

横浜事件再審判決の問題点(1)

— 再審公判のあり方との関係を中心に

新屋達之

I	はじめに……………	44
II	再審判決の判断……………	45
III	再審請求の構造……………	47
IV	再審開始決定の効果……………	52

I はじめに

再審をめぐることは、これまで、請求審における証拠の明白性判断、すなわち刑訴法所定の「無罪を言渡すべき明らかな証拠」の解釈、さらに、それに対する一応の判断基準である白鳥・財田川・名張事件に関する最高裁判例¹⁾の解釈に関して激しい議論が展開されてきたことは周知のとおりである。これはいうまでもなく、証拠の明白性(及び新規性)に関する判断が再審開始の可否をわける決定的な要因であったからに他ならない。

他方、再審公判に関しては、徳島事件・松尾事件において死後再審のあり方が、その他の事件でも審理のあり方や請求人の身体拘束の問題が論じられることはあったが、少なからず未説明の問題を残したままであった。

このような状況の中、いわゆる横浜事件第三次請求においては、再審公判における免訴判決の適否、もう少し一般化すれば再審公判における訴訟条件の欠如を根拠とする形式判決の適否が争点とされるという事態が生じた。

横浜事件は事件の実体そのものがあいまいな上、当時の特高警察の拷問による供述で関係者が芽づる式に検挙・起訴されている関係上、公訴事実も公判手続も関係者で一律ではないが、おおむね、ポツダム宣言受諾後の1945年8月下旬から9月上旬に一审有罪判決が宣告・確定し、その後、治安維持法の廃止(10月15日)とそれを根拠とする大赦(同17日)がなされている。この結果、有罪判決の言い渡しが消滅した(旧恩赦令3条1号)として免訴事由が存在するに至り、再審公判で実体判断に入ることができるのか否かが争われた。

この点に関する再審判決の判断の問題点については後に検討するが、問題の背景には、再審や訴訟条件のあり方に関する複雑な理論的問題が伏在している。再審判決が述べるほど、再審公判は「審級に従う」から訴訟条件判断が実体判断に先行するとは単純に言えない。むしろ、再審や訴訟条件の理論的な検討を踏まえると、再審判決の判断は正当とはいえないようにさえ思われるのである。

そこで本稿では、再審公判審理のあり方を中心に、検討を加えることとしたい。なお、この問題に関しては、筆者を含め、すでに一定の検討が加えられている²⁾。だが、別稿には紙数の関係上なお敷衍すべき点が存する一方、別稿発表後の研究会で指摘を受けた点もあるため、本稿で改めて問題を整理して取り上げることにする。

II 再審判決の判断

1 まず、横浜地裁は、次のように述べて免訴を言い渡した⁽³⁾。

「公判裁判所が公訴について実体的審理をして有罪無罪の裁判をすることができるのは、当該事件に対する具体的公訴権が発生し、かつ、これが存続することを条件とするのであり、免訴事由の存在により公訴権が消滅した場合には、裁判所は実体上の審理をすすめることも、有罪無罪の裁判をすることも許されないものであり、この理は、再審開始決定に基づいて審理が開始される場合においても異なるものではないと解される。…旧刑事訴訟法511条は、『裁判所ハ再審開始ノ決定確定シタル事件ニ付テハ第五百条、第五百七条及第五百八条ノ場合ヲ除クノ外其ノ審級ニ従ヒ更ニ審判ヲ為スヘシ』と規定しているのであって(現行刑事訴訟法451条1項にも同旨の規定がある。)、再審開始決定後の再審の審判は、法自ら除外している事由があるときを除いて、通常の公判審理と同様の手続に従い、それぞれの審級における一般原則に従って公訴事実に対する審判を行うことを当然のこととして予定しているものと解される(この点は現行刑事訴訟法の解釈としても同じである。)。そして、旧刑事訴訟法は、再審公判について、通常の公判手続の規定を除外し、免訴事由が存するにもかかわらず、無罪の実体判決をすることを予定した規定を置いていないことは明らかである。旧刑事訴訟法365条1項2号は、被告人が死亡したときは決定で公訴棄却をすることを規定しているが、再審公判の場合に関して、同法512条1項及び2項で死亡者についても『判決ヲ為スヘシ』と規定し、同法365条1項2号の適用がないことを明らかにしているものの、免訴を言い渡す場合を定めた旧刑事訴訟法363条2号(刑の廃止)及び3号(大赦)の適用を排除する規定は特に置いていないのである(現行刑事訴訟法451条2項は、より明示的に、公判手続の停止に関する規定(同法314条1項本文)及び被告人の死亡を理由とする公訴棄却に関する規定(同法339条1項4号)を挙げてその適用を排除しながら、他方、免訴を言い渡す場合を定めた同法337条2号及び3号の適用は排除していない。)。そうすると、結局再審開始決定後の再審の審判においても旧刑事訴訟法363条の適用があることは明らかといわなければならない。」

