

再審請求における即時抗告審の審理

新屋達之

はじめに	94
Ⅰ 抗告審の性格	95
Ⅱ 再審請求の特殊性	98
Ⅲ 控訴審構造論からの示唆	101
Ⅳ 再審請求に関する即時抗告審のあり方	104
むすびにかえて	109

はじめに

犯人性が激しく争われる再審請求の場合、請求棄却決定に対しては請求人側から、開始決定に対しては検察官側から、それぞれ不服申立⁽¹⁾がなされるのが通例である。特に最近は、ようやく開始決定がなされたにもかかわらず、それが取り消される場合も少なくない。このような結論の違いが、確定判決の強度計算、新証拠の明白性判断の方法——大体において、確定判決の強度を強いものと見、あるいは新証拠の証拠価値を低く見積もる傾向——に由来することは明らかである⁽²⁾。他方、かかる証拠評価上の問題のみならず、即時抗告審における検察官側からの主張・反証と証拠提出という手続問題も大きく作用しているように思われる⁽³⁾。

再審は無辜の救済を理念とする制度でありながら、現実には「らくだが針の目処を通るよりも難しい」と言われるほどに開始決定のハードルは高い。そのハードルを越えたにもかかわらず、検察官の即時抗告により開始決定の取り消しを余儀なくされるというのは、余りにも確定判決の利益に偏った考え方であり、誤判救済を阻害しているとの批判が現れるのも、致し方ない。この点で、問題の根源は、開始決定に対する即時抗告が制度化されていること（刑訴法 450 条）自体にあり、その行使は検察官の許されざる権利濫用⁽⁴⁾でないのか、あるいは不利益な即時抗告自体が憲法上許容されない（憲法 39 条）のでないのか、といった批判も登場する。そこで、開始決定に対する即時抗告を禁じる法改正の必要性も主張されてきた⁽⁵⁾。これらの主張には、全面的な同意を覚えるものである。ただ、現実制度として不利益変更を許容する即時抗告が制

(1) 再審の場合、確定一審判決を対象とする請求審に対する即時抗告審の場合と、確定控訴審判決を対象とする請求審に対する異議審の場合とがあるが、本稿では、異議審も含めて「即時抗告審」として扱う。また、原請求審についても、一審判決を対象とする場合、控訴審判決を対象とする場合の双方を併せ、「請求一審」の表現を用いる場合がある。

(2) 関連論稿は多いが、筆者自身のものとして、拙稿「最近の 6 再審請求審判断をどうみるか」季刊刑事弁護 79 号。付言すると、冤罪性が深刻に争われる著名事件に関する限り、開始決定が総じて分析的・論理的であるのに対し、棄却決定には可能性論や不可知論、大筋論といった、多分に直観的判断が多用される傾向がある。

(3) 再審請求の審理は公開されないため、実体を明らかにすることは容易でないが、日弁連編『続・再審』（1986 年、日本評論社）353 頁以下に若干の事例が紹介されている。また、財田川事件について、同書 95 頁。

(4) 三井誠「再審手続の構造」鴨良弼編『刑事再審の研究』（1980 年、成文堂）179 頁。

(5) 竹沢哲夫「再審手続と検察官関与の問題点」法律時報 53 巻 5 号 15 頁以下、水谷規男「再審法理論の展望」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法』（下）（2007 年、日本評論社）1070 頁及び 1078 頁。

度化されている以上、その枠内での規制も考えられる必要があろう。

他方、後に見る通り、最高裁は、抗告審の構造についてこれを事後審だとする決定をした。直接的には身体拘束に関する事例であるが、再審請求の即時抗告審との関係でも、事後審論のもつ意味は再検討を要するであろう。

そこで、再審請求における即時抗告審審理について、若干の検討を試みることにする。

Ⅰ 抗告審の性格

1 再審請求にかかる即時抗告審の場合、再審請求審であるという性格に加え、抗告審であるという性格が加わり、問題が複雑化する。そこでまず、抗告審の性格について若干検討しておく必要があろう。

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。このうち覆審説は存在せず、実際には続審説・事後審説が対立する⁽⁶⁾。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議論が対立する。抗告審構造論は、ほとんどが身体拘束にかかる準抗告を中心に論じられてきたものではあるが、簡単にこの問題を概観する。

2 続審説をとる論者は余り多くないが、刑訴法 426 条 2 項の規定の存在を根拠とする⁽⁷⁾。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。続審説の根拠と考えられるところは、④現実の運用が事後審のみでは説明できないという点、⑤426 条 2 項の文理、⑥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ら

