

再審請求抗告審における再審請求理由の追加

新 屋 達 之*

第1 はじめに

本論は、いわゆる袴田事件の再審請求抗告審において、弁護人が提出した2016（平成28）年12月21日付再審請求理由追加申立書に基づく再審請求理由の追加申立について、それが許容されるものであることを述べた意見書（2017年9月20日付）を基にしたものである。

再審においては、手続規定が少ないことなどもあり、通常審では想定されていなかったような問題が発生することが少なくない。抗告審における再審請求理由の追加という問題も同様で、後に触れるとおり、抗告審段階での新証拠の出現を契機として浮上したものである。以下では抗告審として論じるが、異議審でも変わるところはないであろう。

この問題については、豊崎七絵氏による意見書（2017年9月20日付）が私のそれと独立に提出され、さらに、氏はそれに基づいて論文を公にされている（「再審理由追加の適法性とその法理」法政研究84巻3号）。そのアプローチについても類似する面があることも事実である。この点で、本論は多分に二番煎じであり、屋上屋を架すというより「屋下屋を架す」ものであること

*福岡大学法学部教授

も否定できない。ただ、従来取り上げられてこなかった問題であるうえ、共同研究でなく、独立しての検討であり、若干のアプローチの相違もなくはないので、公にする次第である。冒頭を除き、当時の意見書とほぼそのままの形であるので、その後の論文などは引用していない。

なお、袴田事件そのものは近時の著名事件であるので、その詳細について特に触れることはしない。

第2 再審請求理由の追加に至る経緯

袴田事件は、再審開始決定に対する即時抗告審が係属し、まもなく結論が出る運びである（2018年1月現在）。本件では、もともと、新証拠の発見を理由として刑訴法435条6号の再審事由が主張されてきた。そして、事実の取調べの一環として、確定有罪判決の決定的証拠とされた5点の衣類に関するDNA鑑定が実施された結果、犯人性の認定に疑義が生じ、その他の新旧証拠も総合的に検討すると、確定判決の誤りが推認できるとされ、再審開始決定がなされた。

これに対し検察官の即時抗告があったが、抗告審においても、その審理過程において、再審請求段階で未開示であった取調べ段階の録音テープ、捜査記録などが開示された。これらの新たな開示証拠、再審請求段階で提出・開示された関連証拠、さらに確定判決段階での証拠を総合的に検討した結果、当時の捜査官にかかる職権濫用、偽証などの職務犯罪の存在が明らかになったとされ、そこから、従前からの6号事由に加え、抗告審段階で判明した新事実に対応する再審事由たる同条1号ならびに7号を再審請求理由として追加するというものである。

その後、さらに事実を追加する形で、刑訴法435条1、2、7号の存在を主張する申立補充書が、抗告審に提出されている（2017年11月7日付）。

再審請求理由の追加の可否については、法文が存在しないことはもとより、

解釈論上もその可否を論じた学説はきわめて少ない。後記のように、再審請求理由の追加に対して否定的な見解を述べた決定例は存在するが、その理由は、抗告審が事後審であるの一点に尽きる。

単純な理由であるが、それだけに、このような追加請求が許されるかは、なお議論の余地が存在しているというべきである。再審制度・抗告制度そのものの趣旨、さらに上訴審のあり方や解釈運用を基に詰めてゆくほかはない。

第3 従前の判例

1 追加請求に否定的なもの

従来の再審実務において、再審請求理由の追加の可否につき、いわゆる判示事項という形で明確に判断された事例は、管見の限り存在しない。しかし、以下の3事例では、追加請求に否定的な立場が取られている。

(1) いわゆる白鳥事件

ア 最高裁白鳥決定（最決1975（昭和50）年5月20日刑集29巻5号177頁）は、以下のような判断をしている。

「所論は、申立人の本件再審請求が刑訴法四三五条一号、二号、四三七条所定の再審理由のある場合にあたるとして、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、刑訴法四三五条六号所定の再審理由にあ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にとどまるから、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ない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。」

この判断は、弁護人の特別抗告趣意のうち、「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。〔原文改行〕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、直ちに再審を開始すべき事案である。」という部分（刑集241頁）に対する回答と思われる。

イ ただし、白鳥事件においては、請求人側に再審事由の追加を主張する趣旨があったのか、あったとすればどの時点でどのような具体的な訴訟行為があったのかといった点は、明らかでない。

白鳥事件再審請求審（札幌高決1969（昭和44）年6月18日判時558号14頁）ならびに異議審（札幌高決1971（昭和46）年7月16日刑集29巻5号321頁）の決定から窺われる限りでは、白鳥事件における捜査官の不正行為の事実についての言及はあるが、6号以外の再審事由は主張されていない模様である。そうだとすれば、1号・2号事由の点は特別抗告趣意の中で初めて言及されたものであり、請求人側が、再審請求理由を追加するという趣旨で各号を援用したといえるかは定かでない。

また、特別抗告段階において追加請求がなされたのだとしても、控訴審段階で主張されていない一審判決の違法を上告審で争うことが許されないとする判例の趣旨（最判1949（昭和24）年12月12日刑集3巻12号1937頁）からすれば、即時抗告審までに争点化されてこなかった問題を特別抗告審で主張することは許されないであろう。しかも、特別抗告審は法律審であるから、実質的な事実問題をこの段階で新たに主張することは、一層問題だとの感覚があったのかもしれない（但し、特別抗告審にも411条が適用されることは、通説・判例が一致して承認するところである。同条4号は再審事由の存在を

規定しているのであるから、特別抗告審段階で新事実を主張することが全く許されないとはいえない。

仮にこのような事情が背景にあるとすれば、白鳥決定の当該判断部分は、本件の場合と事案を異にするものであり、本件にそのままあてはまるとはいえない。

（2）いわゆる狭山事件第2次再審請求

ア 狭山事件第2次再審請求特別抗告審決定（最決2005（平成17）年3月16日（判例時報1887号15頁）も、次のように述べる。

「異議審において、神戸光郎作成の平成12年2月18日付け鑑定書（神戸第2鑑定書）、半沢英一作成の平成12年3月17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るれば、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。」

イ 本決定からは、決定の言及する鑑定書2通が提出された経緯が定かでない。裁判所側でも証拠提出の趣旨がはっきりしないためか、最高裁は「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とするれば」との留保を付しつつ、棄却決定に対する異議審（ないし即時抗告審）で再審請求理由の追加請求が許されないと明言し、その根拠を抗告審の事後審の性格に求めている。

なお、提出された主張・証拠との関係でいうと、狭山事件では、最高裁決定の前審である異議審段階で請求人側から依頼されたと思われる鑑定書の提

出が問題となっているのに対し、袴田事件では、抗告審段階ではじめて証拠開示されたため、請求人側が利用可能となった証拠（取調べ状況の録音テープなど）を基礎とする分析の結果、7号事由などが存在すると判断され追加請求に至ったものである。この点で、狭山決定の射程が本件に及びうるかには疑問もなくはない。

（3）いわゆる東住吉事件

ア 下級審判例としては、いわゆる東住吉事件がある。

大阪高決2015（平成27）年10月23日（判例集不登載。LEX/DB25543255）は、再審開始決定に対する即時抗告審段階で証拠開示された結果明らかとなった、請求人両名の取調べ状況に関する証拠が請求人の自白の任意性・信用性判断に影響しうるものであることを認めつつ、この点を理由に弁護人からなされた435条2号事由の追加申立について、「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」と述べ、「刑訴法435条2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」とした。

イ ここでも、再審請求における即時抗告審が事後審であることが、その根拠として明言されている。但し、言及はされていないものの、新たに主張された2号事由は、もともと主張されていた6号とは別の性格を持った再審事由であり、同一の再審請求事件の中では併存しえない主張であるとの感覚が、裁判所にはあったのかもしれない。

もっとも、東住吉事件抗告審決定は、再審開始決定をした現決定を結論において維持したものである。また、追加請求された事実は、すでに争点化されていた自白の信用性（6号事由）との関係で、事実上ないし実質上は抗告審決定でも判断に供されている。これも便宜的な扱いであるが、手続的には、

請求人側に不利益が及ぶ事情はなかった。

2 否定的立場をとらなかったと思われる事例

いわゆる財田川事件第2次再審の差戻審決定（高松地決1979（昭和54）年6月6日刑裁月報11巻6号700頁）は、従前の主張を整理するとともに、それに関して追加された証拠のみならず、差戻審段階で追加された請求理由についても判断対象とし、再審を開始した事例である。

開始決定は、再審請求理由を「当審において追加主張されたもの」、「当審において従前の主張が整理され証拠が追加されたもの」、「当審において追加主張されたところを加え、請求人の従前の主張を以上のとおり統合整理するが、なおこれに包含されることなく、刑訴法四三五条六号の事由をいうものとも解し得るもの」に類別するが、いずれも判断対象として扱い、追加主張であることを理由に判断を回避したものはない。

本決定では、差戻審で追加された事実や証拠が、開始決定の理由としては重要な地位を占めている。具体的には、決定的証拠（証20号国防色ズボン）に関する確定審段階での鑑定信用性に対する疑問、それに伴う自白の信用性への疑問といった点があり、これらは、最高裁（最決1976（昭和51）年10月12日刑集30巻9号1673頁）の差戻し後に追加主張された事実であった。なお、再審請求理由の追加については、特段の判断は示されていない。

財田川事件は、請求人が、弁護人の援助もなく、正式の請求方式を踏まないうまま、証拠品の再鑑定を求める旨の手紙を裁判所に送付し、裁判所が請求人に再審請求の意思を照会したことから手続が始動したという特異な経緯を持つ。裁判所の照会に対し、請求人は、「国防色ズボンは警察官であった兄が官服として支給されたものでありそのズボンの血痕は兄が岩川という人が鉄道自殺した際に死体収容に行った時に付着したもので、判決確定前にはその事実を知らなかった。刑訴法435条2号に該る」との趣旨の回答書を提出

し、これが再審請求の申立書として扱われた。その後、請求人は、請求一審段階で、①確定判決の証拠である第4回検面調書は不当勾留、拷問により強制された虚偽のものである（435条1、7号）、②国防色ズボンはすりかえられたものである（同1号）との主張を追加している⁽¹⁾。

