

再審請求審における訴因変更の可否

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 これまでの判例
- 3 故意犯と過失犯との特殊な関係
- 4 再審請求段階で訴因変更を許すことの理論的不都合

1 問題の所在

1 再審制度は、決して、例外的な制度ではない。周知のように、刑事訴訟法（以下、「刑訴法」と呼ぶ。）は、その435条に、「再審の請求は、左の場合において、有罪の言渡をした確定判決に対して、その言渡を受けた者の利益のために、これをすることができる。」として、7種類の再審事由を列挙している。これは、「有罪の言渡をした確定判決に対して」なしうるとされているのであるから、「有罪判決の確定力は尊重されなければならない」という理由で、そこに列挙された再審事由をさらに限定して解釈することは誤りである¹⁾。故能勢弘之教授は、白鳥決定²⁾を導く契機となった日本刑法学会での故カール・ペータース教授の言葉を引用する形で、

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) にもかかわらず、かつては、最大決昭和25・4・21刑集4巻4号66頁が「確定判決の尊重せられるべきことは、憲法39条の規定からもこれを窺い知ることができる……。されば確定判決を攻撃すべき再審の事由は、これを明瞭厳格に解釈しなければならない」と判示したように、法が再審事由として挙げているものが存在するか否かの判断をさらに限定しようとする見解が多かった。

2) 最決昭和50・5・20刑集29巻5号177頁。

「再審は刑事手続の例外なのではなく、正義と法的安定性の観点からして一定の場合に予定された必要不可欠の本来的な手続でなければならない」と述べている³⁾。実質的に考えても、人は、刑事裁判において、自己に有利な証拠が発見された時期によって異なった扱いを受けるべきではない。たとえば、殺人罪の嫌疑で起訴されて公判審理を受けているときに、真犯人あるいは殺されたと思われた被害者が出現した場合と、殺人罪の有罪判決が確定した後でこれらの人物が名乗り出た場合とで、この人物がいつ名乗りを上げたかという偶然によって、誤った有罪判決を回避できるかどうかのチャンスが変わってしまうからである。このような差異は、不合理な差別であって、憲法14条1項の「法の下での平等」に反する恐れがある⁴⁾。ゆえに、刑訴法435条に列挙された再審事由は、とりたてて厳格に解釈するべきではなく、誤判からの救済と正しい事実認定の確保という観点から、素直に解釈されるべきなのである。

2 さて、この刑訴法435条には、その6号に、「有罪の言渡を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき明らかな証拠をあらたに発見したとき。」という再審事由が挙げられている。新証拠、いわゆるノヴァによる再審である。問題は、同一訴因の中でなら「無罪若しくは免訴を言い渡し……刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき」ことになるが、公訴事実の同一性の範囲内で訴因変更を施せば、原有罪判決の主文が維持できる余地があるときに、この再審事由が認められるかどうかにある。つまり、自ら再審請求をした場合以外は再審請求審の段階で当事者でない検察官が⁵⁾、再審公判が開かれる前に、原有罪判決が認定した訴因該当事実と 公訴事実の

3) 能勢弘之「誤判研究と白鳥決定二〇年」季刊刑事弁護6号(1996年)17頁。

4) この点については、松宮孝明「再審請求審と『事実の認定』」井戸田侃ほか編『誤判の防止と救済 竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集』(1998年)523頁を参照されたい。