(6) 抗告審の構造論については、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。

(7) 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。

たな事実であって、すみやかにこれを取調べるもの」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⁽⁸⁾。

他方、事後審説は現行刑訴法の制定時から多数説的な地位にあり、むしろ通説とさえいってもよからう。この問題を最初に体系的に提起した戸田弘によれば⁽⁹⁾、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）」⁽¹⁰⁾。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。

3 もっとも、抗告審の場合、控訴審と異なる特殊性が存在する。すなわち、控訴審の場合、実体裁判に対するか形式裁判に対するかという違いはあれ、終局裁判が対象である。しかし、抗告審の場合、裁判所の処分のみならず、準抗告のように裁判官の裁判（429条）、捜査機関の処分（430条）を対象とするものさえある。他方、訴訟手続に関する抗告についてもその有する意味は多岐多様で、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事項を扱うもの、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）といったその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）や区分審理に関する決定（裁判員法71条3項）など手続問題のみならず実体形成過程とも関連してかなり重要な性格をもったものまでがある。

このようなこともあって、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

(8) 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。

(9) 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）。

り切ることは困難であるとされてきた。抗告審構造論により抗告審の運用も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。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、簡易・迅速な手続である抗告手続において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）。

特に、これまで問題とされてきた事例のほとんどは、身体拘束ならびにそれからの解放という刑事手続の運営の円滑化のための手続に関するものである。身体拘束の受忍ないしそれからの解放がいかに被疑者・被告人にとって重大事であるとしても、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ことは確かである。特に捜査段階の場合には身体拘束に対する時間的制約もあるため、迅速性の要請も強い。訴訟費用などに関する場合は、さらに付随的性格が強い。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。原決定（ないし原処分）の性格いかんにより、事後審・続審のいずれかの性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しれないが⁽¹⁰⁾、それにはそれなりの必然性があったように思われる。

4 ところで、最高裁は、保釈許可決定に対する抗告に対する特別抗告事件⁽¹¹⁾において、「抗告審は、原決定の当否を事後的に審査するもの」との判断を示し、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

(10) 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〕、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』第2版第9巻（2011年、青林書院）661頁〔古田佑紀・河村博〕、松尾・後藤・前掲注（6）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）。

(11) 最決2014年11月18日刑集68巻9号1020頁。なお、前日には同じ第一小法廷で、勾留請求却下の裁判に対する準抗告の決定（勾留決定）に対する特別抗告審で、原決定取消・勾留請求却下を維持した決定がある（裁判所時報1616号17頁）。

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。

判示の仕方からみて、最高裁は、保釈の可否に関する抗告審、あるいはもう少し広く身体拘束にかかる事件の抗告審のみを念頭に置いての判断とはいえないであろう。抗告審が一般的に事後審性を有することを前提に、身体拘束に関する事件であることの特性を加味して判断したものといえよう。いかなる意図からこのような判断がなされたのかは定かでなく、あるいは従来からの多数説的立場である事後審説を再確認したにとどまるのかもしれないが、実務上は抗告審のあり方に決着をつけるものであり、大きな影響を与えることだけは確かである。

II 再審請求の特殊性

1 では、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。

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⁽¹²⁾。

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、口頭弁論は要しない（従って、自由な証明で足りる）。再審請求審が公判に比べて簡易化された手続であることは事実である。しかし、請求審は、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きわめて重要な役割を担っている。しかも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認定が維持し難いとしてなされたものであるから、実体形成とも関連した、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、実体判断の側面を有する。

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

(12) 最決 1975 年 5 月 20 日刑集 29 巻 5 号 177 頁（白鳥決定）。

し⁽¹³⁾、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、ときには確定審以上に慎重な審理とさえいえる場合もある。これらの点で、請求審は現実には決して簡易・迅速な手続でない。

2 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いってよい。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⁽¹⁴⁾。

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、請求審は審査審の性格をもつ。もっとも、再審には新証拠が必要な点で、単純な事後審でなく、「続審的審査審」ということになる⁽¹⁵⁾。このことも、即時抗告のあり方を考える上では前提とする必要があろう。

3 さらに、再審請求と一事不再理（二重の危険）との関係も、みておく必要がある。

いうまでもないが、再審は確定判決にかかる事実誤認の救済であり、確定力の除去ない弱体化に向けた手続である。これに対し、控訴審は、事実誤認の救済という点では再審と共通する面を有するとはいえ、未確定の判決に対する不服申立てである⁽¹⁶⁾。