これに加え、財田川事件では、弁護士選任や弁護士結成が遅かったこともあって、主張整理や再審理由の追加などが差戻審にもちこされたという面がある。また、差戻審である点で、実質的には請求一審に近い手続段階であったという面もあろう。このような特殊事情はあれ、請求理由の追加が現実に行われ、裁判所もそれを審理対象として取り上げているのである。

第4 問題の所在

1 問題の整理

これまでの議論を整理すると、問題は次のような点に集約されよう。

(1) 事後審論との関係

追加請求に否定的な立場に立ついずれの事例においても、抗告審・異議審が事後審であることが追加請求を否定するうえで最も中心的な根拠とされている。また、いずれの事例も、抗告審の構造論からストレートに結論を導いている。しかし、後にみるように、これは余りに結論を急いだ議論というべきであるし、抗告審の実際ともそぐわない。事後審論と再審請求理由の追加の可否について、もう少し突っ込んだ検討が必要となろう。

(2) 再審請求の主張の拘束力

白鳥決定は、再審請求理由の主張が裁判所に対して拘束力を有するという点をも追加請求否定説の根拠とする。しかし、その思考の筋道は何ら示されていない。そこで、拘束力の有無が再審請求理由の追加に影響するのかどうか

かについても、突っ込んで考える必要がある。

この他、各判例では明示されていないものの、次の点も問題となろう。

（３）再審請求理由の意義ないし性格

再審請求理由の追加の可否は、刑訴法435条規定の再審請求理由をいかに理解するか、なかんずく、ノバ型事由である6号事由と、それ以外のファルサ型事由の関係に関する問題とも関わっているのではないかと考えられる。再審請求理由にはノバとファルサの2類型があるが、両者の性格には大きな違いがあり、「そのような相違の存在は請求審審理や決定のあり方にも影響を及ぼすのではないかと、従って再審請求理由の追加は許されないのではないかと」という感覚が、裁判所にはあるのではないかとと思われるのである。仮にそうであるなら、このような感覚の正当性を検討する必要がある。

（４）再審請求審ならびにその抗告審の審理のあり方

これもまた、追加請求の可否に影響を与えるように思われる。これは、①の事後審論とも関わるが、再審請求ならびにその上訴審である即時抗告審（ないし異議審）は、いずれも決定手続といっても、再審であることの特徴を考慮する必要があるのではないかと考えられる。決定手続一般、抗告審一般という枠だけで問題を処理してよいのか、ということである。また、ここには、再審の基本理念も関わってくる。

2 検討の方法

ところで、前記（１）（２）に関連して、裁判所が再審請求理由の追加に否定的な見地をとる背景には、控訴審における控訴理由の追加が否定的に解されていること^②との関連もあろう。しかし他方、控訴審段階でも訴因変更が許されるというのが多数説であることからすると、攻撃対象の変更は許さ

れるのに防御の変更は許されないというのは整合性を欠く面もある。また、再審事由の存在が控訴理由とされ、上告審の職権破棄理由とされていることも無視すべきでない。

特に、控訴審審理の理論と実態は、控訴が判決に対する上訴、抗告が決定などに対する上訴という違いはあるにせよ、控訴審構造論が抗告審構造論に横滑りして議論されてきたことや、上訴という面では共通性を有することから、抗告の問題を考える上でも一定の示唆を与えることとなろう。

これらの点を踏まえ、再審請求理由の追加(本件では抗告審におけるそれ)の可否について検討することとする。以下では、上記の順序にかかわらず、再審の理念並びに再審請求抗告審の問題、再審請求理由の拘束力、抗告審構造論、控訴審論からの示唆といった順で検討する。

第5 再審制度の趣旨・性格からみた検討

1 再審制度の趣旨

(1) 再審の存在理由

再審制度の趣旨については、しばしば、「われわれはこの制度において、実体的真実と判決における具体的法的安定性との矛盾およびその調和をみいだす」⁽³⁾ということが言及される。いわゆる確定力と具体的正義の調和論である。

確かに、判決の確定という事実が様々な次元で尊重される必要のあることは、否定できない。のちに取り上げるように、フランス革命直後のフランス刑事手続において再審事由がきわめて厳格であったのも、確定力重視の思想があった(ただし、それは、仮放免など糺問手続の負の側面の克服という背景があったのであり、いわば人権としての確定力重視論であった)。従って、確定後に判決を動かすことが限定的なものとなることも、やむを得ない面はある。再審に新規・明白な証拠の存在が必要とされる、あるいは、情状事実

の判断の誤りが再審事由とされないものこのためである。

事実誤認といっても多様なものがあるが、究極の事実誤認である誤った有罪判決の場合、確定力と具体的正義の調和という観点は完全に破綻をきたす。確定力の利益が、単なる確定力神話や抽象的な裁判の利益というにとどまらず、様々な具体的内容を持つことは確かであろう⁽⁴⁾。しかし、誤った有罪判決に対しては、確定力の具体的利益を観念すること自体が不可能なのである⁽⁵⁾。このような場合、確定力の破棄と誤判救済の実施が不可欠であり、しかも、それに躊躇するようなことがあってはならない。再審は、まさにそのために存在する制度である。近時の多数説的見解が再審を端的に「無辜の救済」のための手続と位置付けるのも、以上のような観点に由来する。

（２）「無辜の救済」理念と再審手続の運用

このようにして再審の理念が「無辜の救済」に純化されることは、当然、再審の運用がその理念にふさわしいものであることを要求する。

再審の実体的要件である明白性判断について、最高裁判所・財田川決定が、孤立評価・心証引継の立場を否定して総合評価・再評価によるべきこと、高度の無罪立証がなくとも再審請求に証拠上の裏付けがあれば再審を開始しうることを表明し、さらに、その際に「疑わしきは被告人の利益に」の原則が適用されるべきことを表明したのは、まさにその表れである。誤った有罪判決には——確定力自体は存在するとしても——確定力の利益を観念できないのであるから、有罪判決の確定力の除去はできうる限り速やかに行われる必要がある。

この理念がまた、再審の手続面においても活かされなければならないことは、言を俟たない。再審手続に関する法規定はわずかであり、その分、再審請求の運用は裁判所の職権に基づく合理的裁量によるところが大きいのが、それだけに、請求人に対する裁判所の後見的機能と職権発動の宜しさが期待さ

れる所以である⁽⁶⁾。しかし、たとえ裁判所の職権的活動が基本だとしても、裁判所の独り舞台で再審の運用が可能であるわけでない。請求人による問題の提起、主張と証拠の提出が重要な——重要という以上に不可欠な——役割を果たすこととなる。

そこで、再審請求の際、請求人の関与ならびにその活動を保障するかが重要な課題となる（請求人関与構造）。最近では、袴田事件も含め、再審請求ないしその抗告審で三者協議、求釈明、求意見、証拠開示請求やそれに対する勧告などが行われるケースが増えており、運用レベルでも一定の定着が見られるとあってよい。しかも、このような請求人関与は、運用レベルの問題にとどまらず、無辜の不処罰・救済という憲法理念（憲法31・39条）に基づいて構築されるべき再審制度にふさわしいものと考えられる⁽⁷⁾。

（3）再審理念からみた再審理由の追加請求

本件で問題となっている、再審請求理由の追加もまた、このような請求人関与との関係でとらえる必要もあろう。

すなわち、再審請求一審はもちろん、その抗告審段階であっても、新たな再審理由が発見されたのであれば、それを法廷に持ち出しうるほうが、手続的にも簡便であり、誤判救済の迅速化にも寄与する。仮にこれを認めないとすると、請求人が当該主張を法廷に提出するには、別の再審請求をなすべきこととなる。しかしそうすると、同一事件で再審請求が二重に係属することとなるが、既係属中の請求手続と新たな請求手続の関係をどうするか、特に一方が抗告審、他方が一審という場合には、手続関係は非常に複雑怪奇なものとなり、收拾がつかないこととなる。それよりはたとえ抗告審であっても追加請求を許容するほうが、手続上の混乱は避けられる。

特に、請求人側が当該事実を証明する証拠を請求一審段階では知りえず、あるいは入手しえなかった場合、請求人の責に帰せない事情であるにもかか

わらず証拠提出、あるいはその証拠を利用した主張を認めないというのは、再審の機会を奪うに等しい。また、仮に当初の請求に理由がないとしても、追加された請求に理由があれば、結局は再審開始となり、あるいはそれが維持される。この場合も、誤判の早期救済、訴訟経済などの点で利益が存在する。

以上のような再審の手続理念からすれば、むしろ、追加請求が認められるべきなのである。ただ、理念といえども現実の法制度の枠内で実現されるべきものである以上、再審請求審、再審抗告審の枠内でこの問題をいかに扱うべきかの検討が残される。

2 再審請求審の性格

（1）再審請求審の性格

ア 抗告審における再審理由の追加については、再審請求審という側面、抗告審という側面の双方から考える必要があるだろう。まず、再審請求にかかる即時抗告はいかなる特徴を有しているであろうか。この問題の前提として、再審請求審の性格を検討しておく。

再審は、主に新規・明白な証拠の発見を契機に、「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、果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を総合的に評価して」確定判決の正当性を再検証する手続で、その判断の際には「疑わしいときは被告人の利益に」という刑事裁判の鉄則が適用される⁽⁸⁾。

再審請求審は一般に職権主義的で、当事者などの意見聴取は必要（刑訴規則286条）とはいえ、事実の取調べは裁判所の合理的裁量に基づき（ただし、上記の通り、請求人関与の保障が課題となる）、口頭弁論も要しない（自由な証明で足りる）。当然、公判期日も存在しない。それゆえ、主張・証拠の

提出は、決定の機に熟していない段階であれば、随時に行って差し支えない。たとえば控訴審では弁論の範囲が原則として控訴趣意書の範囲に限られる(389条)⁽⁹⁾のに対し、再審ではそのような規制もない。

再審請求審が公判に比べ、非定型的で簡易化された手続であることは、事実である。

イ 他方、確定判決の当否を判断し、請求に理由があれば確定判決の効力を除去ないし弱体化して公判を再開させるという点では、再審請求審も手続形成に関するものだといえる。しかし、そのような確定判決の効力の除去・弱体化は、新証拠の存在を踏まえて確定判決の有罪認定が維持し難いとしてなされたものであるから、実体判断ないしそれに類似する判断なしにはありえない。棄却決定であっても、証拠の明白性の不存在を理由にする場合、やはり確定判決の事実認定の正当性を再確認しての結果であるから、実体判断的側面を有する。