控訴審である東京高裁は次のように述べ、ほぼ同様の理由により控訴の利益を否定して控訴棄却判決を言い渡した⁽⁴⁾。

「本件は、このように再審の公判が開始された各治安維持法違反被告事件について

被告人らを免訴する原判決に対する被告人の側からの控訴事件であるが、およそ免訴の判決は、被告人に対する公訴権が後の事情で消滅したとして被告人を刑事裁判手続から解放するものであり、これによって被告人はもはや処罰されることがなくなるのであるから、免訴の判決に対し、被告人の側から、免訴の判決自体の誤りを主張し、あるいは無罪の判決を求めて上訴の申立てをするのはその利益を欠き、不適法である(最高裁判所昭和23年5月26日大法廷判決刑集2巻6号529頁、同昭和29年11月10日大法廷判決刑集8巻11号1816頁、同昭和30年12月14日大法廷判決刑集9巻13号2775頁参照)。被告人が死亡している場合でも、再審の公判では後記のとおり旧刑法365条1項2号の適用がないから、前記の理は変わるものではない。」

2 これら再審判決の判断に対しては、当事者の主張に依っていない形式的判断であり、司法の戦争責任を自らで清算する機会を司法自身が閉じてしまったなど、様々な批判が投げかけられたが⁵⁾、この判断には、司法における戦争責任の封印といった歴史的問題、有罪判決を受けた者に対する名誉回復といった事実上の利益を侵害するという問題のみならず、理論的にも様々な問題が存在する。

再審判決は、再審公判が審級に従って審判されるという刑法(旧511条。現451条1項も同じ)の文言を唯一の根拠として、再審公判が通常審の公判とほぼ同等の手続であるという論理を取り、それ故に訴訟条件たる免訴規定についても、明文上適用が排除されていると考えられるもの(被告人死亡)を除き、再審公判で当然適用されるという。

しかし、すでに別稿でも指摘したことだが、再審判決は、再審公判と通常審公判の間にある最も大きな落差を見落としている。すなわち、事件がなお浮動状態にある通常審と誤判であれ曲りなりに判決が確定して一事不再理効が生じた後の手続である再審公判が「進級に従う」という法の文理のみを根拠に同一視されている。だが、確定判決とそれによる一事不再理効の発生、それが再審開始決定で動揺させられた事実を顧慮することなく、再審公判と通常審公判の等質性を導くのは、疑問が残る。

具体的には、次のような問題がある。

通常審の場合、免訴事由を含め、訴訟条件が公訴権行使の条件であることはいうまでもない。そして、公訴権と訴訟条件は、ほぼうらはらの関係に立つ。再審公判でもこれと同じことは言えるのであろうか。再審判決には、判断こそ示されていないが、このような前提がある。だからこそ、再審公判でも訴訟条件事由⁶⁾を援用しうるのである。

ところが、確定審段階の場合と再審の場合とでは、いうまでもなく、実体判決の確

定による一事不再理効の発生の有無という決定的な相違がある。確定判決が存在する以上、公訴権はすでに行使され消滅しているはずで、だからこそ一事不再理効が発生し再訴が禁止される。確定判決の存在が訴訟条件事由とされているのも(刑訴337条1号, 旧363条1号), この点に根拠がある。従って, 再審段階で公訴権が存在するとすれば, 再審開始決定はその復活儀式だということになるはずである。再審における訴訟条件の機能は検討されてこなかったが, 再審公判において訴訟条件の適用が問題となりうるということは, 公訴権と訴訟条件の関係からみて, 実は, 再審における公訴権の問題を論じることだといってよい。