(13) 開始決定のあった死刑再審についていえば、請求から開始決定まで、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カ月（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。

(14) 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『事実誤認と救済』（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。

(15) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造』（下）（1997年、成文堂）659頁以下。「続審的審査審」については、同「再審請求審理手続」光藤編・前掲注（14）書224頁。

(16) 井戸田侃『刑事手続構造論の展開』（1982年、有斐閣）293頁以下参照。小田中聰樹『刑事訴訟と人権の理論』（1983年、成文堂）423頁は、再審の上訴類似性を強調する。

ところで、一事不再理の効力は、かつては内容的確定力の外部的効果であるなど理解されてきたが⁽¹⁷⁾、現在の通説的見解は、これを二重の危険に由来するものと理解している⁽¹⁸⁾。こうして、一事不再理の効力は実体判決の効力と切り離され、一事不再理が憲法上の権利として位置づけられたことにも象徴されるように、人権問題へと発展した。もっとも、二重の危険が判決確定までの一連の手續にかかる継続的危険かどうかについては見解がわかれ、この立場の相違が検察官上訴の憲法適合性に影響していることは周知の通りである。ただ、二重の危険が仮に継続的危険であり検察官の不利益上訴自体は許容されるものと仮定しても、確定判決後の救済手續である再審の場合には、別異に考える必要がある。すなわち、消極的実体的真実主義の例外として検察官上訴そのものが認められるとしても、「これはまさに例外としてやむを得ざる場合にのみ認められるというべき」もので、「確定裁判を対象とするならば例外は認められるべき余地はない」⁽¹⁹⁾。現行刑訴法が不利益再審という「例外」を認めず、利益再審のみを認めたのも、基本的人権の保障を刑事訴訟の目的としてかかげたことの当然の帰結だということとなる。こうして、再審はまさに「無辜を救済するための愛のかけ橋」であり、それ自体が「デュー・プロセス上の制度」と位置づけられた⁽²⁰⁾。

しかも、再審と二重の危険との関係も、従来は、請求人による二重の危険の抗弁の放棄が再審であるとされてきた⁽²¹⁾。しかし、このような立場は、二重の危険と利益再審との間にある種の原則・例外関係を想定しているのでないのか。そうすると、「二重の危険が、国家の訴追によって被告人が手続的負担を強制されたという事実由来とするれば、その強制の結果としての国家（裁判）の過誤を匡正するのに被告人（再審請求人）の権利の『放棄』を要求するのは、二重の危険の権利性を否定すること」に繋がる。そこでむしろ、「利益再審は、二重の危険（国家の訴追権の消滅）を前提として、被告人（請求人）に権利として、いわば新たな手続的負担を『甘受』することを認める制度」なのだとし、再審請求の権利性が強調されるようになってきた⁽²²⁾。この立場からすれば、再審請求審であるからといって、二重の危険が全面的に解除されるわけでない。確定判決の二重の危険は、それが継続的危険か否かを問わず、再審請求段階

(17) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（7訂版、1966年、創文社）312頁。

(18) 田宮裕『一事不再理の原則』（1978年、有斐閣）81頁以下など。

(19) 井戸田・前掲注（16）書294頁。

(20) 田宮・前掲注（18）書304頁。

(21) 田宮・前掲注（18）書110頁など。

(22) 大出良知「再審法理論検討の基本的視点」法律時報55巻10号21頁、田口守一・白取祐司「二重の危険と上訴・再審」光藤編・前掲注（14）書104頁〔白取執筆部分〕。

にも引き継がれ、その保障の許で再審請求審が行われるべきこととなる。

そうであるなら、再審請求審における二重の危険の機能は、通常手続以上に保障されるべきこととなる。そこで、確定判決を維持する限度を超える検察官の活動は許されないのではなか、あるいは再審開始決定に対する即時抗告はそもそも許容されないのではなかとの疑問が生じる⁽²³⁾。そうであるならば、開始決定に対する即時抗告が許されると仮定しても、検察官の活動には、二重の危険に由来する限界が存在するはずである。これに加え、上訴審構造論の観点からする限界が存在する。観点を異にする2つの制約がかかる点で、再審請求に関する即時抗告審は、通常の控訴審以上に片面性が強いと考えられるのである。