5) 検察官は、わずかに、刑訴規則286条によって、再審請求に関する決定の際に意見を聴かれる立場にあるにすぎない。

同一性が認められる範囲内で異なる訴因該当事実を主張して、つまり事実上訴因を変更して、再審請求の棄却を求めることが許されるか否かが、本稿で扱う問題である。

3 この点について付言すれば、刑訴法435条6号の再審事由以外では、これは問題にならない。なぜなら、6号再審事由以外の、いわゆるファルサ型再審では、原判決の証拠となった書類や物、証言、鑑定、通訳、翻訳が確定判決により偽造・変造・虚偽であったことが証明されたときや（1号、2号）、有罪の言渡を受けた者に対する誣告が確定判決により証明されたとき（3号）、原判決の証拠となった裁判が確定裁判により変更されたとき（4号）、特許権、実用新案権、意匠権又は商標権を害した罪により有罪の言渡をした事件について、その権利の無効の審決が確定したとき、又は無効の判決があったとき（5号）、原判決に関与した裁判官等が被告事件について職務に関する罪を犯したことが確定判決により証明されたとき（7号）が再審事由とされており、これらの事由があることによって原有罪判決を受けた者に対して無罪若しくは免訴を言い渡し、刑の言渡を受けた者に対して刑の免除を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認めるべき場合であることを要しないからである。したがって、ファルサ型再審では、結果的に原有罪判決の結論が維持されるか否かに関わりなく、再審開始決定によって公判が再開されなければならない。そして、その限りで、再審は、有罪を受けた者の誤判からの救済ばかりでなく、「適正な事実認定」の確保にも資するものなのである。

4 そこで、このような「適正な事実認定」の確保という視点も念頭に置いて、再審請求審で事実上の訴因変更が可能か否かという問題を検討してみよう⁶⁾。それは、言い換えれば、再審で争われる原有罪判決の事実認

6) この問題の前提として、再審公判では訴因変更が可能か、という問題がある。この前提問題については、「それが基本的に自由であるとするのは再審制度の趣旨に合わないとし、拡張的な変更は許されず、撤回や縮小方向での変更のみが許されるとする見解が有力」（新屋達之「横浜事件再審判決の問題点（2・完） 再審公判のあり方との関係を中心に」大宮ローレビュー6号（2010年）36頁）とされているが、本稿では、扱わない。

定が公判で本格的に争われる前に、それを公判で争う機会を請求人に与えないままに、請求審で訴因変更ないし実質的・黙示的な訴因変更⁷⁾を行って、請求人から争う機会を奪ってよいかどうかという問題である。

2 これまでの判例

1 筆者の知るところでは、下級審段階で、公訴事実の同一性が認められる範囲内で訴因変更すれば原判決が維持できることを理由に、再審請求を棄却したと見える裁判例が2つある。そこで、まずは、その検討から始めよう。

その第1は、東京地決昭和51年1月14日⁸⁾である。この決定は、強盗事件に関して請求人が述べる犯行日時のアリバイにつき、日時の点はともかくとして、昭和25年5月ころに、請求人らが強盗事件を犯したと推認できると判断した上で、「刑事裁判において、被告人に対して有罪または無罪の言渡をするのは、いうまでもなく、公訴犯罪事実についてするものであるところ、犯行の日時のごときは、犯罪事実と密接な関係にあり、したがって、犯罪事実を公訴事実として特定、具体化して記載する重要な要素ではあるが、犯罪事実そのものではない。」と述べるとともに、本件請求に即して言えば、原判決が認定した日時にアリバイがあるとして再審を開始したとしても、「別の日の犯行として（もちろん、公訴事実の同一性ありと認められる範囲において）訴因が変更され、変更された訴因について有罪の言渡がなされるとしたならば、結局、本件主張にかかるアリバイの事実もなんら公訴事実について無罪を言い渡すべき理由とはなり得ないことに帰着する。」と述べ、「それゆえ、刑事訴訟法435条6号にいわゆる無

7) この言葉は、後述する下級審裁判例のように、正式には訴因変更をせず、しかし、公訴事実の同一性の範囲内で訴因変更したら同じ量刑で原判決が維持できることを根拠に再審請求を棄却する場合を意味する。