さらに再審請求の現状を見た場合、請求から決定に至るまでには相当長期間を要し⁽¹⁰⁾、証人尋問や検証、鑑定等が行われる事例も多い。むしろ再審公判よりも請求審の方が質量ともに重厚なのが実情で、確定審以上に慎重な審理とさえいえる場合すらある⁽¹¹⁾。

このように、再審請求審は、実体判断類似の性格を併有する。その審理も、簡易・迅速な手続でない。とすれば、その抗告審も、身体拘束の違法・不当を争うのと同じような簡易・迅速性が要求されるわけでない。迅速な誤判救済の利益は実現される必要があるが、確定判決の効力を動かすという点では、一定の慎重な審理・判断も必要となる。

(2) 「統審的審査審」としての再審

これに加え、再審における証拠の明白性の判断方法については、孤立評価説と総合評価説が対立してきたが、現在では総合評価説によること自体につ

いては、学説・判例ともにほぼ異論を見ない。現在は、全面的再評価説か限定的再評価説か、あるいは2段階説かといった総合評価の方法、また現実の事件における判断方法の当否をめぐる争いに移行したとあってよい。他方、再評価の方法についても、かつては罪責問題か無罪予測の問題かといった点が論じられてきたが、現在では、それが確定判決の当否の審査であることについては、ほぼ固まりつつあるとみてよい⁽¹²⁾。

総合評価・再評価により確定判決の当否審査を行うのが再審請求審であるとすれば、再審請求審は、それ自体が確定判決に対する一種の事後審査である。加えて、通常審における上訴審が事後審である点や、再審は請求審・公判の二段階構造をとり最終的な罪責判断の場が公判である点でも、請求審は審査審的性格をもつ。

しかし、再審は、新証拠の出現を根拠として、それを確定判決時の旧証拠と総合的に評価した上で確定判決が維持可能かどうかを判断するものである。この点で、単なる事後審査でなく「続審的審査審」⁽¹³⁾としての性格を持つ。再審請求審は、新証拠の提出という確定判決後の事情変更をもともと考慮の対象とする判断過程である。そして、このような事情変更の事実とそれを証明するための証拠は、確定判決時に存在していたことが必要でないことはもちろん、たとえ再審請求時に存在していなくとも、請求に関する終局決定の時点までにその存在が明らかとなればよいはずである。

加えて、再審は確定判決の心証を引き継いだ上での判断（心証引継説）でなく、再審請求裁判所による再評価に基づいて行われるのであるから、ここでも単純な事後審査というわけにはならない。再審請求裁判所は、新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ら果たしてその事実認定に到達しえたかという観点から確定判決を検証するのであり（最高裁白鳥決定）、確定判決の直前の状態に戻った上で新証拠の影響を考慮する、「続審的審査審」としての審査が求められることとなる。

3 再審請求抗告審のあり方

ア さて、再審請求抗告審も抗告審である以上、抗告審における審理のあり方が基本的には妥当するであろう。しかし同時に、再審請求を背景とするものでもあるから、再審の理念がそこに活かされる必要がある。抗告審は一般に事後審だとされており、再審請求における抗告審もこの点は変わらない。しかし、そうだとしても、抗告審は事後審だとの一事をもってすべての問題が解決できるわけでない。むしろ、ある程度柔軟な取り扱いをする必要があり、現にそれが行われていることはのちにみるとおりである。とりわけ再審の場合、次の点に留意する必要がある。

イ まず、憲法ならびに現行法が利益再審のみを許容し、かつ、再審の理念が無辜の救済であることからすれば、再審請求抗告審は請求人側に片面的に開かれたもの、すなわち、請求人側に許容される訴訟活動の範囲は広く、逆に検察官側の訴訟活動は許されないか、許されるとしても限定的なものであるとするのが、最も望ましいとは思われる⁽¹⁴⁾。ただし、片面的構成まで行くことができないとしても、可能な限り、請求人の利益への配慮が必要であることは言を俟たない。請求人関与、またそのための後見的機能こそが、裁判所による職権手続の精髓である。

また、再審に関する決定は、「続審的審査審」に基づく判断であるが、確定判決の当否の審査だといっても、単なる付随的手続でない。それは、開始決定はもちろん、請求理由なしの棄却決定の場合も、総合評価・再評価という確定判決から独立した再審裁判官の立場からの判断であり、実体判決に近い性格を持つ。しかも、開始決定の場合、確定判決の効力を除去ないし減弱させ再審公判に移行させるものである点で、きわめて重要な手続行為である。

ウ このように、憲法・刑訴法の許容する再審制度が利益再審のみであること、そこから派生する性格、再審に関する決定の持つ重みを考えれば、抗告審のあり方についても、構造論の一点で問題を片づけてしまうことはおよ

そ許されないはずである。現在の抗告審実務を前提としても、身体拘束などの「軽い」付随的処分の抗告審では、限定されるにせよ新事実・新証拠の提出も許容されるのに対し、逆に再審のような重要な手続でそれがおよそ許されないというのは、自己矛盾である。

そうだとすれば、抗告審段階での新たな主張も一切禁じられるわけではなく、少なくとも、請求人が、新たな主張に関する証拠を抗告審段階まで入手できなかったような場合は、これを認めるべきであると思われる。

4 ファルサ型・ノバ型再審事由の関係

(1) 再審事由の2類型

刑訴法435条の定める7つの再審事由は、6号のノバ型（propter nova）と、それ以外の各号のファルサ型（propter falsa）に区分されるのが通例である。そして、ノバ型たる6号が再審においてもっとも重要な機能を営んでいること、その判断の際には、いわゆる総合評価・再評価の手法によるべきこと（白鳥、財田川決定）は周知のとおりである。

ただし、最高裁白鳥決定においては、「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え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」とされている。この判断は、白鳥事件の重要証拠である証拠弾丸にかかる不公正な捜査の疑念が生じたが、それは疑念以上の存在ではないとする判断との関係でなされているところから、財田川決定がいう、「確定判決における事実認定の正当性についての疑いが合理的な理由に基づくものであることを必要とし、かつ、これをもつて足りると解すべきである」との判示、すなわち、ノバ型再審では、確定判決の事実認定の正当性への疑いが証拠上の裏付けを有することが再審開始の必要十分条件であるとの趣旨を示したものであろう。

ノバ型の場合には、このような証拠に裏付けられた総合評価的視点から再

審が開始されるのに対し、「新証拠があらわれれば明白性は擬制される」⁽¹⁵⁾と
いうように、いわば孤立評価による再審開始を許容するのが、ファルサ型だ
といえよう。新証拠自体は、ファルサ型事由の存在を示す確定判決（ないし
それに代わる証明）という強力な証拠が求められるが、そのぶん、開始決定
に直結する。それとの対比でいえば、ノバ型では、強力な新証拠を提出する
ことを請求人は要求されないが、それに代わり、新旧証拠の全体を見直す
という手間が必要とされる。

白鳥決定のいうファルサ・ノバの総合的理解というのは、おそらく以上の
ような新証拠と再審開始の相関関係を意味するものと思われる。

（２）ファルサ・ノバ異質論とその問題

ア　ところで、ファルサ・ノバの両再審事由については、その来歴の違い
から、「現行法の再審には、二つの異質な理由が根拠とされている」、すな
わち、「この二つは、歴史的な沿革も違い、また、その性格も異なっている」⁽¹⁶⁾
とされてきた。このように、両再審事由の異質性が強調されればされるほど、
ひとつの再審事件でノバとファルサを同時に審理・審判の理由とすることは、
困難となるであろう。そしてこのことは、当初からファルサ型・ノバ型の双
方が主張されている場合であればともかく、6号事由を理由に再審請求がさ
れているそのさなかに1号・7号などの事由を追加することは手続に混乱を
もたらすもととなるので追加請求は許されない、という立場を取ることとな
ろう。

すなわち、ノバ型は糺問手続の時代から存在してきたのに対し、ファルサ
型は弾劾手続から発展してきた。「再審理由としては、職権主義の刑事手続
と当事者主義の手続とでは、そのありかたに本質的な相違があること、一方
は真実発見の目的から実体上の重要なかしを問題とし、他方は公正な裁判の
目的から手続上のかしを問題とすること、両者の相違はけっきょく訴訟につ

いての基本的な考え方の相違に由来するものである。「わが現行法の再審のありかたを考察する場合には、以上のような制度の歴史的な背景をよく理解することが必要である」⁽¹⁷⁾ということである。

日本法に関していえば、「わが現行法の再審理由の特色は、ドイツ法の職権主義下で成長したノバ方式とフランス法の弾劾主義下で発展したファルサ方式とをミックスし、さらに英米法の二重危険の禁止の法理を含んだ憲法三九条の規定によって修正を加えたことにある」という非常に複雑なものだとされる。そして、当事者主義・一審中心主義を基調とする現行法の下では、「職権主義に基調を置くノバ方式がよくその制度の意義を有するものか否かは大きな問題である。被告人に不利益な再審理由が廃止されたことによって、ますます、ノバ方式の機能は弱められている」ともされる⁽¹⁸⁾。

このような、ノバ・ファルサの異質性の強調（その根拠について自覚的か無意識的かは別として）が、追加請求否定論の背景にはあるように思われるのである。

イ しかし、ノバ型・ファルサ型の形成の沿革はその通りだとしても、このことが再審事由として両者が異質だという見解と必然的に結びつくのかは、実は問題がある。

沿革上の問題についていえば、ドイツにおいても、弾劾主義＝ファルサ方式、糺問主義＝ノバ方式という図式には批判が存在した。ただし、「口頭・直接・公開を内容とする公判の一種の弾劾主義の登場を強力に主張した人々が同時にその包括的な利益再審事由の主張者であった」という事実がある。これからすれば、「リベラルに構成されたノヴァ再審こそ当事者主義訴訟にふさわしいものと言えるのである」「利益再審におけるノヴァ方式の維持は、ドイツ普通法下での啓蒙主義的理論家の主張が、立法的には、ほぼ実現されているともいえる」とされる⁽¹⁹⁾。

弾劾型・ファルサ型再審を取ったとされるフランスだが、その背景には、

旧体制の手續に対する反動と陪審裁判への過大な期待が、既判力の過度な強調と一切の再審の廃止、再審を復活させても一定の形式的かつ稀な形式的瑕疵に要件を限定するという態度に結びついていた。しかし、そのフランスでも、ファルサ型のみでは不都合であったところから、ノバ型利益再審が導入されている⁽²⁰⁾。