Ⅲ 控訴審構造論からの示唆

1 以上のような抗告審の構造論、再審請求の特殊性を考慮しつつ、では、再審請求における即時抗告審の審理はいかにあるべきか。

再審請求は、新証拠の発見を契機とする確定判決に対する事後審査である。再審請求自体にも上訴類似性はあるが、即時抗告審が請求一審の決定に対する上訴であることは、明らかである。そしてそれが再審理由の有無に踏み込んだ判断の場合、実体判断的な側面も存在する。これらの点を考慮するならば、再審請求における抗告審審理のありかたを考える上では、事実問題に関する上訴である控訴審構造論的アプローチにも一定の有効性があるように思われる。

もちろん、控訴審構造論のアプローチからみるといっても、通常の控訴審構造論をそのままあてはめるわけにいかないことも事実である⁽²⁴⁾。また、控訴審審理のあり方自体、構造論で単純に割り切れるわけではなく、多分に機能的な要素が考慮されていることも明らかである。ただ、そのような限界を認めつつも、控訴審構造論として論じられてきた点にも、それなりの指針があるように思われるのである。

(23) 田口・白取・前掲注(22)論文107～8頁〔白取執筆部分〕。

(24) ここではあくまで、再審請求審における確定判決の再検証がどのような色彩のものかを見極める手段として、構造論的な観点から検討を行ったものである。

もっとも、上訴と再審には判決確定前の手続か確定後の手続かという違いはあるにせよ、無罪の不処罰を基本理念とすべきことについては共通し、控訴理由・職権破棄理由には再審事由の存在が含まれている(刑訴383条1号、411条4号)。これらの観点からみると、上訴と再審の相違といっても多分に相対的なものにとどまることとなる。また、その前提として、既判力についても再審との関係では相対的なものに過ぎないこととなる(田口・白取・前掲注(22)論文107頁〔白取執筆部分〕参照)。

2 抗告審自体が事後審をベースとする点、再審請求審もまた審査審だとされる点からすると、再審請求にかかる即時抗告審の審理については、控訴審における事実認定審査の方法が一応のメルクマールとなろう。

通常の控訴審が事後審であることについては、現在では、学説・判例ともに異論をみない。もっとも、事後審概念の理解と控訴裁判所の取り調べる資料の範囲については議論がある。①控訴裁判所が原裁判所の立場に立って原判決を事後的に審査するものであり、原裁判所が取り調べた証拠ならびにその弁論終結前に取調べ請求のあった証拠に基づく審査であることを原則とするのが伝統的立場であった⁽²⁵⁾。これをやや広げて、原判決の審査といっても「客観的に結論が正当かどうかを調べるのも、やはり事後審査である」との見地から、他の資料により誤りを明らかにして原判決の破棄を許すことも、例外的には認めてよいとする立場も主張される⁽²⁶⁾。いずれも新たな証拠の取調べにかなり厳格な態度をとる。

逆に、新たな証拠の取調べを緩和する見解も、裁判実務家を中心に根強い。すなわち、②重要な証拠については裁判所に職権証拠調の義務があるとの立場を前提に、その義務違反がなければ原判決に影響を及ぼしたであろうと認められる証拠については、控訴審裁判所は取調べ可能である（むしろその義務がある）とか、原審としてその証拠の存在・価値を考慮するのが相当であったと思われる場合にはこれを審査の資料となしうとして、当事者請求の場合には限定的に、職権の場合には自由に新たな資料を取り調べうとの立場もある⁽²⁷⁾。さらに、③職権の場合のみならず当事者請求の場合にも新たな取調べは自由だとの見解も存在する⁽²⁸⁾。

3 このような対立が、控訴審の事後審性という法原則・構造論と現実事件の解決という具体的正義の要請の間に生じる相克に由来することは明らかである⁽²⁹⁾。総じていえば、①は前者を重視し、②③は後者を重視する。しかし、この相克が頂点に達するの

(25) 団藤・前掲注(17)書517頁など。

(26) 平野龍一『刑事訴訟法』(1958年、有斐閣)304頁、318頁。同『裁判と上訴』(1982年、有斐閣)154頁以下も参照。

(27) 岸盛一『刑事訴訟法要義』新版5版、1971年、廣文堂)326頁、伊藤栄樹他著者代表『新版・注釈刑事訴訟法』第6巻(1998年、立花書房)267頁〔小林充〕、平良木登規男『刑事控訴審』(1990年、成文堂)113、116頁等。

(28) 小野清一郎「新刑訴における控訴審の構造」刑法雑誌1巻3・4号396頁、齊藤朔郎『刑事訴訟論集』(1965年、有斐閣)111頁、横川敏雄『刑事控訴審の実際』(1978年、日本評論社)16頁等。

