

判例研究

刑事判例研究 5

原判決確定後の免訴事由発生と再審判決

——横浜事件再審最高裁判決——

(最二判平成 20・3・14 刑集62巻 3 号185頁)¹⁾

刑事判例研究会
松 宮 孝 明*

【事実の概要】

1 本判決は、第二次世界大戦下、言論・出版関係者数十名が、治安維持法違反の被疑事実で検挙され、うち多くの者が、同法違反の罪により起訴されて、1945（昭和20）年9月までの間に有罪判決を受けたという、いわゆる「横浜事件」に関する再審の公判に関する上告審判決である。本判決によれば、ここに至るまでの本件の経過は、次のとおりである。

(1) A、B、C、D及びE（以下「被告人5名」という。）は、いずれも治安維持法違反の罪により横浜地方裁判所に起訴されたが、同裁判所は、1945（昭和20）年8月29日から同年9月15日までの間に、被告人らの自白を証拠として、同法1条後段及び10条違反の事実を認定し、被告人5

* まつみや・たかあき 立命館大学教授

1) 本判決の評釈類として目を通し得たものに、松田俊哉「時の判例」ジュリスト1363号（2008年）116頁、淵野貴生「判解」速報判例解説（法学セミナー増刊）（2008年）<http://www.lawlibrary.jp/commentary/pdf/z18817009-00-080320218.tkc.pdf>、大島久明「横浜事件再審上告審」法学セミナー651号（2009年）10頁、新屋達之「判研」法律時報81巻6号142頁、同「横浜事件再審判決の問題点（2・完）」大宮ローレビュー6号（2010年）33頁、田淵浩二「法律時評」法律時報81巻8号1頁、加藤克佳「判批」ジュリスト臨時増刊1376号『平成20年度重要判例解説』（2009年）221頁、渡辺修「判批」刑事法ジャーナル19号（2009年）84頁等がある。

名に対して、いずれも懲役2年，執行猶予3年の各有罪判決を言い渡し，各判決は上訴されることなく確定した（以下，被告人5名に対するこれらの判決を総称して「原有罪判決」という。）。

- (2) その後，被告人5名はいずれも死亡したが，1998（平成10）年8月14日，被告人5名の妻又は子である請求人らは，原確定判決につき，無罪又は免訴を求めて本件再審請求を横浜地方裁判所に行った。
- (3) 横浜地方裁判所は，2003（平成15）年4月15日，本件再審請求につき，取り調べた鑑定書等の証拠によれば，1945（昭和20）年8月14日に我が国がボツダム宣言を受諾し，同宣言が国内法的効力を有するに至ったことにより，本件で適用された治安維持法1条，10条は実質的にその効力を失ったと解され，旧刑法363条2号にいう「犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廃止アリタルトキ」に当たるから，同法485条6号にいう「免訴ヲ言渡（ス）……ヘキ明確ナル証拠ヲ新ニ発見シタル」場合に該当すると判断して，被告人5名の再審を開始する決定をした²⁾。
- (4) これに対し，検察官が各即時抗告を申し立てたところ，東京高等裁判所は，2005（平成17）年3月10日，上記(3)の判断には疑問があり，免訴を言い渡すべき明確なる証拠を新たに発見した場合に当たるとした上記再審開始決定は，にわかに是認できないけれども，請求人らの提出した証拠によれば，原確定判決に証拠として挙示された被告人らの自白の信用性には顕著な疑いが生じたといえ，上記請求人らの提出証拠は，被告人5名に対し，無罪を言い渡すべき，新たに発見した明確な証拠であるといえとし，結局，旧刑法485条6号の事由があるので，本件再審請求は理由があるから，上記再審開始決定は結論において正当であるとして，検察官の各即時抗告を棄却し，同決定は確定した³⁾。
- (5) 本件再審の第1審が，横浜地方裁判所で開始されたところ，同裁判所は，2006（平成18）年2月9日，要旨，(ア) 被告人5名は，治安維持法

2) 横浜地決平成15・4・15判時1820号45頁。

3) 東京高決平成17・3・10高刑集58巻1号6頁。

1 条後段, 10条に該当する行為をしたとして起訴された,(イ) 同法は, 1945 (昭和20) 年10月15日に「治安維持法廃止等ノ件」と題する昭和20 年勅令第575号が公布・施行されたことにより, 同日廃止され, また, 同月17日, 同年勅令第579号による治安維持法違反の罪についての大赦 令が公布・施行されたことにより被告人 5 名は大赦を受けた,(ウ) 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進めることも, 有罪無罪の裁判を することも許されない,(エ) そうすると, 本件被告事件について, 被告 人 5 名には, 旧刑訴法363条 2 号 (刑の廃止) 及び 3 号 (大赦) に該当 する免訴事由があるから, 免訴判決をもつてのぞむのが相当であるとし て, 被告人 5 名をいずれも免訴する判決 (以下「本件第 1 審判決」とい う。)を言い渡した⁴⁾。