8) 刑月8巻1=2号60頁。

罪を言い渡すべき『明らかな証拠』とは、公訴事実そのものについて無罪を言い渡すべき明らかな証拠でなければならないものと解すべきである。」としている。

その第2は、いわゆる「尾田事件」ないし「マルヨ事件」と呼ばれる強盗殺人・建造物放火事件の再審請求に関する福岡高決平成7年3月28日⁹⁾である。この決定は、請求人が、強盗殺人後に被害者宅の「ストーブを足蹴りにして横転させた」という放火態様の認定を覆す新証拠を提出したにもかかわらず、請求審段階で検察官から提出された証拠等を根拠にして、「ストーブの扉が開いた状態で静かに置いた」という放火態様を認定できるとした。その上で、この決定は、「再審請求の審判においては、確定判決の認定した犯罪事実と全く同一の事実を認定することができない場合であっても、確定判決の認定した犯罪事実と同一の構成要件に該当する事実や、確定判決の認定した犯罪事実よりも法定刑が軽くない他の構成要件に該当する事実を認定でき、かつ、それらの事実が確定判決の認定した犯罪事実と公訴事実の同一性を保っていると認められる場合には、結局、再審請求は理由がないことになる」と述べて、請求棄却の原判断を維持したものである。

2 しかし、このような下級審裁判例があることから、これが現在の判例であると即断することはできない。

まず、第1の東京地決昭和51年1月14日は、地裁の第一審の裁判例であって、そもそも刑訴法405条が事実上の先例拘束力¹⁰⁾を認めている「判例」に当たらない。次に、この決定が述べていることは、「犯行の日時のごときは、犯罪事実そのものではない」という命題に尽きる。その当否は

9) 高刑集48巻1号28頁。この決定は、同じ事件に関する最決平成10・10・27刑集52巻7号363頁の原決定である。

10) 「事実上の」という言葉は、最高裁の大法廷で変更することができることを意味する。「法的な」拘束力があれば、それは 政令や規則の改廃を含む 立法によってしか変更できない。

別にして、それはすでに、最判昭和24年4月14日¹¹⁾が「犯行の日時は、元来罪となるべき事実そのものではなく、単に犯行の状況又はその同一性を示すべき事項たるに過ぎない」と判示していたことである。そして、さらに、最大判昭和37年11月28日¹²⁾は、「犯罪の日時、場所及び方法は、……犯罪の種類、性質等の如何により、これを詳らかにすることができない特殊事情がある場合には、前記法の目的を害さないかぎりの幅のある表示をしても、その一事のみを以て、罪となるべき事実を特定しない違法があるということとはできない」とまで述べているのであって、東京地決昭和51年1月14日のように犯行の日時・場所をこれ以上特定できない特殊事情がある場合には、その訴因は「昭和25年5月ころ」の強盗を意味していたとみられるのである。したがって、この裁判例をして、公訴事実の同一性の範囲内で「別訴因」が認定できることを理由に再審請求を棄却した先例と断言することはできない。

なお、付言すれば、この決定のように、他の日時でのアリバイの主張・立証の機会を請求人から奪う形で再審請求を棄却すること自体、「白鳥決定」以降の現在の判例の下では、維持されうるものとはいえないし、維持すべきものでもないように思われる。

次に、第2の福岡高決平成7年3月28日については、それをして、公訴事実の同一性の範囲内であれば、別訴因が認定できることを理由に再審請求を棄却すべきであると読むべき必然性はない。それどころか、この事件の特別抗告審決定をみれば、判例は、それとは反対の結論を採っているものと考えられる。

というのも、この事件では、問題となっているのは、同じ家屋に対する同日・同時刻の放火であり、異なるのは、その具体的な放火態様にすぎないからである。事実、この事件の特別抗告審決定¹³⁾は、「放火の方法のよ

11) 刑集3巻4号547頁。

12) 刑集16巻11号1633頁。

13) 前掲最決平成10・10・27刑集52巻7号363頁。

うな犯行の態様に関し、詳しく認定判示されたところの一部について新たな証拠等により事実誤認のあることが判明したとしても、そのことにより更に進んで罪となるべき事実の存在そのものに合理的な疑いを生じさせるに至らない限り、刑訴法435条6号の再審事由に該当するということはできないと解される。」（下線部筆者）と述べている。ところで、ここにいう「罪となるべき事実」とは、刑訴法256条3項に「訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。」とあるように、もともと訴因ごとに考えられているものである。したがって、同一訴因の範囲を超える事実を認定しなければならない場合には、この決定に言う「罪となるべき事実の存在そのものに合理的な疑いを生じさせるに至らない」場合に当たらない。つまり、訴因変更を要するほどに原訴因が維持できない場合には、「罪となるべき事実の存在そのものに合理的な疑いを生じさせるに至った」と考えるべきだとするのが判例なのである。