(29) これに関連して横川・前掲注(28)書5頁以下参照。

は、一審が証拠の採否ないしその評価を誤った結果、被告人に不利な判断をした場合、とりわけ冤罪の場合である。この場合、事後審という論理を単純に適用して被告人側による証拠の取調べ請求を許容しないのはどう考えても正当でない。1950年代初頭に在野法曹から控訴審の続審化ないし覆審化の要求が出た理由の一端も、ここにあらう。その一方で控訴審の続審化・覆審化を進めれば、一審中心主義や迅速な裁判との関係でも問題が生じる。

ここから、控訴審の構造ならびに事実の取調べに関する片面的構成論が登場する。すなわち、㉞二重の危険、㉟疑わしきは被告人の利益にという刑事裁判の鉄則からして厳格な証明の結果たる一審判決の破棄には厳格な証明による事実の取調べを要するが、これは被告人への過重な負担をもたらす二重の危険の禁止の趣旨に反する、㊱迅速な裁判を受ける権利、㊲控訴審における被告人の出頭義務の不存在という点からみて、控訴審における検察官の訴追活動は規制がかかる一方、被告人側にはそのような規制がなく、「事実取調べの範囲を被告人に有利な方向に拡張する機能を営む」。従って、控訴審は、検察官側にとっては原資料に基づく事後審として、被告人側にとっては新資料を含む資料による事後審として機能するというのである⁽³⁰⁾。従って、新資料の提出も、検察官側には例外的（393条1項但書参照）に、被告人側には原則として制約がかからないとされる。いわば、被告人側に限り続審化・覆審化された控訴審である。

4 控訴審の片面的構成論については、傾聴すべき点が少なくないとしつつ、運用上の配慮としてはともかく解釈論としてはとりえないとの批判も少なくない。

すなわち、「被告人が証拠の提出に関して何らの制約も受けないとすることは、審級制度の調和ないし訴訟資料の第一審への集中の要請に反することは明らかである」⁽³¹⁾。さらに具体化すれば、㉟については陪審制をとらない日本では二重の危険の機能を異にする、㉟控訴審では原判決の破棄も本来は自由な証明で足り、審理の便宜という政策的見地から厳格な証明によっているに過ぎない、㊱迅速裁判の要請は検察官からの事実の取調べ請求を禁すべき理由でない、㊲被告人の出頭義務の解除は事後審性を前提とする一方、権利保障の必要がある場合には出頭義務が発生する点（390条但書）が閑却されている、という⁽³²⁾。㉞㉟については、二重の危険が継続的危険であること、

(30) 小田中・前掲注(16)書390頁以下。鈴木・前掲注(15)書632頁以下、井戸田・前掲注(16)書245、256頁、平田元「控訴審・上告審論の展望」村井敏邦他編・前掲注(5)書958頁。なお、田宮裕『注釈刑事訴訟法』（1980年、有斐閣）449頁。

(31) 伊藤栄樹他著者代表・前掲注(27)書・268頁〔小林充〕。

(32) 平良木・前掲注(27)書114頁。

④については過重な負担の事実自体が存在しないか、見かけだけのものかどうかということであろう。

しかし、このような批判は、控訴審における片面的構成論についてはまだ妥当するかもしれないが、再審請求審の場合にはあてはまらないように思われる。

第1に、二重の危険が継続的危険であるとすれば、確かに検察官の不利益上訴も肯定され、その結果、控訴審における新資料の取調べも検察官・被告人側双方に「公平」に開かれるべきだとはいえるかもしれない。しかし、そもそも再審が確定審段階で既に発生した二重の危険を前提とする、有罪判決を受けた者の側からする救済請求権の実現のための制度であるならば、二重の危険の効果も、確定前手続である控訴審と同列に論じることはいえない。第2に、不利益再審が否定されて利益再審のみが制度化されているのは、単なる政策論でなく憲法上の要請である。加えて、再審は、そもそも通常の審級制度の中で救済しえなかった事件を取り扱うものであるから、一審中心主義、審級制度の調和を超えた次元での救済手続というべきである。第3に、再審請求の場合、控訴審とは異なり、厳格な証明か自由な証明かという問題は表面化しない（原則として自由な証明で足りる）上、請求人は再審請求に伴う主張や証拠の提出の負担を甘受しているのであるから、この問題は決定的でない。出頭義務に至っては問題ですらない（むしろ、請求人の関与権をいかに位置づけるかのほうが重要となる）。第4に、再審請求審はいかに重要な手続とはいえ、一審・控訴審を問わず公判のようなフォーマルな手続でなく、その予備的手続である。従って、請求審で重い審理をするよりもいかに早く公判に移行させるかの方が重要であり、この点でも控訴審とは事情を異にする。