このようにみえてくると、ファルサ・ノバの並立は、訴訟構造の問題に由来するものとはいいがたい。むしろ、一事不再理に関する思想の変遷を背景とするものであったということになる。

ウ ここで、日本の一事不再理論に目を転じると、一事不再理の効力は、かつては確定判決の内容的効力の一種ととらえる立場が有力であった。しかしその後、確定判決の存在的効力の一種としてとらえる見解が現われ、さらに、それは二重の危険に由来するとの立場が登場した⁽²¹⁾。

現在では、二重の危険がいわゆる継続的危険か否か（検察官上訴是非論）とかその客観的効力の範囲いかんといった問題は残るものの、一事不再理効が二重の危険に由来すること自体は、通説的見解となっている。そして、二重の危険は、裁判の効力論という範疇を超え、憲法上の人権原理（憲法39条）としての重みを与えられた。不利益再審がもはや許されないことも、これに由来する。

このような事実も、ファルサ型・ノバ型の異質性を希釈ないし消滅させる方向に作用する。すなわち、なるほど再審事由の起源としては、ファルサとノバは異質かもしれない。しかし、再審事由に2類型あるといっても、その背景にある一事不再理の理論は、二重の危険という共通の土壤に基づいているのである⁽²²⁾。根が同じであるならば、発現形態こそ異なれ、その本質は変わらないはずである。

（3）「類型的ノバ」としてのファルサ

ア 再審事由が二類型に分類されてきたことは事実であるが、ファルサ型といっても、実質的にはノバ、いわば類型的ノバといっても差し支えない⁽²³⁾。

刑訴法435条1号から5号はいずれも確定判決後の事情変更ないし新事実の発見である点では、ノバ型と全く変わらない。相違は、それが類型化され、かつ、原則として確定判決に因る証明を要する点である。

他方、7号は、司法関係者の職務犯罪が再審理由とされている点で、やや異質な要素を持つ。ただ、その場合でも、確定判決時点で職務犯罪の存在が確定審裁判所に知られていなかったことを要件としている点では、ノバ的な面を持つ。加えて、司法関係者、なかんずく捜査関係者による違法・不当な捜査が誤判原因と考えられる事例は少なくなく、そのような違法・不当捜査の存在が再審開始ないし再審無罪判決に結びついた例もある⁽²⁴⁾。そして、職務犯罪は、違法・不当捜査の極限的形態ともいうべきものであるから、確定判決後における職務犯罪の発覚は、確定判決の事実認定の誤りを推認させるに足る事由となりうる。そのような点で、7号も、手続の違法・不当をそのまま再審事由としているわけでない。

結局、ファルサ型・ノバ型といっても、その違いはもっぱら沿革に由来するにとどまる。従って、両者の違いを強調すべき理由はもはや失われている。ファルサ型といっても、それはノバ型の一部を類型化したという以上の相違点は存在しないというべきであろう。

イ ファルサ型・ノバ型が実質的に変わらないといっても、前者は事実誤認事由を類型化したものであるから、その存在自体は厳格に判断する必要がある。それが、確定判決ないしそれに代わる証明である。但し、そのような高度な証拠価値のある証拠を要求する代わり、その事由が認定できる以上、直ちに再審開始を認めることとする。これは、本来は総合評価・再評価が基本である再審につき、特に孤立評価に基づく判断を許容したものといえる。

ただし、孤立評価といっても、再審請求が認められる以上、旧証拠全体の証拠評価が実は誤りであったことを意味する。単にそれを表面化させる必要がないということどまり、黙示的な総合評価という趣旨をもつものである。

これに対し、ノバ型の場合、新たに提出すべき証拠は、たとえ「刑訴法435条6号にいう『明らかな証拠』」というのは、証拠能力もあり、証明力も高度のものを指称する」（最決1958（昭和33）年5月27日刑集12巻8号1683頁）としても、確定判決の存在といった高度な証明は要求されない。白鳥・財田川決定がいうように、総合評価・再評価の結果として確定判決の事実認定に動揺をきたす証拠の提出が必要かつ十分条件である。従って、ここでも、真犯人の存在、完全なアリバイ、DNA鑑定などによる犯人と請求人の結びつきの完全な切断といった強度な証拠は求められない。

但し、ファルサ型の場合、証明力の高度な新証拠を要求する代わりに当事者の主張や裁判所の判断に関する負担が軽減される。ノバ型の場合、これに対し、新証拠に高度な証明力は要しない代わりに、総合評価という負担を求めることで、類型間のバランスをとるという点のみが相違点だといえよう。

ウ このようなファルサ型・ノバ型の実質的な同一性は、裁判実務上も一定程度は承認されているといつてよい。

すなわち、再審請求の大半は6号事由の存在を理由とするものであるが、確定有罪判決を受けた者が弁護人の援助を得ずにいわば本人訴訟として再審を請求する場合、1号・2号などの事由が主張されることもある。このような場合、確定判決はもちろん、それに代わる証明もなしに当該事由が主張されることも多いが、請求を受けた裁判所において、請求人の請求理由について合理的解釈を行い、6号事由の存在を認めて再審開始に至ったという例も存在する。

先の財田川事件がその一例である。本件は、当初は本人訴訟で、その第1次請求は、「確定判決につき、昭和三二年三月三〇日、請求人から高松地方

裁判所丸亀支部に対し刑訴法四三五条一号、二号所定の再審事由ありとして再審請求がなされたが、同裁判所は、請求人のいうところは右各同号所定の再審事由にあらず、また同条六号の再審事由ありとすることもできないとして、昭和三三年三月二〇日付決定により再審請求を棄却した」とされている（高松地決1979（昭和54）年6月6日刑裁月報11巻6号700頁の要約する第1次請求の状況）。

逆に、請求人が6号事由の存在を主張していたにもかかわらず、7号事由の存在を理由に再審を開始した事例も存在する。

すなわち、札幌高決2016（平成28）年10月26日（公刊物未登載。LEX/DB 25544256）は、違法なおとり捜査により得られた証拠の証拠能力を否定する新証拠の出現を理由とする6号再審請求を認めた請求一審は誤りであるとして、違法捜査にかかる職務犯罪の存在が7号事由にあたるとして、再審開始決定を維持している。

この事件では、証拠能力の存否という訴訟法上の事実を証明する証拠も6号の「証拠」にあたるとしたのに対し、抗告審が、6号の「証拠」は実体的事実に限るとしたという特殊な事情がある。しかも、この事件では、請求人側は、7号事由の存在を主張していなかったと思われる。特殊事情があるとはいえ、同じ再審請求に対し、請求人の主張しない条項を適用したことは事実であり、ファルサ・ノバの判断は裁判所の判断いかんで変動しうことは否定できない。

エ このように、再審請求に理由がある場合、当事者が（少なくとも明示的には）主張しない再審事由を認めて再審開始をすることは、実務運用として現実に行われてきた。そもそも、請求人の主張が435条のいずれの再審理由に該当するのかは、事実問題であると同時に、再審請求理由に関する法適用の問題でもあるから、これが裁判所の判断事項に関することはいうまでもない。従って、ファルサ型事由の存在の主張に対し、ノバ型事由の存在を理

由に開始決定を行う（あるいはその逆）は当然許容される。しかも、ファルサ・ノバの区別といっても、それは沿革的な相対的なものでしかない。

すなわち、ノバの請求に対してファルサを追加する（あるいはその逆）といっても、手続の混乱を巻き起こすようなものでないといえる。

第6 再審請求理由の拘束力と追加請求の関係

1 再審請求理由の拘束力

ア 再審請求理由の追加が許されない根拠のひとつとして、最高裁白鳥決定は、「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」ることを挙げる。

この問題の拘束力について、臼井滋夫は、a 再審請求者の事実についての主張にも法律見解にも拘束されるとの説、b 再審請求者の事実についての主張には拘束されるが法律見解には拘束されないとの説、c いずれにも拘束されないとの説を分類したうえで検討を加えている⁽²⁵⁾。

このうち、a 説をとる論者は存在しない。c 説をとると思われる論者は、①再審請求手続が職権によること（正確には、職権探知主義というべきか）を最も重要な根拠とするが、②請求人の主張しない事実であっても、再審請求を棄却することは正当でない（請求人の探知能力が劣る場合があるためとされる）こと、③特別抗告にも職権破棄（411条）が及ぶこと、を挙げている⁽²⁶⁾。

臼井自身はb 説を支持し、その理由は次の点に求められている。④再審は、重大な事実誤認で不利な判決を受けた当事者の請求を待つて確定判決を破る例外的手続である、⑤控訴・上告審における職権破棄事由（397条、392条2項、411条）のような規定が存在しない、⑥同一の理由による再度の再審請求が禁じられている（443条2項、447条2項）、等から、請求人の主張する事実拘束されるとする。但し、法律見解については、⑦請求人は、再審

請求理由にあたる具体的事実を示せばたり、具体的法条まで摘示する必要がないことから、拘束力は存在しないとす。このb説が、多数説的見解と思われる。

イ ただ、b説をとる臼井も、「当事者が再審請求の理由として主張していないからといって、再審理由にあたる事由の存在が明白であるにもかかわらず、直ちにこれを棄却しなければならないとすることは、著しく正義に反するように思われるし、さらに前者の理由なしとして請求棄却の決定を受けた当事者はさらに後者の理由を主張して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じる」として、請求人への釈明、再考の促しなどで「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」⁽²⁷⁾と述べる。ここでは、事実に関する請求人の主張に拘束力が存在するとしても、そこから直ちに請求理由の追加申立が許されないという帰結は導かれていない。おそらく請求一審段階での追加を念頭に置いているのであろうが、拘束力の存在は、請求理由の追加を許容する方向で援用されている。

なお、法律の見解への拘束については、支持者のいないa説を除けば、いずれも否定されている。再審請求が435条所定のどの事由にあたるかは訴訟行為に対する裁判所の法的評価であり、訴訟法の実体規定の適用の問題である。法の解釈適用の問題である以上、基本的には裁判所の専権事項であり、拘束力が及ばないこと自体には異論はないであろう。