また、この最高裁決定自身が、公訴事実の同一性の範囲内にある科刑上一罪の一部につき再審請求を認めていることも、判例が6号再審の理由を訴因ごとに考えていることの証である。

3 故意犯と過失犯との特殊な関係

1 なお、この「尾田事件」再審請求最高裁決定の担当調査官が、業務上過失傷害罪に対して 被害者の同意の上で 故意に傷害を与えたことを理由とする再審請求を棄却した最決昭和55年11月13日¹⁴⁾をして、「業務上過失傷害罪の訴因に対して傷害罪を認定するには訴因変更を要するから、判旨は、公訴事実の同一性の範囲内において本来は訴因変更を要するような別の構成要件に該当する事実が認定できることを理由に再審請求を

14) 刑集34巻6号396頁。

棄却することを認めたものと解することができる。」¹⁵⁾と述べていることに付言しておこう。

何よりも、この最高裁決定は、保険金詐欺という違法な動機・目的で得た被害者の同意では傷害行為の違法性が阻却されないことを前提に、過失どころか故意も認定できそうな事案では、過失傷害を理由とする有罪判決は間違っていなかったことを前提とするものであり、別訴因の事実が認定できることを前提に再審請求を棄却したものではない。つまり、業務上過失傷害という原判決の認定は、実は否定されていないのである。ゆえに、この決定をして、判例は「公訴事実の同一性の範囲内において本来は訴因変更を要するような別の構成要件に該当する事実が認定できることを理由に再審請求を棄却することを認めたもの」¹⁶⁾と読む論理的必然性はない。

たしかに、この決定の理由中には、「本件は、原判決の認めた業務上過失傷害罪にかえて重い傷害罪が成立することになるから、同法435条6号の『有罪の言渡を受けた者に対して無罪を言い渡し、又は原判決において認めた罪より軽い罪を認める』べきばあいにあたらぬことが明らかである。」という表現がある。また、原決定¹⁷⁾には、「再審の審判手続において、従前の訴因および罰条を、法定刑の重い訴因および罰条に追加、変更できることは、通常の公判手続における場合と変りはないのであり、刑事訴訟法452条(不利益変更禁止)の規定は、判決主文において、原判決主文の刑より実質的に重い刑を言渡すことを禁止したに止まり、右のごとき訴因および罰条の追加、変更までも禁止したものでない。」という表現も見受けられる。しかし、これは、過失犯の原有罪判決に対して故意犯も認定できる場合に限っての話である。しかも、その背後には、公訴事実の同一性関係にある犯罪に一般化できない、故意犯と過失犯との間の特殊な関係がある。それは、殺人罪と過失致死罪、傷害罪と過失傷害罪といった同

15) 三好幹夫・判解『最高裁判所判例解説刑事篇(平成10年度)』(2001年)157頁(注14)。

16) 三好・前掲157頁(注14)。

17) 広島高岡山支決昭和55・6・25 刑集34巻6号396頁以下。

種の結果犯の間では、実質的に、故意犯が過失犯を包含する関係にある、言い換えれば、故意犯は過失犯に故意を追加したものという関係があるということである。

2 たとえば、自動車でうっかり人を轢いた後、被害者がまだ生きていて車に巻き込まれていることを認識しながら、そのまま走行を続けて被害者を死亡させたという、過失行為が途中から故意行為に発展して被害者を死亡させた場合、新潟地長岡支判昭和37年9月24日¹⁸⁾は、被告人に殺人一罪を認めている。つまり、この判例では、先行する業務上過失傷害は、後の殺人罪に吸収されているのである。これは、被告人が最初から被害者を殺害する故意で事故を起こした場合に殺人一罪で処理されることと比較して、途中から故意に変わった場合に過失傷害との併合罪加重を認めることはバランスを失するためであると考えられる。ゆえに、殺人一罪で処理できる事案は、「一罪一訴因」の原則からみて、一個の訴因に当たる事実でしかない。つまり、この場合、先行する過失傷害は、必ずしも別訴因に当たる事実ではないのである。

