令状主義の精神を潜脱し、没却するのと同等ともいえるほど重大な違法があると認められるから、本件おとり捜査によって得られた証拠は……証拠能力を認めることは相当でない」とし、「そうすると、請求人が真正な銃やこれに適合する実包を所持していたことは請求人自身認めているものの、この自白を補強すべき証拠がなく、結局、刑法三一九条二項により犯罪の証明がないことに帰すから、請求人に対し無罪の言渡しをすべきである」として、四三五条六号所定の再審理由があるとした。<sup>23)</sup>

これに対し、札幌おとり高裁決定は、「本件のように、新証拠によって不公正な捜査が行われた疑念が生じ、その結果として、確定判決の犯罪事実の認定に供された証拠の証拠能力の判断に影響の生じることが判明するなど、訴訟法上の事実の認定の瑕疵につながる新証拠が、同号所定の証拠として想定されていると解することは困難といふべきである」としたものの、原判決の証拠となった捜査書類を作成した司法警察職員が四三五条七号所定の職務に関する罪を犯した事実が、当該犯罪に係る確定判決を得ることができないものの、四三七条にいう、その事実の証明があった場合に該当するとして、原決定を結論において正当として是認できるとした。

(3) 四三五条七号及び四三七条所定の再審理由（以下、「四三五条七号等所定の再審理由」という）は、再審請求審でも即時抗告審でも主張されてこなかったものである。もともと札幌おとり高裁決定は、原決定が四三五条六号所定の再審理由があると判断したことについて、「是認することができない」と指摘しているだけである。つまりこれは、再審請求人が主張していない四三五条七号等所定の再審理由により、原審が再審開始決定を言い渡すべきであったとするものではない。

たしかに札幌おとり高裁決定自身は、主張されてこなかった四三五条七号等所定の再審理由があることを認めた。

もつともこの調査・判断は、再審開始決定に対する検察官の抗告には理由がないから、抗告を棄却しなければならないこと（四二六条一項後段）を説明するため、その限りで、行われたものである。つまりこれは、裁判所が、開始決定に対する検察官の抗告に理由がなく、その抗告を棄却するにあたって、開始決定と異なる再審理由に基づきうることを意味するものである一方、裁判所が、主張されていない再審理由で再審開始決定を言い渡さう（自判しうる）、ひいては、言い渡さなければならぬ（自判しなければならぬ）ことを意味するものではない。この意味において、札幌おとり高裁決定は、白鳥決定と矛盾するものではないし、もちろん再審理由の追加に関する裁判例でもない。

(4) 本件は、検察官が特別抗告を申し立てることなく、再審開始決定が確定し、再審公判が開かれ、再審無罪が確定した<sup>24</sup>。故に、以下はあくまでも仮定の話であるが、特別抗告が申し立てられ、最高裁が再審開始決定を取り消し、再審請求棄却決定が言い渡され確定したという場合、少なくともその間に四三五条七号等所定の再審理由が追加的に申し立てられていなければ、再度の再審請求で四三五条七号等所定の再審理由が主張されたとしても、四四七条二項所定の同一理由による再請求の禁止には該当しないというべきであろう。

#### 4 訴訟法上の事実誤認と四三五条六号との関係

##### ——札幌おとり高裁決定と白鳥決定に係る補論——

(1) むしろ札幌おとり高裁決定に係る問題の核心は、同決定が、訴訟法上の事実の誤認によって本案についても事実誤認がある（証拠不十分である）場合について四三五条六号の対象外であるとの消極説を採った上で、本件について、四三五条六号所定の再審理由はないが、四三五条七号等所定の再審理由はあるとした点である。この問題は、再審理由追加の問題とは区別されうるものの、関連する問題であるから、以下、若干の考察を施しておく。

札幌おとり高裁決定は、結論として再審開始決定を維持したものとはいえ、積極説の立場からは、同事件の弁護人も含め、批判されている。<sup>25)</sup> 積極説とは、その代表的論者である田宮裕によれば、①「たとえば不任意の自白による有罪認定、弁護権を侵害したうえで行なわれた有罪判決」といった、「憲法上の被告人の権利侵害の事態があつて(デュー・プロセス違反)、それが有罪判決に影響を及ぼす(事実誤認と結びつく)ときは」救済が認められるべきであり、②「かりにそこまでは徹底できないとしても」、「たとえば、自白の証拠能力を奪うに至るような新証拠(物証の証拠排除をきたすような違法手続の事実も同様)、あるいは訴追側のアンフェアな捜査と訴追活動を立証する新証拠が出現し、これを考慮すればひいては有罪判決は支持しえない(証拠不十分で無罪となるなど)事態に至る」といった、「手続上の事実の誤認のゆえにデュー・プロセス違反の事態を惹起し、そのために本案についての事実誤認をきたしているときは、刑事法四三五条六号をやや拡張的に解し、再審理由があるとしてもよい」というものである。<sup>26)</sup> つまり札幌おとり高裁決定は、右の②の場合、すなわち訴訟法上の事実の誤認により旧証拠が排除された結果、残りの旧証拠では有罪認定を維持することができない(証拠不十分である)ときは四三五条六号所定の再審理由があるという、積極説の主張のうち控えめな場合についても、その該当性を否定したということになる。

(2) 他方で、同決定は、本件に限らず、四三五条六号所定の再審理由とそれ以外の再審理由との重疊的存在は全くあり得ないとの見解(以下、「重疊否定説」という)をも採つたものであろうか。

この点、本稿の冒頭で言及した通り、東住吉事件では、四三五条六号だけでなく、同条二号、四三七条所定の再審理由が、また袴田事件でも、四三五条六号だけでなく、同条一号、七号、四三七条所定の再審理由が、それぞれ即時抗告審で追加された。また白鳥事件でも、特別抗告で、四三五条六号に加え、同条一号、二号、四三七条所定の再審理由が主張された。重疊否定説に立てば、再審理由の追加という手続問題もさることながら、再審理由の棲み分けという実体問題のところ、四三五条六号所定の再審理由とそれ以外の再審理由とが同時に存在するとの主張自体、失当というこ

となりそうである。

しかし結論から言えば、重畳否定説は不合理である。何故なら、たとえば「違法・不当な取調べはしていない」との捜査官の証言が旧証拠たる自白の任意性ひいては信用性を裏付けていたところ、それが偽証であることが明らかになったとき、偽証であること自体、四三五条二号に該当すると同時に、自白の任意性ひいては信用性が否定されることによつて本案について合理的疑いが発生するという点では四三五条六号にも該当するといった事態は、当然あり得るからである。あるいは、旧証拠の証明力を弾劾する新証拠によつて四三五条六号の再審理由があると同時に、四三五条七号所定の「職務に関する罪」もあるという事態もあり得る。東住吉事件、袴田事件における再審理由追加の主張は、これらと同様の事態を前提とするものであろう。

(3) そうすると、札幌おとり高裁決定は、証拠能力があるという事実についての誤認（訴訟法上の事実誤認）があり、これによつて証拠能力がないとされる証拠が排除されると本案については証明不十分となる場合であっても、当該事実誤認自体が旧証拠の証明力に影響を与えるわけではなく、また別途、四三五条六号所定の再審理由があるわけでもない場合、同条同号所定の再審理由は認められないとの見解に立っているように見える。また同決定は、本件については四三五条七号等所定の再審理由を認めたので、原決定である開始決定を「結論において正当として是認することができ」としたものの、もしもこれらの再審理由を認めなかったならば、もつぱら四三五条六号該当性はないとの理由（消極説）で、開始決定を取り消していたであろう。