そうすると, 再審判決の論理が成り立つには, 次のことが前提となる。i 再審開始決定により通常審と同様の公訴権が復活し, ii 再審公判では通常審的な公訴権の存否をめぐる審理がおこなわれる。従って, iii 再審公判でも, 公訴権と表裏の関係にある訴訟条件を問題にしえ, 訴訟条件が欠ける場合には免訴判決が可能となるという前提である。それに加え, iv 訴訟条件は実体審理・実体判決の条件であるから, その有無の判断は実体判断に先行するという論理(訴訟条件の先決性)は再審にも適用される, という前提である。

このように, 一事不再理効と再審開始決定の関係, 再審公判手続のあり方, そこにおける公訴権と訴訟条件のありようといった, 刑訴法学のかなり重要な理論的問題との整合性を検討することなしには, 再審判決に理論的正当性があるとはいえないように思われる。そのような点を顧慮することが回避されたからこそ, 形式的判断の枠組みを出ない判決であると批判されたのである。

III 再審請求の構造

1 再審をめぐることは, 最初に触れたように証拠の明白性の判断方法に関して深刻な議論が展開されてきた。また, 再審の目的についても, 法的安定性と実体的真実の調和を図るための手続か, あるいは端的に無辜の救済のための手続かが問題とされてきた。

もっとも, このような対立はあるものの, 最も重要な再審事由であるノバ型再審に関する限り, 確定した事実問題を争うための手続が再審であるということについては, ほぼ共通の認識が存在していた。これに対し, 実体法解釈の誤り, 訴訟手続上の誤りの是正は, 裁判実務上は非常上告に委ねられるものとされ, 学説上も, 非常上告の機能が狭すぎるとの批判はあるものの, 法令の解釈・適用の誤りの是正は, 基本的に非常上告に委ねてきたといってよい。

もちろん, デュー・プロセス違反の存在を再審事由として構成する動きは根強く,

かつ有力に主張されてきた⁷⁾。だが、それを考慮しても、再審と非常上告には、事実問題か法律問題かという基本的な棲み分けがあることは否定できない。

2 ところで、再審は確定判決の事実認定の誤りを正す手続であるが、その確定判決はいかに形成されてくるのであろうか。

いうまでもなく、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。これを訴訟構造論に投影してみると⁸⁾、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を構成するに至る。そして、確定判決のこのような形成過程と、再審が確定判決の事実認定の是正手続であるという点を考えれば、再審は、実体面とそのうち事実認定の部分の問題にする手続ということになる。

そして、通常審で訴訟条件事由に関する判断が実体判断に常に先行するかはここでは措くとして、確定判決で実体判断がなされている以上、当該確定判決は、少なくとも、手続的には適法・有効に成立していることが前提となる。仮に確定判決に至るまでに訴訟手続の法令違反が判明すれば、形式裁判で処理され、あるいは手続違反の効果が例えば証拠排除などの形で現われて無罪判決で終局するはずである。事実、通常審でそのような処理が行なわれていることはいうまでもない。

それ故、少なくとも通常審に関する限り、不適法な訴訟行為が後に治癒され、あるいは後の手続に影響しないとして不問にされることが時にあるとしても、基本的には適法な訴訟行為の積み重ねの上に実体形成が完成し、確定判決として現われるのである。

この点で、再審は、訴訟手続(すなわち手続面・訴訟追行面)そのものは適法で瑕疵がないことを前提としつつ、しかしその結果として形成された実体面の誤りを是正するものである。もちろん、手続上の瑕疵が実体に影響することはありうる。自白に任意性がないことを明らかにする新証拠が発見された結果、当該自白が証拠排除され、それにより有罪証拠が存在しなくなったとして無罪判決が言い渡されるような場合がある。従って、手続面・訴訟追行面が再審で全く顧慮されないわけではない。だが、それもあくまで実体面との関係の中で問題とされているのである。

3 このような過程をたどって確定判決が形成されている以上、また、再審が刑事訴訟の実体面のうち事実認定に関する誤りを是正する制度である以上、再審開始に至るプロセスは、基本的に次のようなものと考えられる。

すなわち、再審請求審において提出されるべき新規・明白な証拠は、手続面・訴訟

追行面の瑕疵を媒介とせず実体面、すなわち確定判決の事実認定を導いた証拠評価自体に影響を及ぼすもの(真犯人の出現、あるいは原鑑定の誤りを推認させる新証拠の発見など)であれ、手続的事由を媒介にしつつそれが確定判決の事実認定の正当性に疑義を生じさせるもの(自白の任意性に疑いを容れる新証拠の発見など)であれ、確定判決ですでに形成された実体面とそれを支える証拠評価に動揺をきたす性格のものである。