その際, 本件第 1 審判決は, 再審公判につき, 「本案事件について審 級に従い再度審理, 裁判を行うものであって, 原裁判の可否を審査し, これを是正することを目的とするものではないことは明らかである。」 と述べた。その上で, 旧刑訴法511条が, 再審公判について「其の審級 に従い更に審判を為すべし」とする旨の規定を置いており, 「刑の廃止」 や「大赦」の適用を排除する規定を置いていないことを理由に, 再審開 始決定の理由に拘束されることなく免訴の判決を言い渡したのであった。

- (6) これに対し, 弁護士が各控訴を申し立て, 被告人 5 名を免訴した本 件第 1 審判決は違法, 不当であると主張し, 無罪判決を求めたところ, 原審の東京高等裁判所は, 2007 (平成19) 年 1 月19日, 免訴判決は, 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 なくなるのであって, このことは再審の場合においても通常の場合と

4) 横浜地判平成 18・2・9 刑集62巻 3 号236頁。

異なるところはないから、免訴判決に対し、被告人の側から、免訴判決自体の誤りを主張し、あるいは無罪判決を求めて上訴の申立てをするのはその利益を欠き、不適法であるとして、旧刑法400条により各控訴を棄却する判決を言い渡した⁵⁾。

その際、原判決⁶⁾は、「再審の公判が開始され、再審の判決が確定すると、当初の確定した有罪の判決は当然に効力を失うことになる。有罪の判決が確定した後に刑の廃止あるいは大赦があった場合でも、結局は、いまだ判決がなく刑罰権の成否未定の間において刑の廃止あるいは大赦があった場合と同様の状態となるのである。刑の廃止あるいは大赦の時期と刑罰権の成立の先後に応じ、免訴の判決に対して被告人の側に控訴の利益があるか否かの結論に差を認めるべき理由は見出し難い」と述べるばかりでなく、さらに、第1審判決と同じく、括弧内の「なお」書きで「再審の公判は、確定した有罪の判決の当否を審査し、これを是正することを目的とするものではない。」と述べた。

2 これに対して、本件再審請求人の弁護人からは、次のような上告趣意が提出された。すなわち、

原判決には、再審公判における被告人の裁判を受ける権利（憲法32条）と法定手続に関する保障（同31条）についての憲法解釈の誤りが存し（憲法違反）、

原判決には、免訴判決に対する上訴の利益に関する最高裁判例の解釈を誤って適用した結果として、これと相反する適用をあえてしており（最高裁判例⁷⁾違反）、

5) 東京高判平成 19・1・19 高刑集60巻1号1頁。

6) 以下では、再審の対象となった元の有罪判決を「原有罪判決」と呼び、再審公判の控訴審判決を「原判決」と呼ぶこととする。

7) ここでは、「ブラカード事件」最高裁大法廷判決（最大判昭和 23・5・26 刑集 2 巻 6 号 529頁）が挙げられている。それは、判決確定前の免訴事由発生の事案限りでの判断であることを指摘して、原判決が先例の射程を広く捉えすぎていることを「判例違反」と評しているものと思われる。

再審の裁判において、原確定判決後に行われた大赦等について旧刑訴法363条 2 号、3 号が適用されるか否かに関しては未だ最高裁の判例が存しないところ、原判決は、これに関して既に存する東京高等裁判所の判例⁸⁾と相反する判断をしたものであり（高裁判例違反）、

原判決は、旧刑訴法511条ないし363条 2 号、3 号の解釈を誤っており、これにより判決に影響を及ぼすべき法令の違反が存し、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するのであって、刑訴法411条 1 号に規定する破棄事由が存する（職権破棄事由）、と。

これに対して最高裁は、以下のような理由で、判決により本件上告を棄却した。

【判 旨】

本判決は、「弁護人は、無この救済という再審制度の趣旨に照らし、再審の審判においては、実体的審理、判断が優先されるべきであるから、その判断をせず、旧刑訴法363条 2 号及び 3 号を適用して被告人 5 名を免訴した本件第 1 審判決は誤りであり、被告人の側には本件第 1 審判決の誤りを是正して無罪を求める上訴の利益が認められるべきであるのに、本件第 1 審判決の判断を是認した上、上訴の利益を認めなかった本件原判決は、同法511条等の解釈適用を誤っていると主張する。

しかしながら、再審制度がいわゆる非常救済制度であり、再審開始決定が確定した後の事件の審判手続（以下「再審の審判手続」という。）が、通常の刑事事件における審判手続（以下「通常の審判手続」という。）と、種々の面で差異があるとしても、同制度は、所定の事由が認められる場合に、当該審級の審判を改めて行うものであって、その審判は再審が開始された理由に拘束されるものではないことなどに照らすと、その審判手続は、原則として、通常の審判手続によるべきものと解されるところ、本件に適