札幌おとり高裁決定は、このような消極説を採るにあたり、「刑訴法四三五条六号の運用は、同条一号、七号等との権衡を考へて同条全体の総合的理解の上に立ってなされるべきものであ（る）」とした白鳥決定を引用する。白鳥決定の調査官解説も、同決定について、「一号、七号等の再審事由の要件として求められる確定判決が得られない場合に、これを六号の再審事由の中に集約化させ、その要件を緩和しようとするのは……現行法の解釈としてやや無理を伴う」

という観点に立つものであるという。<sup>(28)</sup>しかし、このようにして白鳥決定を消極説に立つものとして援用するのはミスリードである。その理由は、次の通りである。

(4) 白鳥決定は、申立人主張の「第三者の作為ひいては不公正な捜査の介在」について「疑念が生じうることも否定したい」ものの「あくまでも疑念にとどまる」とした。この「疑念」は、四三七条にいう「証明」に至らない（ゆえに、申立人のいう四三五条一号等所定の再審理由があるとはいえない）との意味であろう。その上で、同決定は、「刑法四三五条六号の運用は、同条一号、七号等との権衡を考慮して同条全体の総合的理解の上に立つてなされるべきものであり、したがって、もし、かりに右のような疑念があるとすれば、新証拠と他の全証拠との総合的な評価により原判決の認定に合理的な疑いを生じることになるかどうかを判断するにあたって、このことを十分に念頭に置き、とくに厳密な審査を加えることを要するものといわなければならない」とした。

すなわち同決定のいう「刑法四三五条六号の運用は、同条一号、七号等との権衡を考慮して同条全体の総合的理解の上に立つてなされるべきものであ[る]」というのは、四三五条一号等所定の再審理由の「証明」に至らないとしても、その「疑念」があるならば、六号所定の再審理由の有無を判断するにあたり、そのような「疑念」を「十分に念頭に置き、とくに厳密な審査を加えることを要する」ことを意味しよう。

したがって、同決定の中に、消極説の含意を見出すことはできない。むしろ、第三者の作為や不公正な捜査といった手続（訴訟法上の事実）に関する疑念問題があるとき、六号所定の再審理由の枠組みの中で「厳密な審査を加える」必要があるとされている。<sup>(29)</sup>

また白鳥決定は、当該事案について、四三五条六号所定の再審理由もそれ以外の再審理由も認めなかったところ、それは、それぞれの再審理由にあたる事実を認めなかったからであって、消極説に立ったからではない。すなわち同決定は、四三五条六号以外の再審理由については「疑念」に止まるので認められないとし、他方で四三五条六号所定の再審

理由については、証拠弾丸の証拠価値が大幅に減殺されても共犯者供述は信用できるとして、合理的疑いは生じないというものであった。つまりこれは、証拠不十分により「本案についての事実誤認をきたしている」ならば六号に該当するという、積極説のなかでも控えめな場合（前述②）についても、本件ではなお証明十分であるという理由でクリアされなかったことを意味する。

(5) したがって、かかる白鳥決定の限界は、同決定が消極説を採用したことによるのではなく、次の三点に原因があるといふべきであろう。第一に、「第三者の作為ひいては不公正な捜査の介在」について、同決定はこれに注目しながらも、しかし実際に不公正な捜査を明らかにして責任を追及するには、なお「及び腰」であったという点である。<sup>30</sup> またこれと関連して第二に、同決定が不公正な捜査と共犯者供述の問題とを切り離してしまった点であり、これは証拠構造の把握に関わる問題でもある。そして第三に、白鳥決定は、デュー・プロセス違反が四三五条六号所定の再審理由を充たすという積極説の本旨（前述①）の採用までは踏み切れなかった点である。

もつとも、このような限界を克服する必要性は、近時、改めて再燃し、その勢いは強くなっているのではないか。たとえば布川事件再審開始決定は、四三五条六号所定の再審理由という枠組みにおいて、捜査官が録音テープの存在について「明らかに虚偽の供述（供述の録音は一月二日の一回のみであると供述した。）をしている」ことを認めた。<sup>31</sup> 袴田事件再審開始決定に至っては、やはり四三五条六号所定の再審理由という枠組みにおいて、証拠の「ねつ造の疑い」を繰り返し直言した上で、「本件では……捜査機関の違法、不当な捜査が存在し、又は疑われる。国家机关が無実の個人を陥れ、四五年以上にわたり身体を拘束し続けたことになり、刑事司法の理念からは到底耐え難いことといわなければならぬ」と厳しく批判し、死刑の執行のみならず、拘留の執行も併せて停止したのである。

## 5 狭山決定

(1) 前項まで、再審理由の追加を直接扱ったものではないが、関連する裁判例として、白鳥決定ならびに札幌おとり高裁決定の意義を検討してきた。本項と次項では、再審理由の追加を扱った裁判例を取り上げる。まずは、狭山決定を検討する。同決定の説示は、次の通りである。

異議審において、神戸光郎作成の平成一二年二月一八日付け鑑定書（神戸第二鑑定書）、半沢英一作成の平成一二年三月一七日付け鑑定書（半沢鑑定書）が提出されているが、異議申立ての趣意の理解に資する参考資料とする趣旨であるならばともかく、これらを再審事由として追加的に異議審で主張する趣旨であるとすれば、再審請求審の決定の当否を事後的に審査する異議審の性格にかんがみ、不適法といわざるを得ない。これらの鑑定書についての原決定の説示は、前者の趣旨の資料であることを前提とした上で、所論にかんがみ、その証拠価値について付言したにすぎないものとみるべきである。以下、当審においても、原決定と同様の見地から、これら鑑定書の証拠価値について付言することとする。

(2) 本件の異議審で新たに提出された神戸第二鑑定書と半沢鑑定書は、再審請求で主張されたのと同じく四三五条六号所定の理由に該当するものとして主張され、かつ、再審請求審で既に提出されていた鑑定書・意見書と共に「筆跡あるいは用字の特徴に着目した鑑定書等」に含められるものでもあった。そこで狭山決定は、神戸第二鑑定書と半沢鑑定書を「異議申立ての趣意の理解に資する参考資料」と見立て、同決定も原決定も、その証拠価値に「付言」するものであるとした。その上で、狭山決定は、いずれの鑑定書も、旧証拠である「三鑑定（関根・吉田鑑定、長野鑑定及び高村

鑑定」を左右するものとは認められないとした。

しかしこの狭山決定の論理を貫いた場合、再審を請求した際に提出した証拠に明白性が認められない限り、たとえ抗告審等で追加された証拠には明白性が認められる程の証拠価値があっても、再審請求棄却決定が維持されるようにみえる。これは、誤判救済よりも事後審性の確保を優越させている点で、大きな問題があるようにみえる。