そして最高裁判所白鳥決定がいうように、当該新証拠は、「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」される。当該確定判決の事実認定の当否が旧証拠のみでも維持可能か(財田川決定)、確定判決の根拠となった証拠の証明力が減殺されてもおお確定判決が維持可能か(名張決定)を含め、確定判決の事実認定ないし有罪認定の当否、すなわち実体面の正当性の維持可能性なのである。

この点で、再審請求審の審理において問題となるのは、実体判断の繰り返しでもなければ、再審公判におけるいわゆる無罪予測の可能性でもない。白鳥決定及びその後の再審に関する最高裁判例の理解ないし総合評価の判断方法には深刻な対立があるものの、形成された実体面が新証拠の出現で維持可能かどうか、あるいは、いかなる証拠評価の歪みにより誤った実体面が形成されたのかの検討であることには異論がもたれていない。

確定判決の形成した実体面を静的にみるにせよ、その形成過程を動的に捉えるにせよ、再審請求審では、実体面とそれに関連する限りにおいての手続的側面だけが問題とされているのである。換言すれば、実体面ないしそれと直接関連しない手続面・訴訟追行面は、再審の審理過程で検討の対象外とされているのである。

4 そうすると、まず再審請求の段階で、大赦や刑の廃止による免訴事由の存在を根拠に請求棄却決定を言渡すというのは、実は背理のように思われる。このような場合にも再審請求が許されるかについては積極・消極の両説があり、裁判例も定まっていない。さらに積極説といっても、再審公判での無罪判決を許容する見解(無罪可能説)と、免訴にとどまるとする見解(免訴説。これが多数説とされる)とにわかれるため、再審請求を許容する根拠は一様でない。

消極説は、再審の対象となる有罪判決が大赦などで消滅し、従って被告人は青天白日の身とされていること、仮に再審公判を開いても結局は免訴判決を言い渡さざるを得ないことを根拠とする⁹⁾。しかし、この見解は、大赦によっても確定判決の存在自体は否定されない(大赦は、将来効にとどまる)事実や、これまで検討してきた再審請求

審のあり方を検討した上でのものではない。また、再審公判でも免訴しかありえないかについても問題があるが、理論的問題をも背景としつつ、総じて訴訟経済的な観点が強いように思われる。

だが、訴訟経済の点はともかくとしても、再審請求審で見当の対象とされるのが基本的に実体面のみであるならば、むしろ消極説は理論的に正当でないと考えられるのである。

他方、積極説も、名誉回復や刑事補償の利益といった実際上の利益が根拠とされることが多く、理論的な観点からの立論とはいいいにくい⁽¹⁰⁾。しかしこれまでみてきたように、再審公判で無罪を言渡せるか否かを別とすれば、少なくとも、再審請求では手続面や訴訟進行面の問題に踏み込む余地がないことを考えると、理論的な不合理は存在しない。

5 他方、再審請求段階で訴訟条件の欠如を根拠に請求を棄却することは、訴訟条件論、そしてそれと表裏の関係にある公訴権論との関係でも問題がある。

訴訟条件はいうまでもなく、公訴の提起・訴訟進行・実体判決を適法に行なうための条件であるが、刑事訴訟では検察官が公訴の提起を独占し、立証に関する責任も検察官が負う点で、検察官の公訴権の行使を適法・有効ならしめるための条件でもある。このように、訴訟条件は公訴権と密接な、ないしは表裏の関係にある事実は、学説・実務の等しく認めるところであった。

検察官の一般的・抽象的権能である公訴権は、犯罪の発生によって当該事件に関するそれとして具体化せられ、当該事件に関する刑事訴訟における検察官の諸機能を根拠づける。それ故、実体が形成されてそれが確定すると、もはや消滅することになる。それが一事不再理効である。

ところで、一事不再理効の根拠については、かつては実体的確定力の外部的効果⁽¹¹⁾であるとか、あるいは裁判の存在的効力⁽¹²⁾であると解されてきたが、現在ではほぼ一致して、二重の危険を根拠に説明される。そして、一事不再理を二重の危険から根拠づける見解は、確定判決段階で公訴権が利用しつくされて消滅したという公訴権消耗論とも強い関係を持つ事実が明らかにされている⁽¹³⁾。