8) ここでは、「刑の廃止」によっては再審請求権は消滅しないと判示した東京高決昭和 40・12・1 刑集21巻 6 号778頁が挙げられている。

用される旧刑法等の諸規定が、再審の審判手続において、免訴事由が存在する場合に、免訴に関する規定の適用を排除して実体判決をすることを予定しているとは解されない。これを、本件に即していえば、原確定判決後に刑の廃止又は大赦が行われた場合に、旧刑法363条2号及び3号の適用がないということとはできない。したがって、被告人5名を免訴した本件第1審判決は正当である。そして、通常の審判手続において、免訴判決に対し被告人が無罪を主張して上訴できないことは、当裁判所の確定した判例であるところ⁹⁾であるとして、いわゆる「プラカード事件」大法廷判決⁹⁾ほかの最高裁判例¹⁰⁾を引用し、「再審の審判手続につき、これと別異に解すべき理由はないから、再審の審判手続においても、免訴判決に対し被告人が無罪を主張して上訴することはできないと解するのが相当である。」と述べて上告を棄却した。

なお、さらに、「被告人(故)Dについて本件再審請求を行ったFは、本件原判決後の平成19年9月2日に死亡したことが認められるが、再審の審判手続が開始されてその第1審判決及び控訴審判決がそれぞれ言い渡され、更に上告に及んだ後に、当該再審の請求人が死亡しても、同請求人が既に上告審の弁護人を選任しており、かつ、同弁護人が、同請求人の死亡後も引き続き弁護活動を継続する意思を有する限り、再審の審判手続は終了しないものと解するのが相当であるから、当裁判所は、被告人(故)Dに対しても、本判決を言い渡すものである。」と述べている。

【研究】

1 問題の所在

1 本判決において、最高裁は、原有罪判決確定後に「刑の廃止」と「大赦」という二つの免訴事由が生じた事案において、「原確定判決後に刑の廃止又は大赦が行われた場合に、旧刑法363条2号及び3号¹¹⁾の適用

9) 前掲最大判昭和23・5・26刑集2巻6号529頁。

10) 最大判昭和29・11・10刑集8巻11号1816頁，最大判昭和30・12・14刑集9巻13号2775頁。

11) 旧刑法363条は「左の場合に於ては判決を以て免訴の言渡を為すべし」と規定し、

がないということはできない。」と判示し、再審公判で「被告人5名を免訴した本件第1審判決は正当である。」と述べた。そして、本件の調査官によれば、「各論点につき、本判決の示した判断は、基本的に現行刑法についてあてはまるものと考えられ」¹²⁾とされている。

2 しかし、そうなると、少し困った問題が生ずる。というのも、旧刑法も現行刑法も、新証拠に基づく再審を、有罪の言渡しを受けた者に対して免訴を言い渡すべきときにも認めているからである¹³⁾。そこで、たとえば、すでに廃止された刑法旧183条の姦通罪や本件で問題となっている治安維持法等で、これらの法令の廃止前に有罪判決を受け確定した人物は、原有罪判決確定後に「刑の廃止」という免訴事由が発生したことを証明する新証拠を持ち出して再審を請求することができるのではないかと、あるいは、かつて公職選挙法違反等で有罪判決を受け確定した人物がその後には大赦となった場合、「大赦」という免訴事由を証明する新証拠を持ち出して再審請求ができるのではないかと、という疑問が生ずるのである。

仮にそのようなことが可能であれば、刑法439条1項4号（または旧刑法492条1項4号）によって死者の直系血族等も再審請求が可能なのであるから、裁判所には旧刑法時代の有罪判決に対するものも含めて、続々と再審請求がなされる事態を招くことになる。もちろん、治安維持法という現行憲法に抵触するような刑罰法規で有罪となった人物には、そのような形で根拠法令の無効と原有罪判決の除去を求める余地を認めるべきだという政策判断も可能である。しかし、そうであっても、それに加えて、本来処罰されてよかった人物までもが大赦を理由に有罪判決の取り消

、その2号で「犯罪後の法令により刑の廃止ありたるとき」、3号で「大赦ありたるとき」と規定している。その内容は、現行刑法の337条と同じである。なお、以下でも、旧法の片仮名は平仮名に改めて引用する。

12) 松田俊哉・前掲ジュリスト1363号118頁。

13) 旧刑法458条6号は「有罪の言渡しを受けた者に対して無罪若しくは免訴を言渡し、……明確なる証拠を新に発見したとき」と規定し、現行刑法435条6号は「有罪の言渡しを受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、……明らかな証拠をあらたに発見したとき」と規定する。

しを求めるという事態は、好ましいものではあるまい。

3 もちろん、最高裁がそのような事態を許容する趣旨でないことは、結論の当・不当の見地からみて明らかであるから、ここで検討するまでもないと考える向きもあるかもしれない。しかし、理論というものは、そういう当たり前の結論を矛盾なく説明するために考案されるものであり、そして、他方では、その理論からみて従前の実務にも修正すべき点が明らかになることもある。そこで、本研究では、主として、このような事態を避けるために整合的な理論を探究し、同時に、そこからみて、本件に関し最高裁が示した判断に修正すべき点がなかったか否かを検討してみたいと思う。