(3) なるほど、再審請求棄却決定に対する不服申立てをするかしないかは再審請求人が決断できるということに着目すると、たとえばAという新証拠に明白性はないとして再審請求が棄却されてしまい、しかしその後、Bという証拠を提出できる状態となった場合、もはや抗告等をしなくて、Bを再審理由として改めて再審請求することも、机上論としては考えられる。しかし、そうでなければBを再審理由として主張し提出できないと限定してしまうのは、明らかに再審請求人の権利保障に悖る。なぜなら再審請求人には抗告等の不服申立て権があり、裁判体が変われば棄却決定が取り消され再審開始決定が言い渡される可能性もあるのに、不服申立て権の放棄が実質的に強いられることになるからである。

それでは、Aという再審理由についての不服申立て権が尽きたところで、Bを再審理由として改めて再審請求するのはどうか。このような限定も、早急な救済を望む再審請求人にとって過大な負担を課すものといわざるを得ず、いたずらに再審請求手続を長引かせる点で再審の二段階構造にもそぐわず、やはり机上論にすぎない。<sup>32)</sup>

(4) 抗告審等で提出された証拠を再審理由としては扱わないという手法に、強いてメリットを見出すとすれば、次の通りであろう。すなわち、抗告審等でその証拠価値が認められず、再審請求棄却決定が確定した場合でも、あくまで「参考資料」であり再審理由として扱われた経歴はないということになるから、再度の再審請求で当該証拠が再審理由であると主張しても、四四七条二項所定の同一理由による再請求の禁止には該当しないことである。つまりこれは、抗告審等の事後審性を確保するための方策というよりも、再請求の可能性を睨み、再審理由の「審級の利益」を保護する

ための方策とみなすことができる。

しかし、IV2で後述する通り、この問題は、再審理由の追加を不適法とすることで解消するのではなく、むしろ再請求禁止にかからない範囲を広げることによって解決すべき事柄であろう。

(5) その上で、そもそも狭山決定は、抗告審等での再審理由の追加一般について解釈論を展開するものではないことに注意すべきである。その理由は、次の通りである。

第一に、本件は、再審請求棄却決定後の再審理由の追加という事案であった。ゆえに、再審開始決定後の再審理由の追加については、なお別途、考える余地がある。第二に、本件の異議審で追加された証拠とは、再審請求で既に提出されていた新証拠と同様、脅迫状及びその封筒の筆跡は申立人のものではないから、確定判決の認定には合理的疑いがある(四三五条六号)という趣旨のものであり、いわば再審請求で既に主張されていた再審請求の理由や趣旨を、証拠を追加することで、補強するものであった。これに対し、再審請求で主張されていた趣旨とは重ならない趣旨の下に再審理由が追加された場合については、なお異なる扱いを要する。なぜならこの場合、「参考資料」としての扱いは難しいからである。そして第三に、本件は申立人(請求人)側が自ら用意した証拠を追加的に提出したという事案であった。ゆえに、証拠開示を契機とする再審理由の追加については、なお別途、考える余地がある。

## 6 東住吉高裁決定

(1) 再審理由の追加に関するもう一つの裁判例が、東住吉高裁決定である。同決定の説示は、次の通りである。

なお、当審段階で証拠開示され、当審が取り調べた請求人両名の取調べ状況に関する証拠によれば、請求人両名

の自白の採取過程には、次のような問題点があったことが認められる。

まず、朴の自白について、捜査官作成の報告書（当審弁1、2）によれば、平成七年八月一四日に朴が大府東住吉警察署の八尾正警察官を訪問した経緯として、同警察官が任意提出書作成のため任意出頭を求めたことが認められ、また、同年九月一五日に起訴される前の段階で、八尾警察官が朴に父親の手紙を見せて自白を促していたことがうかがえ、これらを否定する確定審の八尾警察官の供述については、信用性に疑問を入れる余地が生じている。確定判決では、朴の取調べ状況等について、朴の供述と八尾警察官の供述等が対立する中、八尾警察官の供述等の信用性が肯定され、朴の自白の任意性が認められているが、その判断に影響を生じる可能性が否定できない。

次に、青木の自白について、捜査官作成の報告書及び取調日誌（当審弁8から11）等によれば、青木の取調べにおいて、取調官は、度々大声を出し、朴と被害者との性的関係を告げ、被害者を救出しなかったことを責め、接見禁止中に朴が書いた「けいちゃんへ」と題するメモを示し、相当の体罰悪化がうかがえる中で自供書を作成させるなどの取調べを行っていたことが明らかになっている。青木の確定判決では、任意性や証拠能力に影響を及ぼすような違法、不当な取調べはなかったとして、青木の自供書等の証拠能力が認められ、有罪認定に用いられているが、その判断に影響を与えることが考えられる。

これらの採取過程に存する問題点は、各自白の信用性判断にも影響を与えるというべきである。

なお、即時抗告審は、再審を開始した原決定の当否を事後的に審査するものであり、再審請求審で主張しなかった再審理由を即時抗告審で追加的に主張することは不適法というべきであるから、当裁判所は、弁護人が当審で初めて主張した刑訴法四三五条二号該当事由の有無について判断は行わないこととし、上記のような問題点を指摘するにとどめることとする。

(2) 本件は、抗告審で取調べ状況に関する証拠が開示されたため、弁護人は再審理由の追加を主張したというものである。東住吉高裁決定は、このような事情を認識しながらも斟酌することなく、証拠開示による追加の事案ではない狭山決定と同じ論理を用いて、不適法としたようにみえる。また、狭山事件が再審請求棄却決定後の追加であったのに対し、東住吉事件は再審開始決定後の追加であったところ、このような違いについても、考慮されていない。

なお東住吉高裁決定は、「これらの採取過程に存する問題点は、各自白の信用性判断にも影響を与えるというべきである」という。すなわち同決定は、この「問題点」が、四三五条二号所定の再審理由のほか、再審請求で主張された四三五条六号所定の再審理由の判断にも影響を及ぼすことを示唆しているようにも見える。もともと同決定は、この「問題点」の検討に入る前に、原決定が、自白には、犯罪事実合理的な疑いを容れない程度に認定するだけの証明力がないと判断したことは、結論として正当であると締め括っている。

(3) このような特徴を持つ東住吉高裁決定については、以下の問題点を指摘しうる。

第一に、再審請求審で開示された証拠との扱いと比較した場合、大きな不均衡が生じることである。すなわち、再審を請求する際、「これが再審理由である」と主張の下、提出された新証拠とは別に、再審請求審での開示証拠が追加的に提出された場合、この追加証拠を再審理由とすることは許容されている現状がある。

そのうちの数例のみ挙げれば、布川事件の第二次再審請求審では開示証拠の録音テープが提出されたところ、再審開始決定は、当該テープが四三五条六号所定の新規、明白な証拠であることを認めた。

また東電女性社員殺害事件の再審請求審では、現場から採取された微物の血液型に関する科捜研法医研究員作成の鑑定書が開示され、弁護人はこれを新証拠として追加的に提出したところ、再審開始決定は新規、明白な証拠であること<sup>33</sup>を認めた。同決定で注目されるのは、再審請求時に提出された鑑定書（この鑑定書は、上告審で提出されたものの、上告棄却であったため、審理を経ていないものと見なされたものである）といった「その余の新証拠について検討するま