類似の処理は、後述する東京高判昭和63年5月31日¹⁹⁾の原判決²⁰⁾にも、認められる。ここでは、被告人が被害者を巻き込んだことに気づきつつそのまま走行し、最終的に被害者を死亡させたが、死因となる傷害がいつ生じたか特定できない事案について、全体が業務上過失致死罪で処理されている。

3 これに対して、上記の東京高判昭和63年5月31日²¹⁾は、上記の死因となる傷害がいつ生じたかわからない事案について、被告人に途中から傷害の故意が生じたと認定した上、死因となる傷害の発生時期が不明なため、全体を業務上過失傷害と故意の傷害に分けた上で、起訴状の訴因が業

18) 下刑集4巻9=10号882頁。

19) 判時1277号166頁。

20) 東京地判昭和62・10・29 公刊物未登載。

21) 前掲判時1277号166頁。

務上過失致死1個であったことから、被告人のいずれかの行為によって被害者が死亡していることは明らかであるにもかかわらず 原判決を破棄して、被告人に業務上過失傷害のみで有罪判決を言い渡した。すなわち、「被告人の最初の発進時からバス停留所到着時までの間の行為は、業務上過失傷害罪を、同所の発進時から振り落とし行為終了時までの間の行為は傷害罪をそれぞれ構成し、両罪は併合罪の関係にあるものというべきであるから、原判決が両者をひっくるめて一個の業務上過失致死罪としたのは、事実を誤認したか、法令の解釈を誤りひいて事実を誤認したものである」というのは、右誤りは判決に影響を及ぼすことが明らかである。」というのである。

さらに、これに先立って、最決昭和53年3月22日²²⁾は、被告人が誤って被害者を熊と間違えて猟銃で発砲し重傷を負わせた後、苦悶する被害者を射殺したという事案について、全体を殺人一罪で処理せず、先行する業務上過失傷害と後の殺人とを併合罪の関係にあるとしている。

4 しかし、東京高判昭和63年5月31日のような考え方では、次のような不都合が生ずる。すなわち、まさにこれと同じく衝突後に傷害の故意を生じた事案に関して、たとえば、被告人が被害者の存在に気づきつつ走行を続けて殺害したことを秘していたため業務上過失致死の有罪判決が確定し、この事故に関する傷害罪の公訴時効も完成した後に、この元被告人すなわち業務上過失致死罪で有罪判決を受けた者が、途中から被害者の存在に気づきつつ傷害の故意を持って行った走行で致命傷を与えた可能性があることを証明する鑑定を提出し、自分には業務上過失致死罪ではなく業務上過失傷害罪という軽い罪を言い渡すべき証拠を発見したとして再審請求をした場合である。この場合、検察官や裁判官が東京高判昭和63年5月31日にならって傷害罪の成立を指摘しても、それは併合罪関係にあって公訴事実同一の関係にないので、この再審請求を棄却することができなくなる。

22) 刑集32巻2号381頁。

しかも、傷害罪では公訴時効がすでに完成しているのであるから、別訴で傷害罪の刑責を負わせることもできない。

仮に、このような結論は不合理であると考えるなら、このように、行為が過失から故意に発展した事案では、新潟地長岡支判昭和37年9月24日のように、全体が公訴事実の同一性の範囲内にあり、成立可能な重い犯罪一罪²³⁾で包括評価するほうが妥当というべきである。つまり、それは一個の訴因に包含できる事例であって、殺人罪が認定できるなら殺人罪一罪で、殺人未遂が認定できるなら（法定刑の上限を考えて）殺人未遂一罪で、殺意の認定に合理的な疑いが残るなら、傷害ないし傷害致死または自動車運転過失致死一罪で処理すべきである。