ウ ところで、再審請求審は職権手続として運営されているが、職権手続であることを強調すればするほど、裁判所の裁量は広くなるため、当事者の主張の拘束力は弱まるはずである。むしろ、請求人の申立理由に関わらず、裁判所は再審理由の有無を広く判断できるとする方が一貫する。もちろん、前記④の指摘するように、請求人の請求なしに再審は始動しないので、請求理由に一定の枠がはまることは事実である⁽²⁸⁾。それでも、その後の審理手続

が職権探知主義に基づく以上、請求人・相手方の訴訟活動はそのような職権探知を補助する手段と位置付けられるから、再審請求裁判所がその請求にどう応答するかは別としても、追加請求そのものをしてはいけないという理由は見出しがたい。

他方、請求審を当事者主義的に運営するという見地からみれば、請求理由の追加は、当事者主導の訴訟行為であり、当事者追行主義に適合こそすれ、それに反するということはいえない。再審請求が職権手続であるとしても、基本的には当事者の主張を待っての判断ということとなるため、ここでも、当事者の訴訟行為たる再審請求理由の追加を止めることは、特別な事情がない限りはできないはずである。ここではむしろ当事者の主張が裁判所を拘束することとなるが、当事者自身が請求理由の追加を求めている以上、裁判所は、その請求を無下に退けることはできないはずである。少なくとも、再審請求理由の拘束力の存在を理由とする追加請求の否定は、背理である。

エ 次に、前記⑤の規定の不存在であるが、これについては、前記③が反論するように、特別抗告審にも職権破棄事由の適用があることはすでに実務上確立している（最決1951（昭和26）年4月13日刑集5巻5号902頁）。加えて、抗告審でも事実の取調べ（43条2項）が許されることについては異論をみない。そうであるなら、一般抗告・即時抗告のいずれであれ抗告審にも（量刑不当などその性質上適用のないものは別として）職権破棄事由が適用されるとする方が筋であろう。しかも、再審事由がいずれも職権破棄事由に含まれている（383条1号、411条4号）。

抗告に関する規定が控訴・上告に比べて簡単であるのは、控訴審が基本的には判決に対する不服申立てであり、かつ控訴審自体が判決を終局目標とする。従って、控訴審は事実認定・手続の双方において厳格さが要求される手続である。一方、抗告審は決定に関する手続であり、抗告審の対象となる裁判・処分も多種多様で、対象の多くが付随的手続であるとか、迅速な判断を要す

るとかの理由から、控訴・上告ほど厳格な規定を置くことが望ましくないためであろう。むしろ、対象となる裁判・処分を踏まえた柔軟な運用を行うことの方が好ましいためと考えられる。

とすれば、規定の不存在は、解釈・運用により適宜解決すれば足りるのであり、決定的な根拠とはなしがたい。

2 小括

いずれにせよ、請求審の手續構造や請求人の主張の拘束力の有無から追加請求が許されないという根拠は導き得ないであろう。拘束力の有無にかかわらず、追加請求は許されるというほうが、筋は通る。残るのは、各判例が言及する、抗告審の抗告審の事後審性である。そこで次に、抗告審の事後審性が追加請求を否定する理由となるのかを検討することとする。

第7 抗告審制度との関係からみた検討

1 抗告審の構造

(1) はじめに

再審請求にかかる即時抗告審の場合、再審請求審・抗告審という2面の性格があるが、まず、抗告審の性格について若干検討しておく必要がある。

抗告審の構造については、控訴審の構造論のアナロジーから、覆審・続審・事後審のいずれと理解すべきかが論じられてきた。覆審説は存在しないが、続審説・事後審説が対立してきた⁽²⁹⁾。また、いずれの立場をとるにせよ、新たな主張・証拠提出の限度についても、議論が対立する。

(2) 続審説

続審説は少数説だが、426条2項の規定の存在を根拠とする⁽³⁰⁾。控訴審の場合、破棄差戻しが原則であるのに対し（400条本文）、抗告審の場合、「抗

告が理由のあるときは、決定で原決定を取り消し、必要がある場合には、さらに裁判をしなければならない」として（426条2項）、自判が原則であるかのごときためであろう。

続審説の根拠は、①現実の運用が事後審のみでは説明できないという点、②426条2項の文理、③事実の取調べ（43条3項、刑訴規則33条3項）が許される結果、「原裁判の過誤を判断するのは原裁判時の資料による、すなわち書面主義をとることの原型をすでにくずしていること」などから、「少なくともより続審的性格になじむ」という点にあるとされる。ただ、続審であるといっても、手続の迅速性と具体的妥当性の観点から、「原裁判の結論に影響を及ぼすべきことが明らかなあらたな事実であって、すみやかにこれを取調べうるもの」に限り新事実の取調べは許されてよく、この点で「限られた続審」だというのである⁽³¹⁾。

（3）事後審説

他方、事後審説は現行刑訴法の制定時から多数説的地位にある。

近時、最高裁も、抗告審がいわゆる事後審ないし事後審査審である旨を明らかにした。

すなわち、「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（刑訴法90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いうべきである」と（最決2014（平成26）年11月18日刑集68巻9号1020頁）。

戸田弘によれば⁽³²⁾、一般抗告・特別抗告を含めて抗告審を事後審と位置づけることが「もっとも刑訴法の全システムに適合する」という。「抗告審は、

当該決定・命令事項について、みずから——すなわち原審とおなじ任務をもって——審理・裁判をするのではなく、当該事項についてなされた原裁判について、それを不当とすべき事由があるかどうかを審査するのである（すなわち事後審である）。そこで、「訴訟記録（および原審で取り調べた証拠物）のみによって判断するのが本来である」が、必要に応じて職権で新たな証拠調べをすることができ、それを判断資料とすることができるとする。この点で抗告審は「ゆるやかな事後審」であるが、原裁判後に生じた事実に関しての取調べ・参酌は許されないという。原裁判後の事実の取調べなどを認めない点で控訴審よりも厳格であるが、これは「本来簡易迅速な手続であるべき抗告審を不当不必要に弛緩させるおそれがある」ためだとされる。

2 抗告審構造論の限界

（1）抗告の対象の多様性

ア もっとも、抗告審の場合、控訴審と異なる面が存在する。すなわち、控訴審が対象とするのは終局裁判である。しかし、抗告審には、一般抗告・即時抗告・準抗告の違いがあるほか、その対象も、裁判所の裁判、裁判官の裁判（429条）、捜査機関の処分（430条）と多様である。

訴訟手続に関する即時抗告に限っても、その対象は様々である。①証人・鑑定人等に対する過料・費用賠償に関する決定や訴訟費用関連の決定、身体拘束にかかる準抗告など、関係者にとってはいかに重大でも手続的には付随的処分に関するもの、②公訴棄却決定（339条2項）や上訴権回復に関する決定（364条）といった爾後の手続形成を律する処分に関するもの、③証拠開示に関する裁定（316条の25第3項、316条の26第3項）など実体形成の前提となるもの、などがある。

①はともかく、②③の類型は、手続行為といってもかなり重要な性格をもっている。再審請求にかかる即時抗告も、②ないし③にあたるものといえる。

イ 抗告審の構造・審理をめぐる議論は、従来から、身体拘束に関するもの（上記の①の類型）ないし準抗告に関するものを念頭に論じられてきた。前記最高裁の事案も、保釈許可決定に関するものであった。これらの紛争は数が多い上、特に、身体拘束は、確かに被疑者・被告人にとって重大事であるからだろう。

しかし、身体拘束制度自体は、法的には、刑事手続運営の円滑化のための付随的処分である。とりわけ捜査段階では時間的制約も強いいため、迅速性の要請も働く。訴訟費用などに関する場合は、さらに付随的性格が強い。これらの場合、原処分ないし原決定時に存在しなかった新主張・新証拠を提出して争うこともありえないわけでないとはいえ、手続の迅速や訴訟経済の観点から、原決定時の事情や証拠関係に限定し、それらの当否の判断に徹するほうが望ましい場合が多い。この点では、抗告審が事後審だということを強調する意味がないわけでない。

これに対し、上記②や③の類型の場合、やはり事情が異なる。たとえば、被告人の偽装死亡に基づく公訴棄却決定を覆すには、偽装死亡にかかる新事実・新証拠の取調べなしには、原決定を破棄できないはずである。ここでは、むしろ続審的な審理が必要となり、単に簡易・迅速に片づけばいいというわけでない。簡易・迅速が要求される①の類型であっても、新事実・新証拠の主張・提出が望まれる場合は少なくない。

（２）抗告審構造論の限界

ア そこで、抗告審の構造を続審か事後審かというように一義的に割り切れることは、実は困難となる。構造論により抗告審の運用が一義的に決まるわけでないことは、いずれの論者も認めている。特に、新たな証拠提出については、事後審であることを理由にこれを限定的に捉える立場、事後審だとしてもかなり自由に認める立場など、かなり錯綜しているのが現実である。続

審説の側も同様で、広く認めるもの、限定的に認めるべきとするものが錯綜する。従って、構造論という牛刀を持ち出すよりも、ある程度機能的な思考が重要となる⁽³³⁾。

それゆえ、基本的性格をどちらとみるかの対立だといっても、むしろ現実の論点は、抗告手続においては、どのような問題がいかに争われているのかを踏まえ、新たな証拠提出をどこまで許容してよいか（逆にどの程度制限できるか）という点であったといえる。その際のアプローチの差が上訴審構造論の名を借りて現われたというのが、実際のところであろう。それ故、実質的には、機能論的アプローチだといってもよい（個別説ともいわれる）。

イ 原決定ないし原処分的人格いかんにより、事後審・続審のいずれかの人格が強くなるとの考えが現れ、近時はこれが主流だといってよいかもされないが⁽³⁴⁾、それにはそれなりの必然性があったように思われる。そうであるならば、抗告審が事後審であると単純に割り切って、そこから特定の訴訟行為の可否を決するというのは、あまりに形式的であり、方法論として適切でないといえる。

原決定・原処分的人格を踏まえて論じる必要があるすると、本件の場合、再審請求（再審開始決定）にかかる抗告審であるという特徴が存在する。この点については、再審のあり方を踏まえて後に見ることとするが、構造論で単純に割り切ることには、きわめて問題がある。控訴審においても、そのような単純な割り切りはされていない。