でもなく、右開示証拠やこれを契機に再審請求審で行われたDNA型鑑定等の「本件新証拠は……『無罪を言い渡すべき明らかな証拠』に当たる」とした点であろう。つまりこれは、再審請求後、証拠開示を契機に追加された証拠が、再審開始決定を導く大きな原動力になったことを意味する。

裁判官経験者の門野博は、「開示された証拠を、すでに提出済みの新証拠に加えて、新規性、明白性を有する証拠として提出することも可能である」、「新証拠が直接の立証命題としている事実（A事実）に関する証拠のみが開示の対象となるのであって、その新証拠によって直接揺らぐことのない事実（B、C事実）に関する証拠は、開示の対象とはならないとの説は、理論上とることができない」と指摘している。<sup>34)</sup>

このようにして、再審請求審で開示された証拠が追加的に提出されることは許されているばかりか、実際に誤判救済に大きな役割を果たしていることは明らかである。これに対し、抗告審等の段階で検察官が証拠を開示したことにより、証拠を追加的に提出する場合、提出が（再審請求審の段階ではなく）抗告審等の段階になったことについて、元被告人側に何ら責めはなく、やむなくこの段階での追加的な提出にならざるを得なかったところ、一転して不適法という扱いをされるならば、手続的に公正ではないし、実質的にも救済の道を閉ざす危険がある。<sup>35)</sup>

さらに念のため確認しておくならば、当初四三五条六号所定の再審理由を主張していたところ、証拠開示によって、六号以外の再審理由をも認めるべき証拠が出てきたとき、これを追加することは可能であろう。再審請求審の場合、一般的に、当初主張した理由（法律構成）とは別の理由（法律構成）を追加することは可能であるとされてきた。<sup>36)</sup>それが、検察官の証拠開示が抗告審等の段階になったことによって不適法とされるのは、右と同様、不公正と言わざるを得まい。

(4) 第二に、再審開始決定に対し検察官によって抗告等が申し立てられ、抗告審等に係属し、そして抗告審等で証拠が開示された場合、元被告人（請求人）側としては抗告審等で再審理由を追加せざるを得ないことである。具体的には、次の通りである。

刑事訴訟法は、検察官が開始決定に対して抗告等を申し立て、抗告審等に係属している最中に、別の証拠を再審理由として、同時並行的に別途、再審が請求されるという事態を想定していない。そうであるのに、もしも抗告審等で開示証拠を再審理由として追加的に提出できないとすれば、元被告人側がこの開示証拠を再審理由として提出できるのは、抗告審等で開始決定が取り消されて再審請求が棄却され、これが確定した後、再審を再請求する場合に限られることになる。しかし、このようにして開示証拠・再審理由の提出ルートが限定されることは、元被告人の早急な救済を阻む点で再審の目的に悖るものであり、結果として訴訟経済的にも合理性がない。

ところで、刑事訴訟法は再審の請求について時期の制限も回数も設けておらず、要件は新証拠の出現のみである。これは、時期や回数で再審請求を制限してしまえば、後で、新証拠が出現しても、元被告人に不利益な誤判という甚大な人権侵害を救済できなくなってしまうからである。つまり刑事訴訟法は、このような場合については、訴訟経済よりも元被告人の救済を優先させているのは明らかであり、裁判所が果たすべき、被告人の公正な裁判を受ける権利の保障と整合する。

他方、このような時期や回数の無制限は、元被告人の救済の遅延を合理化するものではない。すなわち時期や回数が無制限とされているのは、右に述べた通り、後で、新証拠が出現した場合の救済を適えるためであって、現に、新証拠が出現したというのに、抗告審等の事後審性を確保するべく、抗告審等で再審理由の追加を許さず、再請求時に初めて再審理由として提出させるためではないということである。抗告審等で再審理由が追加されることによって、早期に再審開始決定が出され、ひいては誤判が救済されるのであれば、元被告人にとってそれに越したことはないのももちろん、結果として訴訟経済にも適う。<sup>37)</sup>これらのメリットを犠牲にしてまでも、抗告審等の事後審性が物神崇拜される理由はないというべきである。<sup>38)</sup>

(5) たしかに、抗告審等で再審理由の追加が許されなくても、当初の再審理由に基づいて抗告等が棄却され、ひいて

は再審開始決定が確定する場合もあり得よう。しかし、果たしてそのように開始決定が確定するか、抗告審等の審理中に断定できない以上、元被告人側が抗告審等で再審理由を追加するのは、道理に適った訴訟行為である。

加えて、もしも抗告審等で再審理由の追加が許されず、しかし抗告等が棄却されて、再審開始決定が確定した場合、この再審理由は、そもそも裁判所で検討される機会を失いかねない。しかしこのような事態は、当該事件の誤判原因を究明する上でも、ひいては二度と同様の誤判を繰り返さないよう、日本の刑事司法制度のあり方を展望する上でも、望ましいものではない。もちろん（仮に追加が許されなくても）再審公判で、被告人側の営為と裁判所の対応により、追加が許されなかった再審理由に該当する問題が実質的に検討されることも不可能ではない。<sup>(39)</sup>しかしこのことが、抗告審等での再審理由の追加を不適法とする理由にならないこともまた、明白である。

(6) なお再審開始決定後の再審理由追加の許否という問題は、再審開始決定に対する検察官の抗告等がなければ、そもそも発生しない。本来、再審開始決定に対する検察官の抗告等は二重の危険禁止の法理に違反するものとして禁止されるべきであり、この禁止は法四五〇条の下でも（すなわち解釈論としても）可能である。<sup>(40)</sup>

もつとも本件をはじめ、再審開始決定に対する検察官の抗告等がなされている現状においては、抗告審等の再審理由の追加に適法性を認めることが、最低限、求められるということである。

### III 事後審論の限界

#### 1 事後審論と再審の目的・構造との関係

再審開始決定あるいは再審請求棄却決定に対する即時抗告や、これを受けた抗告審の審理は、形式的には、再審請求

手続とは手続段階を異にする。つまりそれ自体は、上訴の一種たる抗告に関する問題である。

しかし、その抗告や抗告審の審理のあり方は、実質的には、再審請求手続ひいては再審全体の目的・構造に照らして、見定められるべきである。換言すれば、再審固有の目的・構造から離れて、「即時抗告審の構造はおよそ事後審である」という一般的・抽象的な命題を立て、この命題から演繹的に結論を導き出すべきではない。具体的には次の通りである。<sup>11)</sup>

## 2 抗告審構造論に関する議論状況

(1) 抗告とは、一般に、決定に対する不服申立て（上訴）のことをいう。そのうち即時抗告は、特に法律の規定がある場合に許される（四一九条）、その対象となる決定は多種多様である。たとえば、忌避申立ての却下決定（二五・二六条一項）、身体検査に係る不出頭（一三三・二二条）や拒否（一三七・二二条）、証人等の不出頭（一五〇・二二条）や宣誓等の拒否（一六〇・二二条）の場合の過料・費用賠償の決定、公訴棄却決定（三三・三九・二二条）等々である。