再審公判の場合、公訴権がいかなる状態にあるのかについては別に検討するが、確定判決に一事不再理効が存在し、それが公訴権消耗論を背景にもつ二重の危険の観点から理解される以上、少なくとも再審請求段階では、当該事件に関する検察官の権能としての公訴権はすでに確定判決段階で利用しつくされ、存在していないことになる。

6 そうすると、少なくとも再審請求の段階では、公訴権が存在しない、従って訴訟条件を論じる余地がないという意味で、訴訟条件事由を争点化することは、理論上は考えにくい。しかもこのことは、再審請求審では確定判決の事実認定の当否が審理の

対象だという最近の再審理論とも整合する。

すなわち、再審請求段階で通常審と同様の公訴権が存在するというのであれば、当事者間の攻撃防御もそれをめぐって行われるはずである。だとすれば再審請求審は新たな事実認定がなされる場となるはずである。しかしこのような考えを、学説も裁判実務も否定し、確定判決の事実認定の当否が判断の対象だというのである。

確定判決の事実認定の当否が再審請求の課題であれば、検察官の公訴権が確定判決段階で行使され消滅していることになり、一事不再理効もこのことを前提としている。加えて、裁判所の司法的判断の結果である確定判決を俎上に載せている以上、検察官の権限である公訴権と、その法的表象である訴訟条件をこの段階で論じることは、背理といわざるをえない。

7 このように考えると、本件再審開始を支持した抗告審決定の判断の意味も、再審判決の指摘する如くに捉えてよいか問題となる。

抗告審決定の判示にはやや不明瞭なところがあり、旧刑訴485条6号(現435条6号)の規定する再審事由があるとしたものの、無罪事由・免訴事由いずれにあるとみるのかについては言及を避けている。また、「再審公判において、実体審理をせずに直ちに免訴の判決をすべきであるとしても、名誉回復や刑事補償等との関連では、再審を行う実益があることにかんがみると、積極説が相当と考えられる。」と述べた点を捉え、再審一審判決は、抗告審決定は免訴事由が存在する場合に再審請求が許されるとしても「再審開始決定後の再審の審判における旧刑事訴訟法363条2号の適用の可否についてまで判断したものと認められない」趣旨だとした。

確かに抗告審決定は、再審公判における免訴事由の適用の可否についてまで踏み込んだ判断をしているとはいえないし、その表現からすれば、再審公判を免訴で終結させることを否定した趣旨とまでは読めないかもしれない。また、免訴事由が存在する場合にも再審開始決定を行うことを許容した根拠も定かでない。

あるいは、抗告審決定の意図は、拷問による虚偽自白の存在(これは、事件の実体の存在ないし請求人のそれへの関与に疑問を投げかける事実である)を認定して再審開始を支持すれば、再審判決が免訴で終結しても刑事補償請求が容易になるであろうといった多分に政策的判断に基づくものであったのかもしれない¹⁴⁾。しかし、抗告審決定の真意がどうあれ、再審請求段階では公訴権と表裏の関係にある訴訟条件を問題にする余地がない以上、その意図はともかく、理論的には全く正当な判断であったと思われるのである。

IV 再審開始決定の効果

1 このように、再審請求段階で訴訟条件を問題にすることはきわめて不自然・不合理であるように思われる。では、再審公判の段階では、訴訟条件の適用如何はどう考えられるべきか。この問題を検討するには、まず、再審開始決定の効果論を論じる必要がある。

けだし、再審公判で訴訟条件が争点化されうるためには、再審公判における公訴権の存否・存在するとしてその性格が検討されねばならない。これが可能であるためには、再審開始決定により、確定判決の効力としての一事不再理効が消滅し、その結果、いったん消耗・消滅した公訴権が通常審とほぼ同様の形で復活・再生されていることが必要なはずである⁽¹⁵⁾。

2 再審開始決定は、新旧証拠の総合評価により確定判決の事実認定(名張決定によれば有罪認定)に合理的疑いが生じた場合になされる。これは、刑事訴訟の構造からみて、確定判決により完成された実体面が維持し得ないだけの動揺を来したことを意味する。だが、確定判決で完成された実体面の正当性が動揺するといっても、それは静的なものではない。確定判決も訴訟行為→訴訟係属→訴訟関係の連鎖と、その連鎖の中での実体形成の積み重ねの上に完成されたものであるから、確定判決のこの過程の全てを一旦は消滅させる必要がある。これが再審請求手続であり、一旦消滅せられたこの過程を改めて再構成しようというのが再審公判に他ならない。再審が二段階構造をとるのも、再審の場合、確定判決のスクラップと新たな判決のビルドという、関連しつつも性格の異なる過程が必要とされるからであろう。