2 免訴を理由とする再審

1 前述のように、旧刑訴法458条6号および現行刑訴法435条6号は、免訴を言い渡すべき明らかな証拠をあらたに発見した場合に、再審の開始を認めている。現に、東京高判昭和32・6・10高刑集10巻4号404頁は、有罪判決確定前に「刑の廃止」という免訴事由が発生した場合に、再審請求を認めて免訴を言い渡している¹⁴⁾。したがって、原有罪判決確定後の免訴事由を理由とする再審免訴が許されるなら、それを求めて再審請求することも認められてよいようにみえる。

もっとも、免訴を理由とする再審については、学説の中に、これを否定するものもある。たとえば、岩田誠は、この部分を「何らかの立法上の過誤」ではないかとし¹⁵⁾、高田卓爾も、このような「刑の廃止」は原判決における法令の解釈・適用の誤りとみて、むしろ非常上告の対象とすべきであると解している¹⁶⁾。

14) この事件は、法令によって「刑の廃止」が宣告された事案ではなく、サンフランシスコ講和条約が発効し連合国最高司令官の指令による昭和25年政令325号が違憲無効となったという最高裁の判決（最大判昭和28・7・22刑集7巻7号1562頁）によって「刑の廃止」が確認されたという事案に関するものである。

15) 岩田誠「判批」判例タイムズ83号（1958年）71頁以下。

16) 平場安治ほか『注解刑事訴訟法下巻〔全訂新版〕』（1983年）317頁。

しかし、鈴木茂嗣は、「免訴事由たる『刑の廃止』が存在するかどうかという判断は、『刑の廃止』に該当する『事実』自体の存在と、この事実が『刑の廃止』に該当するか否かという『法解釈』的判断（法的評価）の両者から構成されている。」¹⁷⁾として、原有罪判決が「刑の廃止」を根拠づける事実がなかったという前提で言い渡されたものである場合には、そのような事実があることを指摘して「刑の廃止」を主張するのは、新たな「事実」に基づく免訴事由の主張であって、単なる法令解釈の問題には尽きないと述べている¹⁸⁾。

たしかに、稀ではあるが裁判所が「時効」や「刑の廃止」等の免訴事由となる「事実」を見逃して有罪判決を言い渡す事態はありえないわけではなく、また、旧刑訴法や現行刑訴法が免訴を目的とする再審を認めているのも、そのような「事実」認定の誤りを正す趣旨のものと解することは可能である。

さらに、旧刑訴法では、旧旧刑訴法や治罪法と同じく、予審段階においては、被告事件が罪とならないときや公判に付するに足るべき犯罪の嫌疑がないときという「無罪」に相当する場合も、免訴事由とされていたのであって、当該事件に関して当該被告人に対する「公訴権」——それは、当該事件を理由とする「刑罰権」ないし「刑罰請求権」を言い換えたものにすぎない——がないという意味では、「無罪」も「免訴」も同質のものであったのである¹⁹⁾。免訴を目的とする再審を認めた旧刑訴法を引き継いだ現行刑訴法もまた、同じ思想の下にあったと推定することが可能である²⁰⁾。

17) 鈴木茂嗣「免訴と再審事由」広渡清吾ほか編『小田中聡樹先生古稀祝賀論文集 民主主義法学・刑事法学の展望 上巻』(2005年)417頁。

18) 鈴木・前掲417頁参照。

19) 旧刑訴法313条、314条、旧旧刑訴法165条、治罪法224条参照。

20) 旧旧刑訴法について立案に携わった石渡敏一は、「無罪の判決と云い免訴の判決と云うも殆んど区別し難きものあり」として、「其再び起訴せらるることなきに至りては両者の間に区別あることなし」と述べるとともに、免訴のルーツはヨーロッパの——一時不再理効のない——仮放免にあるという趣旨の指摘をしている。その上で、そのような効力による区別がなくなった現在では、無罪と免訴の区別をするのは「徒らに訴訟上の手続をし、

2 さて、旧および現行の刑法法が定める免訴事由²¹⁾は、「確定判決を経たとき」、「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき」（以下「刑の廃止」）、「大赦があったとき」（以下「大赦」）、「時効が完成したとき」である。このうち、原有罪判決確定後に発生して再審で問題となる可能性があるのは、「刑の廃止」と「大赦」のみである。なぜなら、そもそも確定力を破って裁判をやり直す再審では「確定判決を経たとき」を理由に再審公判で免訴が言い渡されるはずはなく²²⁾、また、原有罪判決の対象となった公訴が時効完成前に提起されたものであるなら、再審請求や再審公判開始時にその時効が完成しているということはありえないからである。