一般的に、期間の定めがない通常抗告の場合も含め、抗告審は事後審的なものと理解された上で、なかでも即時抗告審については迅速な処理が求められると考えられてきた。もともと、「実務では、原則として事後審の立場に立つて処理されている」が、「事件の性質に応じ、具体的妥当性に考慮し、原決定後に生じた事情の変化を斟酌して」、事実の取調べが許容されているともいわれる。「事件の性質」や「具体的妥当性」とは、原決定が扱おうところの「事件の性質」であり、原決定の「具体的妥当性」如何である。そうすると、実際のところ、抗告審のあり方を最終的に規定するのは事後審論ではなく、原決定それぞれの性格であるといわざるを得ない。

(2) そうであるから、抗告審構造論という枠組みそのものに対する相対化ひいては疑義も指摘されてきたところである。<sup>13)</sup>たとえば鈴木茂嗣は、「本来事件そのものの審判に即して構想された覆審・続審・事後審などのモデルを、手続問題

を審判する抗告審に直ちにあてはめることには問題がある。……事後審や統審の観念にも必ずしも見解の一致がなく、事後審か統審かといった単純な議論だけでは、かえって混乱が生じやすい。……簡易迅速な処理に著しい支障をきたさない範囲で、できる限り被疑者・被告人・強制処分を受ける者等の利益を保護するという方向で個別具体的な解決をめざすのが妥当であろう」と論ずる。<sup>14)</sup> 後藤昭は、「付審判請求棄却決定に対する抗告や再審請求棄却決定に対する即時抗告などのように、被告事件のゆくえを決する意味を持つので、迅速さよりも慎重な審理が大事な抗告もある」という。<sup>45)</sup>

(3) 近時、保釈許可決定に対する抗告の決定に対する特別抗告事件について、最決平成二六年一月一八日刑集六八卷九号一〇二〇頁（以下、「二六年最高裁決定」という）は、「抗告審は、原決定の当否を事後的に審査するものであり、被告人を保釈するかどうかの判断が現に審理を担当している裁判所の裁量に委ねられていること（刑法九〇条）に鑑みれば、抗告審としては、受訴裁判所の判断が、委ねられた裁量の範囲を逸脱していないかどうか、すなわち、不合理でないかどうかを審査すべきであり、受訴裁判所の判断を覆す場合には、その判断が不合理であることを具体的に示す必要がある」ところ、「原決定は……原々審の判断が不合理であることを具体的に示していない」として、原決定を取り消し、原々決定に対する検察官の抗告を棄却した。

二六年最高裁決定が示す審査方法は、最判平成二四年二月一三日刑集六六卷四号四八二頁が示した控訴審の審査方法すなわち、控訴審の性格は原則として事後審であるとした上で、事実誤認があるというためには、原判決の認定が不合理であることを具体的に示す必要があるというものと類似しているようにみえる。しかし事後審概念の不明確さ、また抗告の対象となる裁判の多様性から、二六年最高裁決定については、「裁量保釈に対する抗告審で原決定を審査する場合の方法について述べたものとして、その趣旨を限定的に理解するべきであろう」との見解が妥当である。<sup>46)</sup>

## 3 「再審公判中心主義」による事後審論の限界

抗告審に係る事後審論の限界は、再審請求審が言い渡した原決定との関係では、次のように指摘することができる。

再審は、再審請求手続と再審公判という、二段階構造をとっている。たしかに現在の再審実務では、再審請求手続の明白性判断（四三五条六号）がいわゆる実体判断であること等とも相まって、再審請求手続は重い手続になりがちである。しかし本来、再審請求手続はいわば事前手続であり、むしろ再審公判が再審手続の中心となることによつてはじめて、再審の二段階構造は合理的に説明され、また実際に機能しうる以上、請求手続で開始決定に至るハードルが高すぎるものがあつてはならない。そのためには、明白性判断の基準・方法という実体面もさることながら、手続面についても、相応の工夫を要する。再審開始決定ないし再審請求棄却決定に対する抗告審等の手続についても、その事後審性の確保が至上目的とされるのではなく、再審の二段階構造ひいては「再審公判中心主義」に適合する方式が採用されるべきである。

この観点からすれば、抗告審等での再審理由の追加は、基本的に適法とされるべきであろう。なぜなら抗告審等の事後審性の確保に固執するあまり、再審理由の追加を不適法とするならば、そのこと自体、再審開始決定の言い渡しや確定、ひいては再審公判を促す方向には作用しない<sup>①</sup>。そればかりか、元被告人が当該再審理由を主張できるのは、再審請求棄却決定が言い渡され、それが確定した後の再審の再請求に限定されるところ、これは再審請求手続をいたずらに長期化させうる点で、元被告人に過度な負担を課すのももちろん、二段階構造の形骸化を増長するものにほかならない。「角を矯めて牛を殺す」とは、まさにこのことである。

## 4 裁判例と事後審論との関係

以上の検討を踏まえ、前述IIで取り上げた裁判例を改めて振り返ってみると、それらは、なるほど表面的には事後審に係る常套句を用いているようにみえるものの、実質的には抗告審等で再審理由として追加が申し立てられた証拠の価値を評価していると同時に、再審理由の追加を不適法とすることで四四七条二項の再審の再請求の禁止を回避する機能を持つものであり、必ずしも事後審論をメインとするものではないと解することができる。

まず白鳥決定は、先に確認したとおり、そもそも事後審論を唱えた判例ではなく、むしろ裁判所は再審請求の理由や趣旨に即して応答する義務があることを示したものである（また札幌おとり高裁決定は、これと矛盾する裁判例ではない）。ゆえに、これは、再審請求人が抗告審等で再審理由を追加した場合も、同様に、裁判所はこれを不適法とすることなく、判断することを求めているとも解釈することができる。少なくとも、抗告審等での再審理由の追加を否定する、あるいはこれと矛盾する、という判例ではないとすべきである。

次に狭山決定は、結論は再審請求棄却決定を維持するものであったが、異議審も特別抗告審も、異議審で新たに提出された鑑定書の価値を実質的に検討する一方、これを「再審事由」ではなく「参考資料」と位置付けることによって、再審請求人が再度の請求でこれらの鑑定書を再審理由として主張できる余地を残した。

そして東住吉高裁決定は、再審請求審で主張された再審理由によって再審開始決定を維持する一方、抗告審で新たに提出された証拠の価値については「意見を述べる」が、なお再審理由の追加としては不適法とすることによって、狭山決定と同じく、再度の請求で再審理由として主張できる余地を残した。<sup>48</sup>

すなわち、裁判所は抗告審等で再審理由の追加であるとして提出された証拠を実質的には検討してみたところ、①再審請求審で主張された再審理由と抗告審等で追加された再審理由、いずれもその証拠価値を認めることができず、再審

請求を棄却すべしとの原判断を是認する場合（狭山決定）、あるいは、②再審請求審で主張された再審理由に証拠価値を認め、それだけで再審を開始すべしとの原判断を是認する場合（東住吉高裁決定）には、再審理由の追加を不適法としている。言い換えると、これらの場合はいづれも、再審理由が追加されようがされまいが、再審請求棄却決定ないし再審開始決定という結論は変わらないところ、追加されようとした再審理由の「審級の利益」の保護——四四七条二項の再審の再請求の禁止の回避——が図られているのであり、それが結果的に（たまたま）抗告審等の事後審性とも矛盾しない（だけである）とみなすことも可能だということである。