これらの点で、控訴審における片面的構成の阻害要因とされるものは、再審の場合、存在しないといってよい。むしろ、再審自体がもともと片面的な性格をもっている以上、再審請求に関する即時抗告審については、片面的構成がより一層妥当するように思われるのである。

IV 再審請求に関する即時抗告審のあり方

1 それでは、開始決定・棄却決定のそれぞれの場合に、即時抗告審の審理のあり方はいかに理解されるであろうか。

控訴審における片面的構成論は、被告人に有利な判決に対する控訴審については基本的に事後審とされ、検察官側からの新たな証拠提出にも規制がかけられるのに対し、

不利な判決に対する控訴審の場合は続審的な審理が許容されることとなる。そうすると、再審の場合もほぼ同様に、開始決定の場合には事後審の観点が、棄却決定の場合には続審的観点が、それぞれ基本的な図式として描かれるべきこととなろう。

2 ところで、控訴審における事後審概念、従って控訴審審理の方法についても争いはあるが、最判 2012 年 2 月 13 日刑集 66 巻 4 号 482 頁は、次のようにいう。

「刑訴法は控訴審の性格を原則として事後審としており、控訴審は、第一審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、当事者の訴訟活動を基礎として形成された第一審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるべきものである。第一審において、直接主義・口頭主義の原則が採られ、争点に関する承認を直接調べ、その際の証言態度なども踏まえて供述の信用性が判断され、それらを総合して事実認定が行われることが予定されていることに鑑みると、控訴審における事実誤認の審査は、第一審判決が行った証拠の信用性評価や証拠の総合判断が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかという観点から行うべきものであって、刑訴法 382 条の事実誤認とは、第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当である。したがって、控訴審が第一審判決に事実誤認があるというためには、第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であるというべきである」

本判決は、控訴審が「原則として事後審」であるとした上、その審理は、一審判決につき論理則・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判断すべきであるとし、控訴審が独自に心証を形成して一審のそれと比較するという観点（心証比較説）を取らなかった。この立場からすると、控訴審における事実の取調べもある程度限定されるべきこととなり、原判決にかかる論理則・経験則等の違反の有無を判断する、あるいは論理則・経験則等の違反の存在する原判決の破棄に備えるという限りで許容されることとなろう。

最決 2014 年 11 月 18 日の趣旨をも踏まえれば、開始決定に対する即時抗告審審理も、基本的には本判決の線に沿ったものが期待されることとなろう。2012 年の最判は通常の控訴審に関するもので、一審における直接・口頭主義の観点を重視して事後審性を導いている点で、再審請求審の場合とは事情を異にする。しかし、直接・口頭主義の要請は及ばないとしても、一審中心主義の要請は再審にも妥当し、請求一審段階に主張・証拠を集中した方が好ましいことも事実ではある。そうすると、開始決定に論理則・経験則等の違反が存在するかどうかの検証が即時抗告審の中心的課題となるべき

で、即時抗告審においては、検察官側の新事実の提出もおのずと制限されることとなる⁽³³⁾。

3 検察官側からの新たな証拠提出の制限は、事後審という観点のみならず、再審請求における検察官の地位という観点からも考えられる。

この点、①確定有罪判決によって検察官の訴追活動は終わっている、②再審請求審理段階では請求人の請求の理由の有無が審理の対象をなす、という2つの観点から、請求審審理段階での検察官関与は必然的なものでない。しかし、請求審審理手続の職権主義化を避けるため、請求人が提出した証拠の証明力を争う活動は許容されるし、またその限度にとどまるべきでないかというものである⁽³⁴⁾。

これを敷衍すると、検察官の有する公訴権は確定審の段階で行使し尽くされ、そこから二重の危険が発生する。従って、検察官には、確定判決の擁護の利益は存在するとしても、確定審におけるような、いわば攻撃的な公訴権は、もはや存在しない。他方、被告人（請求人）側には、新規・明白な証拠を用意できれば確定判決の効力の除去を求める権利が存在するのであり、それが再審請求である。それゆえ請求人の地位は能動的なものとなるので、請求人は再審請求の必然的関与者とならねばならない。そして、再審は確定判決の当否の審査手続であるから、第1次的には請求人と裁判所との二面関係となるが、それでは余りにも職権主義的である。また、確定判決の利益もまったく無視するわけにはゆかないので、検察官はいわば「適正な請求手続の進行を図るため」の限度、たとえば意見陳述（刑訴規則286条）や証拠調べへの立会いといった限度において関与が正当化されるということとなる⁽³⁵⁾。