前述のように、このような「刑の廃止」または「大赦」が原有罪判決確定前に行われた場合は、係属中の裁判は免訴で終結すべきであったのに、原有罪判決がその「事実」を見逃していたのであれば、その「事実」を証明する新証拠によって再審が可能となる²³⁾。それにもかかわらず、原有罪判決確定後に生じた免訴事由を理由とする再審が許されないという結論を採るべきであるなら、その方法は、第1に、原有罪判決確定後に生じた免訴事由では、免訴を目的とする再審は許されないという態度を一貫させることである。その理由は、何よりも、再審制度は原有罪判決の当否を審査

ゝ煩雑ならしむるのみ」と断じている。石渡敏一『刑事訴訟法〔明治23年〕完 日本立法資料全集 別巻 224』(2002年)380頁以下参照。

21) 旧刑法363条および現行刑法337条参照。

22) したがって、原有罪判決は、再審開始決定が確定した後は、すでにその確定力を失っているのである。なぜなら、そうでなければ、再審公判では、免訴が無罪に優先するとする判例によるなら、常に免訴が言い渡されるべきことになってしまうからである。ゆえに、熊本地裁八代支部見解昭和56・6・5 刑月13巻6=7号482頁のように、再審開始決定確定後に原有罪判決がなお存続していることを理由に、原有罪判決が確定力に由来するはずの執行力をなおも維持しているとみるのは誤りである。つまり、原有罪判決は「存続しているけれども確定していない」のである。これについては、松宮孝明「ノヴァ型再審における請求審の構造について(2)完」南山法学13巻4号(1990年)53頁以下、同「再審請求」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点(新版)』(1991年)258頁以下、上口裕ほか『刑事訴訟法〔第4版〕』(2006年)281頁〔後藤昭〕、上口裕『刑事訴訟法』(2009年)523頁を参照されたい。

23) 前掲東京高判昭和32・6・10 高刑集10巻4号404頁参照。

し、これを是正することを目的とするものであるから、原有罪判決当時に存在しなかった——「刑の廃止」や「大赦」を理由とする刑罰権の消滅²⁴⁾という——法状態を基礎にして原有罪判決が誤りだとすることはできない、とするところにある。これを、法状態における「原裁判官説」と呼ぶ²⁵⁾。

3 原裁判官説の意味

1 最高裁白鳥決定²⁶⁾が、再審請求審での判断について、「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」(下線部筆者)判断すべきだとしているのも、この「原裁判官説」の趣旨を含んだものである。ここでは、時間を遡るように、新証拠が原判決確定前の公判審理に提出されていたら、どのような事実認定に到達したかが問題とされている。判断内容が「事実認定」に限られているということは、裏を返せば、法の状態やその解釈は、原判決時のものに従うということである。

この点は、わが国の再審法制のモデルとなったドイツの判例も同様である。ドイツの連邦通常裁判所は、通常手続における公判不開始決定のあった場合に「新たな事実または証拠方法に基づく場合に限り、あらためて訴

24) いままでもなく、わが国の刑法学者の多くは、「刑の廃止」や「大赦」を、「時効」と並んで、具体的刑罰権を消滅させる事由つまり「刑罰消滅事由」と解している。

25) 「原裁判官説」と対比されるのは「再審裁判官説」である。田中輝和『刑事再審理由の判断方法』(1996年)161頁以下参照。なお、日本の再審法制のモデルとなったドイツにおける「原裁判官説」の代表例は、1992年12月3日の「カール・フォン・オシーツキー事件」再審請求棄却決定(BGHSt 39, 75)である。ここでは、連邦通常裁判所は、再審請求審では原裁判所の法解釈に従うべきだなどとして、現在の法解釈では無罪となるべきだとするオシーツキーの娘から申し立てられた再審請求を棄却した。なお、この事件の再審に関しては、陶山二郎「ウルリッヒ・クルーク『60年を経たカール・フォン・オシーツキー裁判に対する再審の試みに関する考察』」立命館法学233号(1994年)128頁参照。さらに、その後の再審法改正に関する SPD 草案などについて、加藤克佳「ドイツ刑事再審法改正論の新展開」西原春夫先生古稀祝賀論文集第4巻(1998年)149頁以下参照。

26) 最決昭和50・5・20刑集29巻5号177頁。

えを起こすことができる」とするドイツ刑訴法211条の解釈について、この場合には原決定の誤った法解釈に拘束されるとした（BGHSt 18, 225）。通説によれば、この結論が、同じく「新たな事実または証拠方法に基づく場合に」公判の再開を命ずる——日本刑訴法の435条6号に相当する——ドイツ刑訴法359条5号の解釈にも妥当すると考えられている。したがって、「原裁判官説」と「再審裁判官説」が対立する核心問題は、原判決後に判例によって法令の解釈が変更され、あらたな判例の下では無罪等の有利な判決を受けるべきであった人物に対して、ノヴァを理由とする再審を開始すべきか否かにある。