このためには、当然のことながら、確定判決によって生じた裁判の諸効力を除去・動揺させることが必要である。すなわち、再審開始決定は確定判決により生じた効力の少なくとも一部を一旦は消滅させ、後の再審判決で改めてこの効力を形成するものと考えねばなるまい。

この点、再審開始決定によっても確定判決の効力は基本的に維持され、それが消滅するのは再審判決時ないしその確定時だという見解(「平行説」)があり、これが通説・実務運用であるといわれることが多い⁽¹⁶⁾。この見解によれば、再審開始決定は確定判決の効力のうち拘束力のみを消滅させるものとする⁽¹⁷⁾。刑の執行停止が任意であること(刑訴448条2号)、併合罪の一部に対する再審開始決定の場合、残余の事実に関する刑の執行が不可能となることなどが、根拠とされる。

だが、再審開始決定確定後も確定判決の効力が残るのは背理であり、再審開始決定の確定により確定判決の効力が消滅するとの意見も、最近では有力である⁽¹⁸⁾。①沿革

的には刑訴448条2項は旧刑訴498条1項をそのまま引き継いだものだが、同条項は権威主義的確定力理論に立脚し、かつ不利益再審を認める旧再審制度に合致するものとして構想されてきたもので、現在の理念たる「無辜の不処罰」にそぐわないこと、理論的な根拠としては、②再審開始決定で形式的確定力が排除される以上、実体的確定力も消滅するはずであること、③仮に再審判決が再度の有罪判決であっても、それによって生じるのは再審判決の確定力であって原判決の確定力が復活するわけではないこと、④再審開始決定により確定判決には有罪の判断に対する合理的疑いが付着し、実質的には確定判決の判断のもつ意味は消滅しているに等しいこと、⑤再審請求審の審査審的性格などが挙げられる。刑訴448条2項は再審開始決定からその確定までの短期間の問題に関する規定と解すればよいこと、併合罪の場合も、再審の期間だけ執行期間が後にもちこされるという問題はあるが、刑の執行を一時停止すれば足りることからすれば、決定的な批判たりえないであろう。

そもそも、確定判決の効果は、当事者間の攻撃防御が完結し(二重の危険)、実体形成が完成し(実体的確定力)、不服申立ての手段が尽きる(形式的確定力)という三点セットがあって形成される。従って、そのいずれかが欠ければ確定判決の効果は消失すると考えるのはむしろ当然であり、理論的にもクリアである。

3 この点と関わってもうひとつ重要なことは、先にも触れたように、再審が一事不再理効(二重の危険)の例外を形成する手続であることと、二重の危険は公訴権消耗論を背景に持つ事実である。

確定力の伝統的理解によれば、一事不再理効は、実体的確定力の外部的効果だとされてきた⁽¹⁹⁾。この見解によれば、再審開始決定で有罪判決の事実認定が動揺すれば、その外部的効果たる一事不再理効も動揺を来すはずである。従って、再審開始決定により実体的確定力が消滅すると考える場合、実体的確定力の効果たる一事不再理効もそれと運命を共にするはずである。こうして一事不再理効自体が消えるとすれば、再審公判も、ある意味では、再度の通常審の繰り返さないしは通常審の延長として理解すれば足り、再審の特殊性を考慮して適宜の微調整をかければ足りることになる⁽²⁰⁾。そうだとすると、本稿の問題たる公訴権の関係でいえば、再審公判であっても通常審的な公訴権の存在を肯定してよいことになる。

これに対し、一事不再理を二重の危険から根拠づける現在の通説的見解の場合、実体的確定力の動揺・破棄の事実、一事不再理効を否定する根拠とはならない。二重の危険は、仮に控訴・上告審を含む継続的危険だとしても判決の確定によって自動的に生じる。一度有罪の危険にさらされたという事実があれば、その事実を消すことは