(33) さらに、再審請求審段階で、捜査機関が新たな証拠を収集することがどこまで（あるいは、そもそも）許容できるかという問題もあろう。すなわち、捜査という概念を再審請求審や即時抗告審の段階で観念できるのかという問題である。法的な意味では、捜査とは、将来の公判に備えての被告人・証拠の確保手続を意味する。しかし、再審請求は、公訴提起はもとより確定判決を経た後の手続であり、被告人・証拠の確保は既に完了している。そうすると、捜査機関が新たな証拠を収集するということの法的根拠自体に疑義が生じる。加えて、再審請求審も、対審でないとはいえ裁判手続であるから、裁判所権限による証拠収集が可能なのであり、捜査ないしそれに類する形態をとって捜査機関が独自の活動を行う必要性も薄らいでくるように思われるのである。

(34) 鴨編・前掲注（4）書所収の光藤景皎「再審の基本構造」（57頁）。三井・前掲注（4）論文175頁以下も、ほぼ同様の観点から、検察官関与の限界を説く。ただし、証明力を争うこと自体も禁じる方が論理的に一貫するのではないかと意見もある（小田中『誤判救済と再審』（1982年、日本評論社）209頁）。

(35) 三井・前掲注（4）論文178頁、水谷・前掲注（5）書1068頁以下。

なお、財田川事件再審開始決定に対する即時抗告の棄却決定⁽³⁶⁾は、次のようにいう。

「以上の作業〔注・新旧証拠の総合評価・再評価〕により確定判決の事実認定に合理的な疑いが出てくれば再審開始決定をすることとなるのである。したがって、それは確定判決の立場に身をおいて判断することである。再審開始の許否を決すべき再審請求受理裁判所には、必要とあれば事実の取調をする権能を付与されているが、同裁判所がせねばならない事実の取調は、同裁判所のなすべき右審理の周囲にそったものであるべきである。これに反し、再審請求に対する審判手続において、右のような審理を超えて、新旧証拠を総合評価した結果浮かんできた確定判決の事実認定に対する合理的疑いを現時点において解明するための事実の取調を、せねばならぬというものではない。再審請求受理裁判所のする前記手続は決定手続である。刑法1条の精神よりみて、決定手続によって、右のような合理的疑いが解明されるか否かを審理するのが必ずしも相応しい手続であるとも思われない。〔原文改行〕したがって、検察官の側から、右に記載したような合理的疑いを解明するための事実の取調をすべきであり、これをすれば合理的な疑いは解消されるから再審を開始すべきでない、と主張して具体的な事実取調の申出があっても、このような主張は再審開始の許否を決すべき再審請求受理裁判所においては主張自体採用の限りでない」と考える」

本決定は即時抗告審の問題に直接言及したものでない。だが、再審請求が確定判決との関係では審査審的な性格を有することを踏まえ、総合評価・再評価の観点から逸脱する場合には検察官からの事実取調べ請求が許されないことを指摘するものである。あまり注目されることのない判断部分であるが、無視できないものといえる。

4 このように、再審請求審における検察官の活動自体にも一定の限界がある以上、開始決定に対する即時抗告審の場合、①まがりなりとも確定判決の事実認定の正当性に相当の疑問が投げかけられていること、②その際には検察官側主張にかかる確定判決の利益も考慮されていること、③確定判決に対する続審の審査審としての性格をもつ請求一審に対する上訴という二度目の審査審であること、などの点で、請求一審以上に制約が加わるはずである。他方、再審請求審は、請求一審、即時抗告審のいずれも職権主義的構造をとるが、そうすると、裁判所の職権発動と新事実の取調べの関係も問題となろう。しかし、職権主義的構造であるとしても、ここでは事後審性と矛盾

(36) 高松高決 1981 年 3 月 14 日高刑集 34 卷 1 号 1 頁。

しない限度において職権発動が求められるはずであるから、新事実の取調べはやはり制約されるであろう。

なお、控訴審においても、やむを得ない場合の新事実の取調べ（382条の2）ありうることとの関係で、再審の場合も請求一審で取調べえなかった事実を持ち出す余地があるのでないかとの疑問も残ろう。しかし、控訴審の場合、一審判決が存在している——すなわち、事件の実体がかかなり具体化しているとはいえるが、それでもなお確定前の事件が審理の対象であり、その限りでは事件の浮動性・流動性が存在する。加えて、継続的危険という観点からみれば、確定判決を得るまでは被告人を有罪の危険にさらすことも是認しうる、従って、そのための新事実の提出（及びその資料収集）も一定程度は許容されるであろう。しかし、再審請求では、審理の対象は確定判決の当否であり、当該事件の手続としては完結している。事件の浮動性・流動性は失われている上、有罪方向での事実の主張や資料提出も完結している。そうすると、新事実・新証拠の提出を認める余地はほとんど考え難い上、仮にそれがあるとしても、ごく例外的場合に過ぎないであろう。