そうすると、なお関連する判例が存在せず、かつ深刻な問題が発生するのは、③抗告審等で再審理由の追加が適法とされ、その証拠価値が認められることよってはじめ、再審開始決定が言い渡されうる場合である。なぜなら③は、再審理由追加の不適法が再審請求棄却決定の言い渡しに直結するからである。もしも③についても、事後審論の物神崇拜の下、再審理由の追加が不適法とされるのであれば、元被告人の救済は遅れるばかりか、再審請求手続の不要な長期化をもたらさう。ゆえに、右の裁判例を前提としても、せめて③については抗告審等での再審理由の追加が認められよう。

## 5 再審の目的・構造と再審理由の追加

もっとも本来は、右の①②の場合も含め、すべて再審理由の追加は適法とされなければならない。

狭山決定も東住吉高裁決定も、再審理由の追加は不適法であるとしながら、その証拠価値を検討している点で、自然さを免れない。なるほど、四三条三項所定の「事実の取調」について無制限に行いうるというのが実務の趨勢であるから、このような証拠価値の検討も何ら問題ないと言われるかもしれない。しかし、同条同項は「決定……をするに

いて必要がある場合には、事実の取調をすることができる」というのであるから、「抗告棄却」あるいは「原決定取消」という決定の結論に影響を及ぼさないことがその外観から判断しうる事項について、すなわち、抗告審等で追加されたことは裁判所にとって明らかで、ゆえに直ちに不適法であることも明らかな再審理由について、その実質的検討を同条同項の「事実の取調」に含めるのは無理がある。

それでは、狭山決定や東住吉高裁決定が、再審理由の追加を不適法としながら、なおその証拠価値を実質的に検討したのは何故か。それは、たとえ抗告審等で追加されたものであったとしても、再審請求の理由や趣旨に応答することこそ、「請求人関与構造」に適合するばかりか、その追加された再審理由を検討してみれば再審開始を認めるだけの証拠価値があるかもしれないというのに、不適法という一事をもって一切その証拠価値を顧みないとなれば、それは誤判救済という再審の目的に悖る行為であり、再審に携わる裁判所の姿勢として相応しくないという考えを無視できないからではないか。

そうであるならば、再審理由の追加をはじめ、抗告審等の手続のあり方を追究するにあたり、事後審論よりも優越的に考慮されるべきは、再審の目的であり構造である。また再審の再請求のあり方も、この再審の目的・構造に照らし、改めて考察されるべきであろう。

そこで次項以降、再審の目的・構造に照らして、抗告審等での再審理由の追加の意義を改めて検討した上で、再審理由の追加は適法であることを論証する。

## IV 抗告審等における再審理由追加の適法性

### 1 再審請求手続の構造としての「請求人関与構造」

憲法三九条所定の二重の危険禁止の法理の下、不利益再審が廃止されたことによって、日本の再審は、もっぱら「有罪の言渡を受けた者」すなわち元被告人の利益のために、誤判を救済する制度に生まれ変わった。また再審は、四三九条所定の再審請求権者による請求によって手続が開始するのはもちろん、その再審請求の理由ならびに趣旨が手続のベースとなることは、前述II 2の通り、白鳥決定によって確認されている。これは、訴追官たる検察官による公訴の提起・維持がベースとなつて、被告人は強制的に応訴の負担を課されるという通常審の手続とは、全く異なる手続であることを意味する。<sup>(49)</sup>

したがって再審請求の手続は、検察官は訴追者として関与しないという意味で、なるほど「当事者主義」ではない。しかし、だからといって、もっぱら裁判所の裁量によって手続が開始され、進められてよいというものでもない。三井誠教授は、一九八〇年の段階で、「請求人関与構造」としての再審請求手続が「冤罪者の救済という機能を前面に出した現行法」に相応しい旨、示唆していた。<sup>(50)</sup> たしかに、「請求人関与構造」の具体的内容については、なお議論があるのが現状である。しかし少なくとも、裁判所は、再審請求の理由ならびに趣旨に拘束されて、再審開始の是非を判断しなければならぬことは、白鳥決定が指摘する通りであり、この点に異論はないであろう。

## 2 再審理由追加の適法性

裁判所は再審請求の理由ならびに趣旨に拘束されて再審開始の是非を判断しなければならないという規範は、白鳥決定によって、再審請求審はもちろんのこと、抗告審等においても通用するものとされた。この規範は、再審請求審の審理中に追加された再審理由についても当てはまる。実際、再審請求審での開示証拠が再審理由として追加され、裁判所もその追加が適法であることを前提に判断し、そして前述Ⅱ6(3)で確認した通り、その理由があるとして開始決定を言い渡す例も存在する。さらに、この規範を、抗告審等で追加された再審理由にも通用するものとして理解することは、十分可能である。

もしも抗告審等で追加された再審理由が不適法とされるならば、当該再審理由は、再審を再請求しなければ主張できないことになる。それは、救済をいたすに遅延させ、結果として訴訟経済的にも合理性がない。事後審論は、これらの不条理があっても、なお優位に立つて固執されるべきものではない。

なるほど、①請求審で主張された再審理由と抗告審等で追加された再審理由、いずれもその証拠価値が認められない場合や、②請求審で主張された再審理由に証拠価値が認められて再審開始決定が言い渡される場合には、追加された再審理由は不適法とされた方が、再審請求人にとって、当該再審理由を再請求で主張できる（四四七条二項の同一理由による再請求の禁止に該当しない）というメリットがあるようにみえる。これに対し、③抗告審等で追加された再審理由によってはじめて開始決定が言い渡される場合、抗告審等での追加が適法とされ、再請求に至ることなく、抗告審等の段階で開始決定が言い渡されるのが、元被告人の救済にとってベストである。

しかし、①②の場合も含め、裁判所がパターンリスティックに再請求の可能性を見越して不適法とする理由は、本来、ないというべきである。再審は、元被告人である本人の明示の意思に反して、請求することはできない（二重の危険禁

止の法理)。また請求を重ねれば重ねるほど、請求人の負担は増してゆく。ゆえに、再審理由の追加が不適法とされたから再請求がなされるとは限らない。むしろ、再請求を待たず、抗告審等の段階で再審理由の追加が申し立てられたということは、「当該再審理由の有無について当該審理で判断するように求める」という本人(請求人)の意思のあらわれであり、裁判所はその意思に沿うべきである。その上で、再請求の可能性を広げるための方策は、四四七条二項所定の「同一の理由」にかからない範囲を広げること<sup>(5)</sup>で追求されるべきであろう。

ゆえに抗告審等での再審理由の追加は、誤判の救済という再審の目的、また「請求人関与構造」という再審の構造に照らして、適法である。

## V 結語

### 1 再審理由追加の一般的適法性

以上の考察を踏まえ、抗告審等における再審理由の追加は一般的に適法であることの根拠について、改めて纏めておく。

第一に、抗告審等における再審理由の追加は、「当該再審理由の有無について当該審理で判断するよう求める」という請求人の意思のあらわれである以上、裁判所は、再審の再請求の可能性をパターンリスティックに先取りして不適法とすることなく、むしろ適法であるとして、当該再審請求の理由や趣旨に即して応答しなければならぬということである(「請求人関与構造」)。