できないから、実体的確定力の消長とは無関係に存在する。そうすると、再審公判も単純に通常審の公判の延長線として理解することはできず、二重の危険の理念にのっとり、なかんずく有罪立証に関する様々な制約原理が求められることになる。そして、二重の危険が公訴権消耗論とも関連を有する事実からすると、通常審で攻撃防御が行なわれたとの事実が消せない(それ故、二重の危険を完全に解除し得ない)以上、少なくとも通常審的な公訴権が再審公判で機能するとは考えられない。再審公判においては、公訴権を観念しえないか、観念しえても、せいぜい形式的・形骸的なものに過ぎないことになるであろう⁽²¹⁾。

(この項続く)

【註】(1) 最決1975年5月20日刑集29巻5号177頁(白鳥事件)、最決1981年10月12日刑集30巻9号1673頁(財田川事件)、最決1997年1月28日刑集51巻1号1頁(名張事件)。

(2) 小田中聰樹ほか「横浜事件第一審免訴判決をどうみるか」法律時報78巻12号、拙稿「再審公判と訴訟条件」法律時報79巻8号。

(3) 横浜地判2006年2月9日公刊物未登載。

(4) 東京高判2007年1月19日判タ1239号349頁。以下、特に区別すべき場合を除き、一審及び控訴審判決を一括して再審判決と呼ぶ。本件は、2007年11月現在、最高裁第二小法廷に係属中である。これとは別に、請求人を異にする、いわゆる第四次請求が横浜地裁に対してなされた。佐藤博史「再審請求における証拠構造分析の意義」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』下(成文堂、2007年)参照。なお、横浜事件の概要と主要文献については、佐藤論文646頁以下にゆずる。

(5) 小田中ほか・前掲注(2)、荻野富士夫『横浜事件と治安維持法』(樹花舎、2006年)158頁。佐藤・前掲注(4)も参照。

(6) 以下では、「訴訟条件事由」といっても、原則として免訴事由の意に用いることとする。

(7) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造』下(成文堂、1997年)684頁以下、田宮裕『一事不再理の原則』(有斐閣、1978年)317頁以下、庭山英雄『刑事訴訟法』(日本評論社、1977年)281頁以下、同「訴訟手続の法令違反と再審」法と民主主義82号など。なお、光藤景皎「再審の基本構造」鴨良彌編『刑事再審の研究』(成文堂、1981年)51頁。

再審によるデュー・プロセス違反の救済といっても、純手続的事由を根拠とする超法規的再審を認める余地もあろうが(田宮、庭山)、そこまで飛べないとしても、デュー・プロセス違反を証拠排除と連動させることによることによる有罪判決の維持不可能性に求め(田宮、庭山)、あるいは、免訴事由を国家の処罰不適格事由(刑罰権の消滅事由)の例示列举と解することにより手続違反による国家の処罰適格の喪失の事実を「免訴を言渡すべき場合」として位置づける(鈴木)など、実体との結びつきが多分に意識されているように思われる。その限りでは、再審が実体面の誤りの是正手続だという前提

は、基本的には維持されているように考えられる。

(8) 深く立ち入らないが、訴訟構造論をめぐっては、二面説(団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(創文社、1966年7訂版)140頁)、三面説(平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)29頁)、「三つの三面説」(鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(成文堂、1979年)189頁)などが主張されてきたことは周知のとおりである。

本稿ではさしあたり三面説の見地から検討するが、二面説、三つの三面説に立っても、実体形成と手続の関係については、基本的に同じ論理が妥当しえよう。

(9) 高田卓爾編『基本法コンメンタール刑事訴訟法』(日本評論社、1979年新版)441頁、平野・前掲注(8)341頁、東京高決1952年4月24日高等裁判所刑事判決特報29号148頁。

(10) 三井誠ほか編『新刑事手続』(悠々社、2002年)519頁〔森本和明〕、高田卓爾ほか『注解刑事訴訟法』下(青林書院、1983年全訂新版)351頁〔高田〕、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)116頁〔高田昭正〕、伊藤栄樹ほか編『新版註釈刑事訴訟法』第7巻(立花書房、2000年)153頁〔白井滋夫・河村博補訂〕など。判例として、本件抗告審決定(東京高決2005年3月10日判タ1179号137頁)のほか、刑の廃止に関する東京高決1965年12月1日高刑集18巻7号836頁。

この点、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(青林書院、1990年改訂版)322頁は、これら実際上の利益のほか、再審請求審が「必ずしも将来の無罪判決を予測するものではなく原判決の審査である」という理論的根拠を挙げて積極説を裏付けようとしている。