実際、ドイツでは、ワイマール後期やナチ時代の誤った法令解釈によって有罪とされた人物の名誉回復が、大きな論争問題となっている²⁷⁾。「再審裁判官説」は、まさにこのような「誤判」からの救済を意図して主張されたのだと思われる。そして、これらの「誤判」の救済が再審手続によるべきだとされる事情のひとつとして、ドイツには、判決確定後に法令解釈の誤りを正す制度がない、という点は看過されてはならないように思われる。

ところで、ここにいう「原裁判官説」を再審公判でも一貫させるなら、「横浜事件」再審公判では、「刑の廃止」や「大赦」は原有罪判決時には存在しなかったのであるから、そのようなものを理由とする免訴判決は、免訴事由なき免訴判決として、そもそも許されないことになる。したがって、本件の第1審は法令の解釈を誤ったことになり、それは判決の結論（無罪か免訴か）に影響するものであるのに原判決はそれを見過ごしたことになるう。

2 しかし、この点については、原判決は、「再審の公判は、確定した有罪の判決の当否を審査し、これを是正することを目的とするものではない。」と断じている。また、本件第1審判決も、「旧刑事訴訟法は、再審請求に対する審判と再審開始決定後の再審の審判とを明確に区別しており、

27) 前述のように、その代表例は「カール・フォン・オシーツキー事件」である。

前者は再審請求が適法であることを前提として、再審請求理由の有無を審判することを目的とするのに対し、後者は本案事件について審級に従い再度審理、裁判を行うものであって、原裁判の当否を審査し、これを是正することを目的とするものではないことは明らかである。」として、「両者は法律上別個の手続であって、再審開始決定は、単に法定の再審事由に該当する事実が存し、再審の審判がなされるべきである旨を判断したものであり、もとよりその限度で拘束力を有するにすぎないものである。」と断じている²⁸⁾。これは、ひょっとすると、再審請求審は原判決の当否を審査するものであるが、再審公判はそうではないという意味で、請求審と公判の性格の違いを指摘したものと考えられなくもない。

そこで、次に、再審請求審と再審公判を、このような関係にあるものと理解してよいか否かを検討してみよう。

4 再審請求審と再審公判の関係

1 原判決は、「再審の公判は、確定した有罪の判決の当否を審査し、これを是正することを目的とするものではない。」という。その上で、「再審の公判が開始され、再審の判決が確定すると、当初の確定した有罪の判決は当然に効力を失うことになる」ので「有罪の判決が確定した後に刑の廃止あるいは大赦があった場合でも、結局は、いまだ判決がなく刑罰権の成否未定の間において刑の廃止あるいは大赦があった場合と同様の状態となる」というのである²⁹⁾。

この考え方を推し進めると、再審請求審は原有罪判決の当否を審査する

28) このように考えることで、本最高裁判決では、「刑が廃止されたというだけでは、確定判決の効力に変動があるわけではなく、そのほかに『刑の廃止』により再審請求権が否定されるとする事由は発見できないから、『刑の廃止』によっては再審請求権は消滅せず、ひっきょう旧刑事訴訟法第363条2号（現行刑事訴訟法第337条2号も同様）は通常手続における規定であり、非常救済手続たる再審には適用のないものと解すべきである。」と判示した前掲東京高決昭和40・12・1刑集21巻6号778頁の判断は、再審請求審限りのものとされることになる。

29) 前掲東京高判平成19・1・19高刑集60巻1号1頁以下参照。

ものだが、再審公判は、原有罪判決や再審開始決定に拘束されずに、最初から公判をやり直すものであり、その際、再審請求審における法状態は原有罪判決時のものを用いるが（「原裁判官説」）、再審公判では新しい法状態で判断してよい（「再審裁判官説」）ということになる。こう考えると、原有罪判決確定後に発生した免訴事由は、原有罪判決時の法状態には属さないで、それを理由とする再審請求は「免訴を言い渡すべき証拠」を根拠とするものではないことになり、その再審請求は棄却される。

他方、「無罪を言い渡すべき証拠」を理由とする再審請求に対して開始決定があった場合には、再審公判は原有罪判決時の法状態にも再審開始決定の理由にも拘束されないため、原有罪判決確定後に免訴事由が発生していれば、それを理由に免訴判決をすることは可能となり、そして「ブラカード事件」大法廷判決等の判例³⁰⁾に照らせば、免訴判決を言い渡すべきことになる。

このように、再審請求審と再審公判とで、前提とすべき法状態に相違があると考えるなら、本件で1審判決が免訴判決を言い渡したことに何の問題もないこととなるのである。しかも、たとえば無罪を言い渡すべき新証拠を理由に再審公判が開始された場合でも、再審公判で有罪の判断が下されることは、理論上、可能である。しかし、本件のように「刑の廃止」や「大赦」によってすでに刑罰権が消滅している場合に、原有罪判決に間違いがなかったことを意味するだけのものではあったとしても、再度有罪判決を言い渡すというのは奇妙なことである。そこで、このような考え方によれば、このように有罪判決が繰り返されることを免訴判決によって防ぐことができる。