第二に、再審理由の追加は適法であるとして許容することは、不適法であるとして許容しない場合と比較して、再審

開始決定の言い渡しや確定、ひいては再審公判の開始を促しうる点で、より速やかで、実効的な救済に繋がらうのはもちろん、再審の二段階構造ならびに「再審公判中心主義」に適用ということである（再審の目的・構造）。

そして第三に、抗告審等の事後審性は右の第一、第二の要請よりも優越するものではないということである（事後審論の限界）。

このようにして再審理由の追加は、その追加の経緯に拘わらず、一般的に許容されるというべきである。

## 2 証拠開示と再審理由の追加

その上で、仮に百歩譲ったとしても、再審理由の追加の経緯や再審理由の内容を考慮して、抗告審等での再審理由の追加を許容すべき場合があるというべきである。

第一に、開示証拠による再審理由の追加は適法とされなければならない。

すなわち、再審請求審では開示された証拠を再審理由として追加的に主張することについては適法とされているのに、抗告審で開示された証拠を再審理由として追加することに対しては一転して不適法とされるとすれば、抗告審の段階で再審理由を追加せざるを得なかったことについて、元被告人側に何ら責めはない（むしろ、検察側による証拠開示の遅れが原因である）ことを考え合わせれば、あまりに不均衡であり、手続的公正さに欠けよう。

なお袴田事件では、本稿の冒頭で紹介した通り、抗告審で開示された証拠だけでなく、再審請求審で開示された証拠についても、抗告審で再審理由として追加された。しかし後者の追加についても適法であるというべきであろう。なぜなら再審請求審で開示された証拠を再審理由として主張する場合には、必ず再審請求審で行わなければならないという規範は、事後審論に固執しない限り、存在しないし、また合理性があるとも考えられないからである。

## 3 追加再審理由の証拠価値

第二に、追加的に主張された再審理由があつてはじめて、再審開始決定が言い渡される程の証拠価値も認められうる場合、追加は許容されなければならない。

なぜなら、かかる追加を不適法とすることは、それ自体、再審請求棄却決定の言い渡しに直結するからである。これに対し、狭山決定にせよ、東住吉高裁決定にせよ、再審理由の追加を不適法としたものの、そのことが再審請求棄却決定あるいは再審開始決定という結論を左右するものではなかったということに注意すべきである。

もっとも、これは、再審理由追加の適法性を判断するにあたって、未だ適法性が認められた訳ではないのに、その証拠価値を検討するということの意味する。そのようにしておよそ証拠価値を検討せざるを得ないというならば、やはり、証拠価値如何とは無関係に再審理由の追加を一般的に許容した上で、その証拠価値を検討するというのが、本来の筋道である。

〔附記〕本稿は、二〇一七―二〇一九年度科学研究費補助金（基盤研究（B））「刑事再審手続法改革のための実証的比較法的研究」（課題番号17H02464）による研究成果の一部である。

- (1) 大阪地決平成二四年三月七日判時二三二四号四三頁。
- (2) 以上の経緯について、乗井弥生「東住吉事件 再審開始決定から一年、抗告審の審理状況報告」再審通信一〇五号（二〇一三年）一四頁以下参照。
- (3) 大阪高決平成二七年一〇月二三日判例集未登載 [LEX/DB25543255]。
- (4) 大阪地判平成二八年八月一〇日判時二三二四号一頁。

- (5) 静岡地決平成二六年三月二七日判時二二三五号一三頁。
- (6) 以上の経緯について、弁護人による二〇一六年二月二日付「再審請求理由追加申立書」参照。
- (7) 筆者は、袴田事件弁護団から、即時抗告審で申し立てた再審請求理由の追加について、その適法性に関する見解を書面で求められたため、意見書（二〇一七年九月一七日付）「抗告審における再審請求理由の追加についての法律的意见」を作成し、同意見書は二〇一七年九月二〇日、東京高等裁判所第八刑事部に提出・受理された。本稿は、同意見書の内容に加筆を施し、論文として再構成したものである。
- (8) 豊崎七絵「再審開始決定に対する検察官の不服申立てについての法理論的検討」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇一六年）四〇一—四〇四頁は、即時抗告審に係る事後審論の限界を論じるにあたり、再審請求理由の追加についても若干の試論を提起した。
- (9) 最決平成一七年三月一六日判時一八八七号一五頁。
- (10) 最決昭和五〇年五月二〇日刑集二九卷五号一七七頁。
- (11) 札幌高決平成二八年一月二六日判タ一四三六号一三三頁。
- (12) 最決昭和五〇年五月二〇日刑集二九卷五号一七七頁。
- (13) 札幌高決昭和四四年六月一三日刑集二九卷五号二八八、三〇五—三〇六頁。
- (14) 札幌高決昭和四四年七月一六日刑集二九卷五号三二六、三三〇—三三二頁。
- (15) 弁護人は、その特別抗告の趣意において、「武藤決定（原決定のこと——引用者注）は『捜査機関関係者の作爲が介在したのではないか』という問題を『有罪の信用が維持できるか』という問題に置きかえる。そして弾丸の事件全体に占める位置および他の証拠の価値について恣意的な判断をし、有罪判決の認定は空中楼阁ではないということによって、『捜査機関関係者の作爲』については、ついに何の判断も示していない。結論において有罪の心証が得られれば、捜査ないし公判の過程で警察官や検察官にかなる不正があろうとも免責されるというのであろうか」と主張した（刑集二九卷五号二三六—二三七頁）。
- (16) 弁護人は、その特別抗告の趣意において、「検察官、あるいは警察官の上記のような不正行為を看過し、免責した武藤決定は、単に証拠の判断を誤ったにとどまらず、憲法第三一条、第三七条に違反するものである」と主張した（刑集二九卷五号二二九頁）。
- (17) 刑集二九卷五号二四一頁参照。
- (18) 松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法「第四版増補版」』（弘文堂、二〇一六年）一一四—一三頁。
- (19) 白井滋夫「再審」團藤重光責任編集『法律実務講座 刑事編 第十二巻』（有斐閣、一九五七年）二七五—二七七頁。伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法 第七巻「新版」』（立花書房、二〇〇〇年）一六二—一六四、一七〇—一七一頁「白井滋夫執筆、河村博補正」

も参照。

(20) 「請求人関与構造」については、本稿のIV 1参照。

(21) 松尾・前掲注(18)一一四九頁や三井誠ほか編『新基本法コメンタール刑事訴訟法「第二版追補版」』(日本評論社、二〇一七年)六一七頁「駒田秀和執筆」も、再審理由の追加に関する判例としては狭山決定を挙げているだけで、白鳥決定については触れていない。

本稿と同様、白鳥決定について「裁判所は再審請求人の主張する事実を拘束される」ことを示した判例として挙げられているものに、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第一〇巻「第二版」』(青林書院、二〇一三年)一四七頁「高田昭正執筆」、松尾・前掲注(18)一一四三頁、三井ほか・前掲注(21)六一四頁。