また、最決昭和53年3月22日に対しては、前述のように、最初から殺意をもって銃を撃った場合には殺人一罪で処理されることとの均衡を考えると、殺意を生じてからの銃撃で少なくとも死期を早めたという因果関係が認定できるなら、むしろ殺人一罪で処理すべき事案であるとする批判が妥当する。この事件の上告趣意も、傷害の故意が殺人の故意に発展した場合を引き合いに出し、そういう場合「傷害の点は当然殺人罪に吸収され、殺人罪だけが成立することになるだろうが、そうであれば、過失の場合には併合罪が、それよりも犯情の重い故意の場合には殺人罪のみが成立するという、…均衡を失した、おかしな結果になる」と述べている。

さらに、このような事案では、検察官が、たとえば、「暴行・脅迫」ないし「強取」の事実を無視して、居直り強盗を窃盗既遂で一部起訴するタイプの一部起訴が可能のように、故意があったという事実を無視して、いわば過失犯で一部起訴をすることも可能である²⁴⁾。それにもかかわらず、これを2罪に分けるべきだとする考えに裁判所が固執すれば、前述の東京

23) もちろん、故意行為と結果との間の因果関係が認められない場合には、故意犯は、せいぜい、未遂にとどまる。

24) たとえば、委託物への抵当権設定後の売却に関して、売却のみを業務上横領罪で起訴することを可能とした最大判平成15・4・23刑集57巻4号467頁を参照されたい。

高判昭和63年5月31日のように、被害者が被告人の行為で死亡したことが明らかであるにもかかわらず、死亡結果が罪名にまったく反映されないという矛盾が生じる。

5 「業務上過失傷害罪の訴因に対して傷害罪を認定するには訴因変更を要する」²⁵⁾という事実も、たとえば傷害致死罪の訴因から殺人罪の訴因を認定するには訴因変更を要するように、「故意」というプラスアルファの追加事情を認定するには訴因変更を要するというものでしかない。この場合、反対に、殺人罪の訴因に対して傷害致死罪を認定するためには、いわゆる「縮小認定」として、必ずしも訴因変更を要しない。傷害罪と過失傷害罪との関係も、基本的には、これと同じである。すなわち、「過失を故意から区別するのは、犯罪事実の認識・認容の欠如」²⁶⁾つまり故意の欠如であるが、これは、過失責任を認めるための消極的な要件である。この場合、軽い犯罪の構成要件と重い犯罪のそれとは、軽い犯罪の構成要件の限度で重なりあっていることから、軽い訴因が重い訴因に対して補充的關係に立っているのであって、重い犯罪の訴因につき軽い犯罪の訴因を認定しても、必ずしも別の訴因に該当する事実を認定したことにはならない。

もっとも、過失犯の場合、殺人罪から傷害致死罪への縮小認定の場合と異なり、その認定に訴因変更が不要となるわけではない。しかし、それは、故意が否定されても必ずしも過失があるということにはならないからであり、過失の積極的要件としての「不注意」の内容やその根拠となる事実の有無を争点化させる必要があるからである。したがって、そのような事情は、傷害の故意が認定できそうな場合に、検察官が傷害罪での処罰を望まず、業務上過失傷害罪という当初訴因を変更しないときに、裁判所が業務上過失傷害罪を認定することの妨げとなるものではない。とりわけ、具体的にみて、たとえばブレーキを踏みハンドルを操作して衝突を回避すべき場合のように、傷害罪であろうと過失傷害罪であろうと、被害者の傷害結

25) 三好・前掲157頁。

26) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年)340頁。

果を回避すべき具体的義務の内容に変わりがない場合には、それは当然のことである。

したがって、そのような故意犯と過失犯との特殊な関係を背景にして示された最決昭和55年11月13日を根拠にして、公訴事実の同一性が認められる範囲内で異なる訴因への事実上の変更を再審請求審の段階で許容すべきだとするのが判例であると考えすることはできない。また、もし、傷害の故意が認定できる事案では、業務上過失傷害の訴因とは異なる事実であるため、業務上過失傷害の有罪認定をすることはできないというのであれば、再審請求審としては、検察官に傷害罪への訴因変更をさせたうえで、再審請求を棄却すべきことになるが、この決定は、検察官にそのような訴因変更をさせていないのであるから、この決定は、傷害の故意の認定が可能な事案でも業務上過失傷害罪の有罪認定ができることを前提として、当初訴因に基づく有罪判決が誤りでないと判断したものと解するほかはない。