2 しかし、この考え方には、問題がある。というのも、この考え方の前提となっている「再審請求審」と「再審公判」とで前提となる法状態を変えるべき根拠が、再審制度の趣旨と相容れないものだからである。すな

30) 前掲最大判昭和23・5・26刑集2巻6号529頁，最大判昭和29・11・10刑集8巻11号1816頁，最大判昭和30・12・14刑集9巻13号2775頁参照。

わち、再審一般、ないし、少なくとも新証拠を理由とする再審は、原有罪判決の認定事実に真実と異なる点があり、それが判決の結論を無罪、免訴またはもっと軽い刑を言い渡すべきものに変える場合を予定した制度、つまり広い意味で「事実認定の誤り」を改める制度である。それにもかかわらず、再審公判では新しい法状態を前提とすべきだとするのであれば、その限りで、再審は原有罪判決の「事実認定の誤り」ではなく、その法解釈および法適用の誤りを是正する制度になってしまう。

その矛盾は、治安維持法のように現行憲法と矛盾するがゆえに「刑の廃止」に至った法令によって廃止以前に有罪となった人物の再審を考えれば明らかであろう。そのような人物に対する刑事訴追は、「今の法状態」なら、無罪や免訴どころか、「起訴状に記載された事実が真実であっても、何らの罪となるべき事実を包含していないとき」に当たるとして、刑訴法 339 条 1 項 2 号に従い決定による公訴棄却で終えられるべきものであろう³¹⁾。しかし、本判決は、少なくとも公訴棄却決定による終結を正しいと考えてはいないのであるから、少なくとも、起訴状記載事項の適法性の判断については、「原裁判官説」に立っていると言わなければならない。

そこで、このような矛盾を避けるために、再審公判は原有罪判決の基となった審理をやり直すものであって、その起訴時点は原有罪判決における起訴時点と考えるべきであるが、再審公判は、その起訴直後または原有罪判決が確定する前の状態からその審理を引き継ぐものだとみることが考えられる。いわば、事件が裁判所にずっと係属していたと考えるのである。

しかし、このように考えても、原有罪判決確定後の免訴事由の発生を理由にこれを覆すことは、結局は、原有罪判決に「事実認定の誤り」がないのにこれを覆すことであり、原有罪判決が基礎とした法状態を今の法状態に置き換えることにほかならない。それは、やはり、「事実認定の誤り」

31) さらに、そもそも再審公判における起訴時点を再審開始時に求めるなら、本件のように戦後50年以上も過ぎてからの再審開始では、公訴時効の完成を理由とする免訴で再審が終わってしまう。

の是正を目的とする旧および現行の刑訴法と相容れない事態である³²⁾。

3 さらに、再審請求審と再審公判の性質の相違は、そもそも、その抛って立つ法状態の相違にはないことを指摘しておかなければならない。たしかに、本件第1審判決等が指摘するように、再審請求審と再審公判の「両者は法律上別個の手続であって、再審開始決定は、単に法定の再審事由に該当する事実が存し、再審の審判がなされるべきである旨を判断したものであり、もとよりその限度で拘束力を有するにすぎない」ものである。しかし、それは、再審請求審が再審公判と異なり、直接主義・口頭主義の原則に則って事実を認定する場ではないことによる³³⁾。すなわち、再審請求審では、新証拠を加えた全証拠の総合判断によって無罪・免訴等の有利な判決に至る蓋然性があるか否かという予測的判断を行うにすぎないからこそ、再審公判における直接主義・口頭主義の原則に則った証拠調べの結果、再審裁判所が原判決維持の判断に到達する可能性が、理論上、排除されないのである。つまり、「再審公判」が「再審請求審」の判断に拘束されないというのは、たとえば、新証拠が加わったので公判を再開すれば「無罪に至る蓋然性がある」という判断は、公判の結果「無罪に至らなかった」という判断と矛盾するものではないという程度のものにすぎない³⁴⁾。ゆえに、両者の性格のこのような相違からは、再審公判では「原裁

32) また、検察官が再審公判で訴因を非親告罪から親告罪に変更し、かつ、告訴がないことを理由に刑訴法338条4号に基づく公訴棄却判決を求めたり、重い犯罪から軽い犯罪に訴因を変更して——原公訴提起時における——公訴時効の完成を理由とする免訴を求めたりすることは、時宜に遅れた訴因変更として許されないと解すべきであろう。この点では、通常公判の事例であるが、殺人罪の訴因に対して殺意を否定し——傷害致死罪であれば公訴時効が完成しているところ——訴因変更を命令も勧告もせず無罪の判断をした札幌高判平成14・3・19判時1803号147頁が注目される。この判決については、岩瀬徹「状況証拠による事実認定」井上正仁編『別冊ジュリスト刑事訴訟法判例百選（第8版）』（2005年）142頁も参照。