第8 控訴審審理との対比

1 構造論の機能と限界

(1) 控訴審構造論

ア 抗告審の構造論は、もともとは控訴審構造論のアナロジーから始まった。そこで、控訴審・抗告審には相当の相違があるとしても、同じ事後審で

あるとされる控訴審の運用も、抗告審論を考える際の参考となる。

まず、何をもって事後審というのかは議論があるものの、控訴審が事後審であること自体は、現在では、争いは存在しない。そして、控訴審の事後審性については、新証拠の提出に制限があること（刑訴法382条の2）、控訴理由がある場合には差戻しが原則であること（同400条本文）など、明文の根拠がある。

イ しかし、控訴審が事後審であるといっても、かねてから「実際上は、かなりの程度に控訴審は続審化の傾向をみせている。そして、理論的にも、一定の限度でこの傾向を支持する見解が近時有力になってきている」⁽³⁵⁾、「控訴審を単純な事後審と性格づけることはできない」⁽³⁶⁾、などといわれてきた。控訴審の基本構造が事後審であるといっても、現実の事件の審理においてそれを貫徹することには具体的妥当性の観点からかえって問題があり、適宜の修正を施す必要が存在しているためである。

近時、裁判員制度の導入とともに、最判2012（平成24）年2月13日刑集66巻4号482頁は、控訴審の事後審性を再確認した上、直接・口頭主義の観点から一審中心主義を重視し、控訴審は一審判決の証拠評価やその総合判断に論理則・経験則等に照らして不合理といえるかどうかという観点から審査を行うべきことを明らかにした。また、その後にも、そのような観点から控訴審判決の妥当性を再検討した最高裁判例も少なくない⁽³⁷⁾。

しかし、いかに一審重視だといっても、控訴審が原判決を破棄すべき場合は現実に存在するし、そのようなときに破棄が躊躇される理由はない⁽³⁸⁾。このような場合には、従来よりも限定的に運用されるべきだとしても、一審の論理則・経験則違反が——特に判決文上——明白とはいえない場合も少なくないであろうから、事実の取調べや新証拠の提出（すなわち、控訴審の実質的続審化）の許容される余地も、相対的に大きくなるであろう。特に、控訴理由が再審事由の存在である場合には、単なる事実誤認でなく、新証拠の提

出が前提となる。この点では、事後審の徹底にも、おのずと限界が存在することとなる。

控訴審の事後審化が強調されていることは、事実である。だが、ここで考えておくべき点は、構造論そのものに有用性があるにしても、そこから単純に結論を演繹することはできない、あるいは不適切だということである⁽³⁹⁾。構造論の枠組みは考慮しつつも、広くは訴訟政策の観点、狭くは個々の事件における具体的妥当性の観点も含め、適切な対応をすることが求められているといえる。

また、刑訴法自体、一定の場合には新たな事実の主張を認めている（382条の2）。これにより、控訴審が基本的には事後審であるとしても、一定の限度でそれを続審化することがむしろ有益であるとの見地に立つものといえる。

ウ このように、控訴審の基本構造が事後審であるといっても、それで割り切った実務運用がなされているわけではなく、構造論ですべてを割り切ることはかえって具体的妥当性を欠くとされているのである。

これとの関わりで抗告審について考えてみると、確かに、抗告審を事後審と解するのが多数説・判例である。しかし、控訴審と異なり、事後審であることを根拠づける明文規定はなく、審理方式は裁判所の裁量によるところが大きい。むしろ、差戻しより自判が原則であると考えられる点（426条2項）では、制度的に続審の余地を残しているともいえよう。

特に、もっぱら終局裁判（しかもそのほとんどは実体判決）を対象とする控訴審と比べ、抗告審の対象となる原裁判ないし原処分は多種多様である。とすれば、抗告審審理の方法もおのずと多様性を帯びるはずである。そうだとすると、控訴審以上に、基本構造が事後審であるとの一言で抗告審審理のあり方を決することはできないというべきである。

2 控訴審における新事実の主張

ア 控訴審では、「やむを得ない事情によって第一審の弁論終結前に取調べを請求することができなかった証拠」であっても、控訴趣意書に援用している場合がある（382条の2第1項）。

本条は、量刑不当に関する393条2項などと相まって、控訴審の事後審性を修正ないし希薄化したものであるとしばしば指摘される。実際、1953（昭和28）年の刑訴法一部改正により本条などが導入される以前は、控訴審は純粹な事後審としての性格が強く、新たな事実の主張は、再審事由の場合を除き、実質的に封じられていたといつてよい。しかし、そのような純事後審論は、現実には維持困難であり、1953（昭和28）年改正において現在のごとく改められたという経緯がある⁽⁴⁰⁾。

ここでも繰り返すならば、控訴審の基本構造が事後審であるとしても、その一事で控訴審にまつわる全ての問題を処理しえない、むしろ破綻をきたすことを、1953（昭和28）年の刑訴法改正は象徴しているといえよう。

イ ところで、控訴審における新事実の主張が許されるとしても、事後審性を緩和する形で認めるというものであるから、およそ自由というわけではなく、そこには一審弁論終結時までに証拠調べ請求しえなかったことにつき「やむを得ない事情」が存在しなければならないという枠がかけられている。

「やむを得ない事情」の意義については、周知のとおり、いわゆる物理的不能説と心理的不能説の対立がある。裁判実務上も、必ずしもいずれか一方の立場で割り切って判断しているわけでないようだが、いずれの立場であれ、控訴審になって新証拠の存在がはじめて判明したような場合、当該新証拠ならびにそれに基づく新たな事実の提出は、許されてしかるべきこととなろう。控訴審段階で新証拠の存在が判明した場合はもちろん、仮に当該新証拠の存在が一審段階で明らかであっても、それを現実に入手できなければ証拠調べ請求・法廷への顕出は不可能であるから、後者の場合も「やむを得ない事情」

が存在することは明らかであろう。

3 控訴審における訴因変更からみた検討

(1) 訴因変更の可否

ア 上記の通り、上訴審構造論の単純な適用には限界がある。そして、そのひとつの応用として、控訴審における訴因変更の可否ないし許容限度という問題が存在している。この問題はまた、上訴審における主張の追加・変更という点で、再審請求抗告審において再審請求理由を追加できるかという問題と類似する面を持つ。そこで、次に、控訴審における訴因変更に関して概観し、抗告審における再審請求理由の追加の可否を検討する手がかりとする。

イ 実務では、かなり早い時期から、控訴審における訴因変更を許容してきた。

リーディングケースである最決1954(昭和29)年9月30日刑集8巻9号1565頁は、控訴審が事実の取調べを行った上で原判決を破棄自判するような場合には、「検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、訴因の変更を許さなければならない」とし、一審手続の準用(404条、312条)をその根拠とする。翌年の最判1955(昭和30)年12月26日刑集9巻14号3011頁も、「控訴審が一審判決の当否を判断するため事実の取調べを進めるにつれ、検察官から訴因変更の申出がある場合に、控訴裁判所は審理の経過に鑑み、訴訟記録並びに原裁判所において取り調べた証拠によって原判決を破棄し自判しても被告人の実質的利益を害しないと認められるような場合においては、訴因変更を許すべきものと解するのが相当」とする。

この2つの最高裁判例は、破棄自判の場合に限り訴因変更を認める趣旨のように見えるが、控訴審審理が終結して初めて自判可能か否かがわかるのであるから、「『もし一審判決が破棄された場合には』これを審判の対象にするという一種の条件付きのものと解すべきであろう」⁽⁴¹⁾。従って、一審判決に

誤りがない場合に控訴審で追加された訴因事実を認めて破棄自判することはできない（最判1967（昭和42）年5月25日刑集21巻4号705頁）にせよ、控訴審が原判決を維持しても、その場合に訴因の追加がおよそ違法であったということまで含意するものとはいえない（最決1994（平成6）年9月16日刑集48巻6号420頁参照）⁽⁴²⁾。

ウ 他方、学説の多数も、控訴審における訴因変更自体は許されると解してきた。

否定説は少数であるが、訴因変更を認めることは原判決時を基準に事後審査を行うという事後審性に反し、審級の利益を奪うこととなる点を理由とする。このほか、「控訴審における原判決の破棄と自判との間には、時間的にも、手続的にも、間隙はない」との根拠が挙げられる⁽⁴³⁾。これはおそらく、原判決の誤りが明らかになった場合に訴因変更が可能となるどころ、その時点ではもはや自判すべき時期に来ている以上、訴因変更を行う手続段階が存在しない」という趣旨であろう。「それまでの防御を徒労に帰すばかりでなく、訴因変更が実質において新たな訴えであることからすれば、変更後の訴因について審級の利益を奪う」との意見もある⁽⁴⁴⁾。

要するに、①控訴審が事後審である、②被告人の審級の利益の喪失、③被告人への新たな手続負担の発生、という3点に根拠があるといえる。

否定説に対しては、①自判も許容されている以上、それに備えての訴因変更は事後審性と矛盾しない、②審級の利益論は、訴因変更の適否でなく自判の適否の問題である、との反論がある⁽⁴⁵⁾。しかし、肯定説のもっとも根幹には、控訴審は、いわば「権利としての上訴制度」であり、なお事実審としての性格を強く有しており、しかも判決確定前の手続であるから、訴訟対象の変更による有罪判決確保の利益を考慮することも許されるのでないかとの発想があるように思われる。このほか、特例がない限り控訴審にも一審手続の規定が準用される（404条）、訴因変更については特例の定めがないた

め、一審と同様に解してよいという発想もあろう。

（２）控訴審における訴因変更の限界

控訴審における訴因変更が許容されるとして、その限度も問題となる。

本稿との関係で問題となる点を取り上げると、訴因の撤回、ないし、旧訴因を全面撤回して新訴因に入れ替えるいわゆる交替的変更についてはその許否がわかるが、訴因変更そのものを認める以上、追加・いわゆる狭義の変更は許されるというのが一般的な見解であろう。現実には予備的訴因の追加という方式をとることが多いようであるが、択一的訴因の追加も、それ自体が否定されるわけではなかろう。

交替的変更の場合、公訴事実が同一であるとしても現実的な攻撃防御の対象が完全に変わる。それゆえに以前の手続や攻撃防御が無になる可能性もあるために議論が生じることとなるが、それ以外の場合、従前の攻撃防御の対象は維持されている点で、被告人側に新たな手続負担が生じるとしても、それまでの手続や攻撃防御はなお生きている。それ故に、交替的変更以外の訴因変更は許容可能だとされるのであろう。