(11) 団藤・前掲注(8)312頁。

(12) 平野・前掲注(8)282頁。

(13) 田宮・前掲注(7)参照。特に75頁以下。

(14) 抗告審決定も援用する形式裁判の場合の刑事補償請求権は、「もし免訴又は公訴棄却の裁判を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」ことが要件である(刑事補償法25条)。

形式裁判で終結した事件の無罪可能性をいかに審査すべきかは、刑事補償手続最大の難問である。決定手続で足りることは明らかだとして(刑事補償法16条)、その審査や「実体審理」の方法は明確でない。決定手続であっても公判手続に準じた口頭弁論に基づくことは禁じられないであろうが、その場合、実体からは中立な形式裁判の本質と矛盾するとされる(高田卓爾『刑事補償法』(有斐閣、1963年)42頁)。

だとすると、ある意味で一番手っ取り早いのは、訴訟条件が存在する場合にも再審請求自体の間口は開けておき、そこで事件の実体の存在に疑問を投げかけておくことである。こうしておけば、再審判決が形式裁判で終結しても、刑事補償請求裁判所(これは同時に、再審公判裁判所である)は、無罪事由の存在を認定した再審開始決定の存在を根拠に、保障決定をすればよいことになる。

なお、このように述べても、抗告審決定と再審公判裁判所の間でかかる事件処理を行なう「共同意思」の形成があったという趣旨でないことは、いうまでもない。

(15) 正確には、本件再審判決も言うように、明文上適用のない訴訟条件(被告人の死亡)、明文はないが性質上適用がない訴訟条件(公訴時効の完成など)が存在するので、通常審と再審の訴訟条件は、完全に同一であるわけではない。その意味で、「通常審と同様」といっても、それはかかる差異を捨象し、「基本的に同様」であることを意味するにとどまる。

(16) 松尾浩也編『刑事訴訟法II』(有斐閣, 1992年) 587頁〔小西秀宣〕, 岸盛一『刑事訴訟法要義』(廣文堂書店, 1971年新訂5版) 408頁, 田宮裕『刑事訴訟法』(有斐閣, 1996年新版) 510頁, 松尾浩也『刑事訴訟法』下(弘文堂, 1992年新版) 275・279頁など。確定判決の効力と再審が同時平行で存在することから、鈴木茂嗣「再審請求審理手続」光藤編『事実誤認と救済』(成文堂, 1997年) 227頁はこの見解を「平行説」と呼ぶ。以下、この名称を用いる。

(17) 井戸田侃『刑事手続構造論の展開』(有斐閣, 1982年) 274頁は、再審開始決定は「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そのものを左右するものではない」という。

(18) 光藤・前掲注(7)60頁以下, 三井誠「再審手続の構造」鴨編・前掲注(7) 186頁以下, 小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法』上(有斐閣, 1987年) 226頁以下, 鈴木・前掲注(16) 227頁。

(19) 団藤・前掲注(8) 312頁。

(20) この点で、かかる伝統的確定力論は、不利益再審との関係でも整合性を有する確定力論だといふべきであろう。有罪・無罪いずれの方向であれ、実体に疑義が生じ、その結果実体的確定力の効果が消えると、一事不再理効を完全に抹消できる。そうすると、不利益再審を否定することは考えにくい(換言すれば、不利益再審の否定は、政策選択の手段という色彩が強くなる)。この点で— 実際にもそうであったが — 旧法的な確定力観といふべきである。

この見解には、確定力と実体的正義の調和が再審の理念だと捉える立場との親近性も見出される。確定判決の効力を可能な限り維持・存続させておくべきだとの意図が意識的であれ無意識的であれ存在するため、再審判決(ないしその確定)時まで確定判決の効力を認めようとするのであろう。そしてこの点で、再審開始決定の効力との関係では「平行説」が暗に前提としている考えでもあるといえる。

(21) 拙稿・前掲注(2)。

なお、再審が二重の危険の例外だといっても、再審によって二重の危険そのものが排除されるというより、その存在は前提とした上、請求人自身が再審請求をしているという事実にかんがみ、それを訴訟抗弁とするのはエストoppel違反だという程度の意味に捉えておくべきであろう。検察官請求の場合であっても、(元)被告人の有罪判決破棄に対する期待は一般的に存在すると考えられるし、理由のない処罰を放置すること自体の正義違反を考えれば(憲法31条)、やはりそれを抗弁とするのが相当でないという程度の意味であろう。