4 再審請求段階で訴因変更を許すことの理論的不都合

1 以上の検討から、現在の判例は、再審請求段階で公訴事実の同一性の範囲内で訴因変更をすれば原有罪判決が維持できることを理由とする再審請求棄却を許容するものではないことが明らかとなった。そこで、さらに、このような請求棄却を認めることに伴う理論的不都合を明らかにしておこう。

2 まず、再審請求審は公判ではないから、たとえば、刑訴法320条以下が定める伝聞法則は、再審請求審では、必ずしも妥当しない。なぜなら、刑訴法320条は、同法321条ないし328条に規定する場合を除いては、「公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。」と規定しているからである。これは、「公判」ではない再審請求審では妥当しない。ゆえに、再審請求審では、たとえ公訴事実の同一性の範囲内であったとしても、原判決と異なる「罪となるべき事実」を認定してはならない。そうで

ないと、再審請求人である有罪判決を受けた者は、不利益証人に対する反対尋問の機会を奪われたまま、証拠能力のない証拠によって、原有罪判決とは異なる「罪となるべき事実」の認定を受けることになるからである。これは、憲法37条2項の反対尋問権の保障にも抵触する²⁷⁾。

3 次に、再審請求審で、訴因変更後の事実が認定できることを理由に再審請求が棄却可能とすると、元の有罪判決が残ってしまう。ここでは、原有罪判決は破棄されないからである。これに対し、控訴審で事実誤認を理由に破棄して、自判で同じ刑を言い渡す場合には、元の有罪判決は残らない。そこで、もし仮に、再審請求審で上記の理由による請求棄却が可能となれば、次の再審請求のとき、新証拠で弾劾すべき認定事實は、元の確定有罪判決が認定した事実か、それとも、その後の請求棄却決定が「公判外で認定した事実」という困った問題が生ずる。また、請求人は、再審請求において新証拠を提出するときに、訴因変更のあらゆる可能性を考慮して、あらゆる可能性に対応できる新証拠を提出しなければならないということになる。それも、再審請求審で厳格な証明によって新たな事実が認定されることなしに、である。

4 このような不都合を考えるなら、再審制度は、ひとり有罪判決を言い渡された者の利益のためだけにあるのではなく、同時に、誤った事実認定を是正し正しい事実認定を確保するためにも存在するものだというところを無視するわけにはゆかない。とりわけ、ファルサ型再審は、そのための制度であることが、刑訴法435条の明文から明らかである。そして、同じことは、ノヴァ型再審にも妥当する。ゆえに、たとえ公訴事実の同一性の範囲内でも、過失傷害から傷害への変更のような関係にある訴因への変更とは異なった訴因に変更しないと有罪判決が維持できないという場合には、再審を開始して、公判で決着をつけるべきなのである²⁸⁾。

27) この点の詳細は、松宮・前掲「再審請求審と『事実の認定』」井戸田ほか編『誤判の防止と救済 竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集』523頁を参照されたい。

28) これは、実は、同一訴因内で異なった事実を認定して有罪判決を維持する場合にも受

当する。ゆえに、三好幹夫調査官（当時）は、「マルヨ事件」最高裁決定（前掲最決平成10・10・27）について、再審請求人側に、請求審段階で、不利益証人に対する十分な反対尋問の機会が与えられるなど十分な主張立証が尽くされていて、不意打ちが問題になるような事案でないという条件を付している。三好・前掲157頁参照。もっとも、このように再審請求審の段階で、反対尋問等を含む公判類似の証拠調べを行うことは、結果的に、再審制度の二段階構造を無視することになり、かえって、判決確定という制度を無視することになるので、公判類似の証拠調べが必要な場合には、本来、再審開始が必要なはずである。この点に関しては、松宮孝明「再審請求審における総合評価　マルヨ無線強盗殺人放火事件再審特別抗告審決定について」立命館法学268号（2000年）1頁以下も参照されたい。