（３）控訴審論のまとめ

以上を要するに、少なくとも現在の多数説・判例では、控訴審が事後審であるとの一事で、控訴審における訴因変更を否定することはしていない。確かに、控訴審の事後審性を強調し、そこから訴因変更不可論を演繹する見解もかつては存在した。しかし、現在の多数説はそのような思考は取らず、事後審と訴因変更を調和させようとしてきたし、裁判実務の流れも同様であったといえよう。この発想は、再審理由の追加との関係においても、妥当するはずである。

第１に、事後審であるとの一事で攻撃防御の対象である訴因変更が否定さ

れているわけでないことは、これまで見てきたとおりである。そうすると、抗告審の場合も、事後審であるとの一事で主張の追加・変更を認めないというのは、姿勢として硬直的である。

第2に、再審抗告審の場合、控訴審以上に、主張の追加・変更を認めることには支障がないということである。

控訴審の場合、一審判決が存在するとはいえ、事件そのものにお流動性があり、現在の法運用を前提とする限り、被告人側との関係では利益・不利益双方の方向が存在しうる。それ故、控訴審の場合、二重の危険や審級の利益などと絡んで、新たな主張や訴因変更の可否が問題となりうる。しかし再審の場合、確定判決といういわば固定化した存在が判断対象であり、しかも利益再審のみが許されている。それ故、確定判決の利益を守るという限度を超えて請求人側に不利な事実が新たな主張として出てくるということはないか、許されない。これに対し、有利な方向での新たな主張の追加は、誤判の迅速な救済という利益再審の目的・機能にかない、手続的な混乱も存在しない。

また、控訴審では事件の流動性ゆえに訴因の交替的変更の可否が問題となるが、再審では、そのようなことは問題とならない。確定判決に対する攻撃であるうえ、仮にファルサを理由とした請求がノバに代わる（あるいはその逆）ことがあっても、前記のようなファルサ・ノバの実質的同一性からすれば、何ら問題はない。

さらに、控訴審の場合、事実誤認・法適用の誤り（すなわち、誤った有罪に対する攻撃）を理由とする控訴理由に対し量刑不当（すなわち、有罪自体に誤りはない）を主張するというような、両立しえない主張が追加されるという事態がありうるが、再審の場合、無罪方向での主張に限られるため、このような主張が追加されることは考え難い。

4 小括

ア 以上を要するに、上訴審（特に控訴審）の構造論が事後審であるとしても、それは上訴に関する基本的な考え方を意味するものであり、ある訴訟行為の許否を構造論から直截に導くことは望ましくない。そのような判断方法はむしろ上訴審の審理を硬直化させる。そこで、構造論を踏まえつつも、適宜、柔軟な運用を行うことが求められてきたのであり、いずれの論者もこの点については理解を共有しているといってもよい。

そうすると、抗告審が事後審であるということから直ちに請求理由の追加を認めないというのは、必ずしも正しい姿勢とはいえない。少なくとも、結論を急ぎすぎた判断方法というべきである。

イ ところで、最判1953（昭和28）年12月22日刑集7巻13号2598頁は、「所論の控訴趣意補充書は、控訴趣意書提出最終日を一八日経過した後に出されたものであつて、その内容も期間内提出の被告人の控訴趣意書を補充しただけでなく、新たな論旨を述べたものである。そうしてその提出の遅延がやむを得なかつたと認められるような事情も見出されないし、また公判廷において該書面に基き弁論したことによつて、遅延の瑕疵が治癒されるものとも認められない。それ故原判決には所論のような違法はない」と述べ、控訴審において、控訴趣意の追加をすることは許されないと判断しているがごとくである。

しかし、この判断が、そこまでの趣旨を含むものかは問題であろう。すなわち、判例集掲載の本件上告趣意においては、事実の追加といった点には何らの言及もなく、期限後提出の控訴趣意書でも職権調査の対象となりうることや控訴審での陳述の存在により適法な控訴趣意として扱われるべきことを主張するものである。最高裁の判断も、「新たな論旨を述べた」ことにも触れているものの、期限徒過後の控訴趣意書の効力を認めることができるかが中心となっている。

また、本判例が、控訴審段階で「新たな論旨を述べる」ことが許されないという趣旨を何らかの意味で含むものだとしても、具体的な事実関係が明らかでないため、その射程距離もまた推し量ることはできないように思われる。加えて、控訴の場合、控訴趣意書提出期限が定められる以上（376条1項、刑訴規則236条。なお、刑訴規則238条）、控訴理由の追加ということで脱法的にこの期限をかいくぐることは、違法かつ訴訟上の信義誠実違反（刑訴規則1条）ということはいえるかもしれない。しかし再審請求審の場合、口頭弁論がなされるわけでもなく、控訴趣意書提出期限のようなものは存在しないのであるから、決定の機が熟する以前であれば、新たな主張をすることも否定されないはずである。

第9 総括

以上を要するに、再審請求裁判所に対する再審請求理由の拘束力の存在、抗告審が事後審であるという一事から、再審請求抗告審において再審請求理由の追加を認めないことは、控訴・広告を含め上訴審の実態とも整合せず、再審の理念である無辜の救済を阻害するものとなる。

むしろ、上訴審の実態からみれば、抗告審においても再審請求理由の追加請求を認めることの方が相当であり、それに対する法制度上の支障も存在しないと考えられるのである。再審は、無辜の早期救済を図ることが目的・機能であるという点でも、追加請求が認められる必要性が高いといえる。

さらに、すでに同種論点について判断した判例には、上記の点で問題が残る上、本件の処理に適した事案とはいいがたい面を持つ。

これらの点で、抗告審における再審請求理由の追加は、許されるものと考えられるべきである。

付記

その後、袴田事件抗告審決定（東京高決2018年6月11日）は、原決定を取消し、再審請求を棄却するとした。その判断にはきわめて問題が多く、別に問題としたいが、ここでは、本稿と関連する抗告審における再審理由の追加について触れておくにとどめる。

同決定は、次のようにいう。

「即時抗告審は原決定の判断の当否を事後的に判断するものであって、原審で主張されて攻撃防御が尽くされている再審事由を補充、敷衍する趣旨であればともかく、原審で主張されていなかった再審事由を請求人が新たに追加することは事後審である抗告審の性格と相容れず、不適法であるから、これらの主張に対しては判断しない（最決平成17年3月16日裁判集刑事287号221頁以下等。なお、刑訴法435条6号の事由の判断に必要な限度において、これらの事由に関する主張又は事実関係について検討していることは、既述のとおりである。）」

このような形式論理による判断は、日本の裁判所の一般的な姿勢からみて、十分に想定しうるものといえはいる。しかし、このような形式論理による判断で済ましえないことを、本稿や先行の豊崎論文は指摘してきたのである。

本決定は、事後審であることを根拠として追加請求の問題を処理する一方、請求の可否に関する判断部分では、むしろ続審的である。具体的な点は別に論じられることとなろうが、本件抗告審においては、請求人側・検察官側双方から相当多数の証拠が提出されている。重要争点であった細胞選択的抽出法についても、いわゆる検証実験が実施された上、原鑑定人、検証実験の鑑定人に対し、両名の対質を含む証人尋問も実施されている。このような審理は、原決定の当否の事後的審査という域にはとどまりえないであろう。

この点で、本決定は、請求棄却の結論を演繹するのに都合の良い形で抗告審構造論を援用する一方、本案との関係では、事後審の枠を踏み越えるとい

う二重の基準に基づく判断をしているといわなければなるまい。

その是非は別として、「重い再審請求審」が実態だという状況の下では、構造論を金科玉条にすることは厳に戒められるべきである。

注

- ⁽¹⁾ 日弁連編『続・再審』（1986年、日本評論社）88頁による。
- ⁽²⁾ 最判1953（昭和28）年12月22日刑集7巻13号2598頁は、この趣旨を含むがごとくである（『最高裁判所判例解説刑事篇昭和52年度』294頁〔佐藤文哉〕）。
- ⁽³⁾ 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（1966年7訂版、創文社）589頁。小西秀宣「再審」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』（2002年、悠々社）503頁が「この問題〔注・再審のいわゆる第4審化の当否〕は、突き詰めれば、要は、制度の安定性あるいは信頼性と、誤判の可能性とのバランスにあるということができるとは思わないかと思う」というのも、同趣旨であろう。
- ⁽⁴⁾ 小西秀宣「再審」三井誠ほか編『刑事手続』下（1988年、筑摩書房）1017頁。
- ⁽⁵⁾ 小西・前掲注（4）は、確定力の利益として、刑事司法制度・法曹制度への信頼、直接・口頭主義に基づく判決への信頼、判決確定による事件の終結、被害感情の鎮静化、関係者・社会の事件の影響からの解放、刑の執行による贖罪・更生といった点を指摘する。国家の側からみる限り、確定力にこれらの利益があることは事実である。

しかしそれを前提としても、司法制度や審理・判決への信頼は正しい裁判であって初めて得られるものであるし、逆に誤った裁判を是正することもまた信頼の醸成・確保に寄与する。また、事件によりかく乱された被害感情や社会秩序の回復も、正しい判断があって初めて成り立つ。贖罪・更生も、真犯人であって初めて可能なのであり、無辜にこれらを転嫁することは許されない。

ところで、確定力の利益の同義概念として用いられる表現に、「法的安定性」がある。しかし、これも詳細にみるならば、①確定判決まで手続に従って認定がなされそれが終局に至った事実を尊重する（一般的安定性）、②無罪判決を得た者は再訴遮断による地位・安心感が保障される（法的安全性（1））、③論理則・経験則によらない有罪判決が確定しても、これを放置されない権利がある（法的安全性（2））、という3面がある（光藤景皎「再審の基本構造」鴨良弼編『刑事再審の研究』（1980年、成文堂）40頁）。能勢弘之「Rechtssicherheit—ドイツ再審法の理念」竹沢哲夫先生古稀祝賀『誤判の防止と救済』（1998年、現代人文社）も参照）。