5 これに対し、棄却決定に対する即時抗告審の場合、続審の審理が許容されることとなれば、新事実の主張・提出も、ある程度自由なはずである。

この場合でも、検察官はすでに確定判決の利益を享受して公訴権を使いつくしている上、請求一審でも確定判決の維持に成功している。従って、検察官側には新事実・新証拠の主張・提出の必然性は乏しく、せいぜい、請求人側が抗告審段階で提出した証拠の証明力を争う限度での反証が許されるにとどまるであろう。請求一審での検察活動の限界からみても、そう考えるほかはない。

一方、請求人側には、ある程度広い範囲での証拠提出が許容されよう。確かに、新たな事実を抗告審になってから主張することは、争点の複雑化や混乱をもたらす点からみても、一般的には望ましいとはいえない。通常審とは異なるにせよ、再審請求でも、一審中心の審理が望ましいことは事実であろう。しかし、仮に即時抗告審で請求棄却決定が維持されても、第2次以降の再審請求でも、新規性や「同一の理由」要件を満たしうるならば、新証拠の提出と新事実の主張は許される。それ故、即時抗告審であることを理由にこれらを切り捨てることは訴訟経済にも反する。さらに、請求人側からみた場合、再審請求は訴訟上の権利であり、争う機会を十分に保障することは裁判を受ける権利（憲法32条）の要請するところでもある。特に再審は、無辜の救済を基本理念とする以上、構造論を盾に救済の機会を奪うのは背理である。さらに、近時は

再審請求段階でも証拠開示に積極的な動きもあり、中には、請求一審段階では不見当ないし不存在とされてきた証拠が即時抗告段階で「発見」されることさえある。これらの中には相当に重要な証拠も少なくないが、これらを埋もれさせることは、上記の理由からやはり正当化できるものでない。請求人側からの証拠提出が制限されるとすれば、たとえば最終の意見陳述後の主張・証拠提出のような明らかに時期に遅れた主張など、検察官との関係でも訴訟上の信義誠実（刑訴規則1条参照）と矛盾を来すような場合のみであろう⁽³⁷⁾。

むすびにかえて

本稿の主張するところは、上訴（控訴審、抗告審）の性格、再審請求の性格といった側面からみて、再審請求棄却決定に対する即時抗告の場合はもちろん、仮に再審開始決定に対する即時抗告が許されるとしても、抗告審審理は片面性の強いものであり、検察官側の活動には大きな規制がかかるが、請求人側の活動は基本的に開かれたものであるべきだということとなる。

再審は関連規定が少ない上、不利益再審の廃止の点を除けば旧法規定をそのまま踏襲した点が多い。即時抗告の問題もこの点に端を発するものといえよう。しかしその一方、再審は、理論的にも実際のにも刑事手続のあり方や現状が凝集される制度でもある。それだけに、その解釈・運用には、公訴権論・訴訟構造論・既判力論をはじめとする刑事手続の基礎理論・基本原則を踏まえることが求められ、（悪い意味での）法規実証主義的な姿勢で問題を解決することはできないのである。

(37) 確定判決の当否審査が再審請求であるとする、確定判決の証拠構造と直接結びつかない事実・証拠を主張・提出することは請求人にも許されないのではないかと疑問も生じるかもしれない。しかし、総合評価・再評価は「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、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」からなされるべきところ（白鳥決定）、確定判決の認定に到達することを妨げうるならば、新事実・新証拠が確定判決の証拠構造と直接結びついている必要はないであろう。また、確定判決を下した裁判所の「審理中」という、いまだ心証形成が浮動な状態での評価であることにも留意する必要がある。従って、たとえば、確定判決が自白を有罪証拠としていないとしても、自白が無実の者の虚偽供述である可能性（いわゆる無知の暴露）を示唆する心理学鑑定は、無罪方向の有力な情況証拠である。かかる情況証拠の存在は、確定判決の事実認定への到達可能性に疑問を投げかけることとなる。この点で、確定判決の証拠構造と新事実・新証拠の間には、直接の関連は必要ないというべきである。