(22) 最大決昭和三七年二月一日刑集一六巻二号八五頁。

(23) 札幌地決平成二八年三月三日判時二三一九号一三六頁。

(24) 札幌地判平成二九年三月七日裁判所ウェブサイト。

(25) 高平奇恵「手続違背と再審理由」季刊刑事弁護九一号(二〇一七年)五九頁以下、白取祐司「高平論文へのコメント1」同六六頁以下、岸田洋輔「高平論文へのコメント2」同六八頁以下参照。

(26) 田宮裕「一事不再理の原則」(有斐閣、一九七八年)三二八頁。

(27) 典型的には、証拠物の採取過程の違法が判明した場合である。

(28) 最高裁判所判例解説刑事篇昭和五〇年度九六頁「田崎文夫執筆」。札幌おとり高裁決定に係る判例タイムズの解説も、白鳥決定を同様に位置付ける(判タ一四三六号一三四―一三五頁)。

(29) なお白鳥決定は、四三五条一号等所定の再審理由がある場合、重ねて六号所定の再審理由も存在する場合があるかという問題について、そもそも本件事案につき四三五条一号等所定の再審理由がないことを示唆したため、直言していないが、さりとて否定しているわけではないから、重畳否定説を採用したものではない。

(30) 「研究会 刑事再審の今日的課題——最近の動向をめぐって」法律時報四九巻三号(一九七七年)二二、三〇―三二頁参照。

(31) 水戸地土浦支決平成一七年九月二一日判例集未登載 [LEX/DB2815332]。同事件は再審無罪が言い渡され(水戸地土浦支判平成二三年五月二四日判例集未登載 [LEX/DB25471410]) 確定した。

(32) 福島弘「再審制度の研究」(中央大学出版部、二〇一五年)五九、六四頁は、再審請求棄却決定後に新たに発見した新証拠については、それを根拠に改めて再審請求をなし得るし、その方が、争点・証拠関係の整理に資するという。また抗告審等での追加提出を認めると、実務上、争点・証拠関係が複雑化して不分明となり、審理が不当に長期化する一因になりかねないともいう。

しかし、この主張は、再審の再請求に係る負担を無視する点で支持できない。また再審理由の追加が認められる場合と認められない場合とを比較したとき、なるほど、当該抗告審等だけを視野に入れば、後者の場合の方が、従前の争点・証拠関係が維持される分、審理もより短くなるといえるかもしれない。しかし、これは、再審理由の追加が認められない場合の再審の再請求にかかるコストをカウントしない点で、そもそも比較の手法として不当である。すなわち再審理由の追加が認められないため、再審が新たに請求された場合、裁判体が変わり、裁判所による調査や事実の取調べも一から行われることとなる以上、抗告審等で再審理由の追加が認められた場合と比べ、トータルとしての再審請求——つまり複数回なされる再審請求——に係る人的・物的なコストは明らかに大きいし、その審理期間も長期化する可能性も高い。

この主張にいう「新たな再審請求をなし得る」という言辭は、その請求に係る諸々の負担・コストが無視されている点で、巧言にすぎない。

(33) 東京高決平成二四年六月七日高刑集六五巻二四四頁。同事件は、再審開始決定確定後、再審控訴審で検察官の控訴を棄却する判決が言い渡され（東京高判平成二四年一月七日判タ一四〇〇号三七二頁）、一審無罪判決の正当性が認められた（確定）。

(34) 門野博「証拠開示に関する最近の最高裁判例と今後の課題——デュープロセスの観点から」『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社、二〇一〇年）一六〇、一六二頁。

(35) 福島・前掲注(32)五九頁は、抗告等の「申立期間が厳しく制限されており、原裁判から長期間経過後に不服申立されることは、想定されていないと考えられるから、再審請求審の決定後の事情を考慮すべき必要性は乏しい」という。しかしこの主張は、証拠開示をはじめ、抗告審等の係属中に生じうる事情を看過しており、賛同できない。

(36) 白井・前掲注(19)二七五七頁、松尾・前掲注(18)一一四三頁参照。

(37) 白井・前掲注(19)二七五七頁は、「当事者が再審請求の理由を追加することを許すことが妥当な措置ではある」とする理由として、①追加を許さず直ちに棄却しなければならぬとするのは「著しく正義に反すること、ならびに、②当事者は再度の再審請求をなし得るわけであるから「訴訟経済上も好ましくない事態を生ずる」ことの二点を挙げる。なるほど此処で白井が具体的に想定しているのは、再審請求審で当事者が再審請求の理由として主張していないが、再審理由にあたる事由が判明した際の裁判所の対応という場面ではあるけれど、①②は抗告審等での再審理由の追加を許容すべき理由としても当てはまり、問題の共通性がある。

(38) 事後審論それ自体の限界については、本稿のIIIで改めて論じる。

(39) 東住吉事件再審無罪判決は、警察官が取調べ状況について「虚偽の供述」をしていた旨繰り返し言及した上で、自白の任意性は認められず、「被告人の自白すべてに証拠能力を認めることはできない」とした。

- (40) 豊崎・前掲注(8)三九三頁以下。
- (41) 以下の事後審論に関する検討は、異議審、特別抗告審にも基本的に当てはまる。
- (42) 松尾・前掲注(18)一一一頁。伊藤ほか・前掲注(19)四一五頁「河上和雄執筆」、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第九卷「第二版」』(青林書院、二〇一一年)六五九—六六三頁「古田佑紀」河村博執筆」も参照。
- (43) 香城敏磨「刑事抗告審の構造」司法研修所論集六四号(一九八〇年)四七頁以下、寺崎嘉博「抗告審の構造に関する覚書」山形大学紀要(社会科学)一四卷二号(一九八四年)八三頁以下等。
- (44) 鈴木茂嗣「刑事訴訟法」改訂版』(青林書院、一九九〇年)三〇四頁。
- (45) 小田中聰樹「大出良知」川崎英明編著『刑事弁護コンメンタール1 刑事訴訟法』(現代人文社、一九九八年)三八四頁「後藤昭執筆」。
- (46) 後藤昭「裁量保釈の判断に対する抗告審の審査方法」『平成二七年度重要判例解説』(有斐閣、二〇一六年)一七三頁。なお最高裁判所判例解説刑事篇平成二六年度三一—三頁以下「伊藤雅人」細谷泰暢執筆」は、抗告審の事後審的な性質に加え、審査の対象が裁量保釈の判断であることに注目する。
- (47) もちろん再審理由の追加が不適法とされても、再審請求で主張した再審理由が認められて再審開始決定が言い渡されることもありうるが、逆にそれが認められなければ、再審請求棄却決定という道しか残されていない。
- (48) 東住吉事件の再審開始決定は、検察官が特別抗告を申し立てなかったため、確定した。しかし実務上、一般的には検察官上訴で覆る危険がある以上、再度の請求の可能性は残る。
- (49) 刑事訴訟法は、検察官について、公益の代表者として再審を請求することができる旨定めているだけである(四三九条一項一号、同条二項)。
- (50) 三井誠「再審手続の構造」鴨良弼編『刑事再審の研究』(成文堂、一九八〇年)一六六頁以下。
- (51) 「同一の理由」とは、再審請求人の主張する具体的事実関係及び証拠関係がともに同一であることを意味する。ゆえに、事実関係もしくは証拠関係のいずれかに変化があれば、四四七条二項の禁止に該当しない。河上ほか・前掲注(21)一五七頁参照。