小西説では①の面のみがとらえられているが、②③の存在を忘れることは許されない。それゆえ、誤った有罪判決には、確定力の利益を観念しえないのである。

- ⁽⁶⁾ 日本ではあまり意識されていないようだが、職権主義の下では、真実発見、被告人（再審では請求人）に対する後見機能といった高度な義務が裁判所に課されているのである。
- ⁽⁷⁾ 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』第10巻（2013年第2版、青林書院）137頁〔高田昭正〕。このほか、裁判を受ける権利（憲法32条）、公平な裁判所（憲法37条1項）なども根拠となるであろう。
- ⁽⁸⁾ 最決1975年5月20日刑集29巻5号177頁（白鳥決定）。
- ⁽⁹⁾ これは同時に、控訴審では、控訴趣意書で原判決の問題点を拾いつくしておくべきだというのが基本であり、実際にそのような運用されている。石井一正『刑事控訴審の理論と実務』（2010年、判例タイムズ社）224頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』第9巻（2011年第2版、青林書院）335頁〔原田國男〕。
- ⁽¹⁰⁾ 開始決定のあった死刑再審につき、開始決定に至る請求をした時点から開始決定までの期間をみると、2年3カ月（免田事件第3次。のち取消し）、7年5カ月（免田事件第6次）、15年4カ月（財田川事件第2次）、9年6か月（松山事件第2次）、17年（島田事件第4次）、3年（名張事件第7次。のち取消し）、6年（袴田事件第2次）となる。棄却決定が抗告で破棄された後に再審開始を得たため長期にわたったものも少なくないが、事件の実体に踏み込んで審理された場合、請求から最初の決定までには相当の年月を要し、むしろ、通常審よりも長期審理であるとさえいえる。
- ⁽¹¹⁾ これが本来望ましいかはもとより問題があり、学説では、再審請求審があまりに重くなりすぎているのではないかととの観点から、「再審請求のライト化」を指向すべきとの議論も現れている（中川孝博「再審請求審のライト化に向けて」季刊刑事弁護91号）。この指摘そのものは正当と考える。ただ、本稿の主目的はこの点でなく、再審請求の実態が「重い」現実の中で、抗告審はどうあるべきかを考えることにあるので、「重い請求審」を前提に検討する。
- ⁽¹²⁾ この点については、鈴木茂嗣「再審請求審理手続」光藤景皎編『事実認識と救済』（1997年、成文堂）218頁以下。川崎英明『刑事再審と証拠構造論の展開』（2003年、日本評論社）108頁以下も参照。
- ⁽¹³⁾ 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造』下（1997年、成文堂）659頁以下。「統審の審査審」については、同「再審請求審理手続」光藤編・前掲注（12）書224頁。
- ⁽¹⁴⁾ 拙稿「再審請求における即時抗告審の審理」大宮ローレビュー11号。
- ⁽¹⁵⁾ 光藤景皎「再審に関する若干の問題」ジュリスト601号22頁。最高裁白鳥決定における特別抗告趣意も、同様に述べる。
- ⁽¹⁶⁾ 鴨良弼「再審の理論的基礎」法律時報37巻5号6頁
- ⁽¹⁷⁾ 鴨・前掲注（16）7頁。
- ⁽¹⁸⁾ 鴨・前掲注（16）9頁。

- ⁽¹⁹⁾光藤・前掲注(15) 24頁。田宮裕『一事不再理の原則』(1978年、有斐閣)も、再審事由の2類型論と訴訟構造との関連は「19世紀における再審の揺籃期に歴史的意義をになったのであった。今日ではせいぜい、再審理由に二つのタイプのものがあるという立法技術上の選択肢を提供するにすぎない」(312頁)、「当事者訴訟の真髓が無害の不処罰への志向にあるとすると、緩やかな誤判の救済はむしろその帰結である。したがって、利益再審の限度ではあるノバ方式はむしろ緩やかに認められてしかるべきである」(316頁)という。
- ⁽²⁰⁾光藤・前掲注(15) 23頁、内田博文「フランス」鴨編・前掲注(7) 書460、463頁。
- ⁽²¹⁾田宮・前掲注(19) 書87頁。
- ⁽²²⁾前掲注(7)『大コンメンタール刑事訴訟法』第10巻22頁〔川崎英明〕。
- ⁽²³⁾井戸田侃『刑事手続構造論の展開』(1981年、有斐閣) 265頁、前掲注(7)『大コンメンタール刑事訴訟法』第10巻23頁〔川崎英明〕。その対比でいえば、6号は「非典型的ノバ」ということとなる。
- ⁽²⁴⁾本件のほか、弘前事件・松山事件でも、再審開始決定ないし再審判決で、捜査機関による証拠ねつ造の可能性が示唆されている。徳島ラジオ商事件、棄却決定だが白鳥事件などでも、違法・不公正な捜査の存在が示唆されている。
- ⁽²⁵⁾白井滋夫「再審」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編』第12巻2756～7頁)。これが多数説だとされ、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法』第7巻(2000年新版、立花書房) 171頁〔白井滋夫・河村博輔正〕、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』(2009年第4版、弘文堂) 1143頁、前掲注(7)『大コンメンタール刑事訴訟法』第10巻147頁〔高田昭正〕もこれによる。平場安治ほか『注釈刑事訴訟法』下(1983年全訂新版、青林書院) 358頁〔高田卓爾〕も同様だが、あまりに制限的な立場をとるべきでないとする。
- ⁽²⁶⁾能勢弘之・判例タイムズ325号101頁、井戸田・前掲注(23) 274頁。青柳文雄『刑事訴訟法通論』下(1976年5訂版、立花書房) 709頁、松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』(1992年、有斐閣) 584頁〔小林充、小西秀宣〕もこの趣旨か。
- ⁽²⁷⁾白井・前掲注(25) 2757頁。
- ⁽²⁸⁾職権手続といっても、裁判所がありとあらゆる方面に触手を伸ばしてよいというものでない。旧刑訴法下の通常手続でも、事件(ないし公訴事実)の同一性を有する範囲という限界はあった。再審の場合、さらに確定判決という枠が定まる。この枠内で、当事者が主張しない事実を裁判所が考慮してよいのかが問われているといえる。
- ⁽²⁹⁾抗告審構造論については、横田安弘・高橋省吾『刑事抗告審の運用上の諸問題(増補)』(1991年、法曹会) 130頁以下、松尾浩也・後藤昭「抗告審の構造」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(1979年、有斐閣) など。
- ⁽³⁰⁾小野清一郎ほか・ポケット註釈全書『刑事訴訟法』下(1986年新版、有斐閣) 1150頁〔栗本

一夫〕。初版は1955年。

- ⁽³¹⁾磯邊衛「準抗告審において取調べ審査しうる範囲」河村澄夫ほか編『刑事実務ノート』第3巻（1971年、判例タイムズ社）269頁。
- ⁽³²⁾戸田弘「抗告」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編』第11巻（1956年、有斐閣）2648頁。またこのことから、原決定後に生じた事実の主張を抗告申立書に記載することも許されないという（同2665頁）。
- ⁽³³⁾法学を含む「社会科学において主義というとき、それは、基本的な精神、基本的な偏りをいうのです。制度の末端は、種々の具体的事情によって定まるのであって、末端まで一つの主義で貫こうとすると教条主義におちいりますし、末端までいくつかの主義で説明しようとする、単なる『交錯主義』になってしまいます」との指摘（平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』（1964年、日本評論社）11～12頁）は、上訴審構造論にもほぼそのまま妥当する。構造論といっても、それは制度の基本的設計の謂われであり、ある程度の柔軟性が不可欠なのである。
- ⁽³⁴⁾伊藤栄樹ほか著者代表『新版注釈刑事訴訟法』第7巻（2000年、立花書房）29頁〔河上和雄〕、前掲注（9）『大コンメンタル刑事訴訟法』第9巻661頁〔古田佑紀・河村博〕、松尾・後藤・前掲注（29）論文276頁。従って、「構造類型としてのどれに当たるか、が問題ではなく、当該抗告審が果たすべき役割に応じた弾力的な抗告審のあり方が問われねばならない」とされる（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14巻2号104頁）。
- ⁽³⁵⁾鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（1990年改訂版、青林書院）248頁。
- ⁽³⁶⁾鈴木・前掲注（35）書261頁。
- ⁽³⁷⁾これに先立ち、同様の方向性を指すものとして、司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』（2009年、法曹会）。
- ⁽³⁸⁾前掲注（9）『大コンメンタル刑事訴訟法』第9巻84頁〔原田國男〕。
特に、一審有罪判決に対し、控訴審裁判所が無罪心証を得た場合、控訴審の心証を優先させる必要がある（井戸駿一「刑事控訴審における事実誤認の審査方式について」判タ1359号63頁）。
- ⁽³⁹⁾前掲注（9）『大コンメンタル刑事訴訟法』第9巻80頁〔原田國男〕、石井・前掲注(2)39頁ならびに431頁。392条の2の解釈に関する最決1984（昭和59）年9月20日刑集38巻9号2810頁の調査官解説も、事後審といっても概念に争いがある上、「事後審の本質なるものをア prioriに前提としたうえで、本来純粹に理念型の一つで割り切れるものとは限らないはずの実定訴訟法規についての種々の解釈論を導くという議論の進め方自体に疑問があるように思われる」と述べる（『最高裁判所判例解説刑事篇昭和59年度』412頁〔安廣文夫〕）。
- ⁽⁴⁰⁾詳細は、日本刑法学会編『改正刑事訴訟法』（1953年、有斐閣）所収の団藤（71頁以下）、鴨

(210頁以下)、平場 (231頁以下) の各論文。

⁽⁴¹⁾ 『最高裁判所判例解説刑事篇昭和42年度』139頁〔海老原震一〕。

⁽⁴²⁾ 本件の調査官解説は、控訴審における訴因変更が破棄自判を予定したものだとしても、「訴因変更と判決とが時期的に食い違う以上、訴因変更の要否は、あくまで訴因を変更する時点における破棄自判の要否の事前の予測に基づかざるを得ない」。従って、訴因変更があっても自判が義務的なものとなることはなく、自判しなかったとしても、それは「変更後の訴因が結果的に審判の対象とされないだけであり、訴因変更手続自体が違法となるものではないと考えられる」とする（『最高裁判所判例解説刑事篇平成6年度』198頁〔中谷雄二郎〕）。

⁽⁴³⁾ 石川才顕『刑事訴訟法講義』（1974年、日本評論社）348～9頁。

⁽⁴⁴⁾ 白取祐司『刑事訴訟法』（2017年第9版、日本評論社）504頁。

⁽⁴⁵⁾ 石井・前掲注（9）290頁、前掲注（9）『大コンメンタール刑事訴訟法』第9巻450頁〔原田國男〕。