33) 臼井滋夫「再審公判」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点（新版）』（1991年）260頁参照。

34) つまり、両者の関係は、外国では予審、予備審問、大陪審といった形で展開されている「予備手続」と、その公判という関係になるのである。わが国でも、準起訴手続におけ、

判官説」が妥当しないという結論は出てこない。

ゆえに、これまでの検討では、再審請求審と異なり、再審公判では、法状態に関して、「原裁判官説」ではなく、「再審裁判官説」が妥当すべきだとする根拠は見出し難いと言わざるを得ない。

5 有罪と免訴との関係

1 もっとも、前述のように、再審公判で裁判所が、無罪ではなく有罪の心証を抱いた場合には、事情は異なる³⁵⁾。とりわけ、再審公判において補充捜査によって新たに罪責を証明する証拠が集まると予期される場合には、すでに原有罪判決後の「刑の廃止」や「大赦」によって公訴権ないし刑罰請求権が失われている事件に関して、原判決が誤っていないことを確認するだけのために有罪判決を繰り返す必要性・妥当性は疑わしい³⁶⁾。また、旧刑訴法やドイツの刑訴法のように、ファルサ型の不利益再審制度を持つところでは、無罪に対する不利益再審が「刑の廃止」や「大赦」を理由とする免訴判決で終結する意義は大きい³⁷⁾。

ゝの付審判請求と審判は、そのような関係にある。これについては、松宮・前掲「再審請求」松尾ほか編『刑事訴訟法の争点(新版)』256頁以下も参照されたい。

35) 再審公判においてこのような可能性がありうることは、K. ペータース(能勢弘之=吉田敏雄編訳)『誤判の研究——西ドイツ再審事例の分析——』(1981年)に収録された多くの裁判例が教えるところである。

36) 実際、ドイツの判例では、再審公判が完全に実施された場合には、裁判所は、その認定に基づけば無罪を言い渡さなければならない事態を、大赦法に基づいて手続の打ち切りで回避することは許されないのであって、この原則の例外は、補充捜査の目的で手続が延期されることによって被告人の罪責を証明する新たな証拠が予期できる切迫した可能性がある場合に限られるとされている。Vgl. RGSt 70, 193; BGHSt 13, 268. 大事なことは、ドイツの判例では、大赦が訴訟障害になることを認めつつ、それでも、すでに再審公判での証拠調べによって裁判所が無罪の心証にほぼ達している場合には、有罪を言い渡された者に無罪の期待が生ずることなどを理由として、無罪判決が優先されなければならないとされていることである。これは、日本の有力説と同じ考え方である。Vgl. Lutz Meyer-Goßner, Zur Anwendung des § 206a StPO im Rechtsmittel- und Wiederaufnahmeverfahren, GA 1973, 366, 375f.

37) ゆえに、このような不利益再審制度のあるドイツでは、原判決確定後に訴訟障害が発

2 したがって、このように、再審裁判所が有罪の心証に傾いた場合には、その段階であらためて刑罰請求権の存否を検討し、「刑の廃止」や「大赦」によってそれがすでに失われている場合には、免訴判決を言い渡すことも可能と考える。もちろん、この場合、免訴判決は、刑罰請求権の存否を判断する実体的な判決であり、単なる訴訟条件の存否を判断するものに尽きないと思えるべきである。このような意味で、再審公判では、原有罪判決確定後の再審事由を理由とする免訴判決も許されるが、それは、「原裁判官説」によれば無罪や——原有罪判決確定前に存在した免訴事由に基づく——免訴ではなく有罪になる場合に、再審判決までにすでに消滅した刑罰請求権による有罪判決の繰返しを防ぐという意味を持つ再審特有の免訴判決と解するべきであろう。

3 このように考えることで、一方で、原有罪判決確定後の免訴事由を理由とする再審請求を拒けつつ、他方で、再審公判開始後に消滅した刑罰請求権を理由とする有罪判決の繰返しを防ぐことが可能となる。これに対して、無罪となる可能性を持つ再審を、原有罪判決確定後の免訴事由によって免訴判決で終結させた本件第1審判決およびその法令解釈の誤りを正さなかった原判決、さらには、このような重大な問題を見過ごして原判決を職権で破棄しなかった本判決には重大な問題があることも明らかになったと思われる。

、生じた場合には、その裁判は、再審公判において、原判決を破棄しないまま、公判開始決定後に発生した訴訟障害に関するドイツ刑法206a条によって打ち切られる。これに対して、原判決確定前から存在した訴訟障害が見過ごされていた場合には、原確定判決を破棄してから、手続が打ち切られる。Vgl., Lutz Meyer-Goßner, StPO 52. Aufl., 2009, 4a zu § 373, ders., GA 1973, 366, 374f. 原確定判決を破棄するのは、それが誤っていたことを宣言するためであろう。