

【087】 訴因変更の意義

証拠調べを経て、訴因どおりの認定ができない様子になった場合、検察官は訴因変更の許可請求（312 I）をし、審判対象を変更し、裁判所は新訴因で有罪判決を出す。これにより不意打ちを避け被告人の防御権を害することなく、効率よく有罪を確保しようとしたのである。訴因変更手続を経ずに訴因外事実を認定した場合には、控訴され、破棄される（絶対的控訴理由である 378③）。なお、訴因変更という語は通常広義の意で使う。312 I の「追加（加える）」「撤回（取り除く）」「（狭義の）変更（差し替える）」の 3 つを含む。

訴因変更手続については 312 I → 規 209 I II III IV → 312 III IV の順で読んでほしい。また、明文規定はないが、実務では予備的訴因の追加（当初の訴因で有罪にしてほしいのだが、無理ならばこちらの訴因で有罪にしてくださいとの趣旨）が認められている。起訴状に予備的訴因を記載できる（256 V）のだから、追加もよいだろうという理由に基づく。

【088】 訴因変更の要否

それでは、訴因変更の要否をどのような基準で判断すべきか。訴因が検察官による具体的事実の主張である（【078】参照）以上、事実が変われば訴因変更手続が必要となる。しかし、些細な変化があっても訴因変更すべしというものも訴訟経済上問題があると一般に考えられている。そこで、審判対象の確定および防御範囲の確定という訴因の機能を害さない程度の変化であれば訴因変更を不要とし、機能を害するような変化に至れば訴因変更を必要とすると考えられている。具体的には、①審判対象としての同一性を失う程度の実事変化があるか否か、②被告人の防御上重要な事実変化といえるか否か、が基準となる。

2 つの基準のうち、よく実務で争いになるのは②のほうである。この点につき、具体的防禦説という考え方があり、個別事件の訴訟経過をふまえて防禦上具体的不利益が生じる場合か否かを考えるというものである。これに対し、抽象的防禦説という考え方が対置される。個別事件の訴訟経過をふまえないで抽象的に判断するというものである。

2 つの基準の違いを明確にするために例を挙げてみよう。監禁幫助の訴因で被告人が起訴された。犯行方法は「実行犯に監禁用の車を提供した」であった。

そこで被告人は、車を実行犯に提供したことはないと争った。しかし判決は、「被告人が車を実行犯に提供したという証明はない」と被告人の主張を認めつつも、「しかし関係証拠からは、実行犯に携帯電話を提供したことが認められる。これは実行犯たちが連絡をとりあうための道具であり、幫助にあたるので、いづれにせよ幫助で有罪だ」と述べた。訴因変更はなかった。

具体的防禦説によると、携帯電話を提供した事実を証明する証拠が公判廷に出てきていた場合には、被告人側もそれに触れていたのだから、防禦しようと思えばできたはずなので、不意打ちにはなっておらず、防禦上具体的不利益はなかったとあてはめる。これに対し抽象的防禦説では、(犯行方法を訴因に含める見解に立った場合) 犯行方法という訴因の不可欠の要素に変更があったわけだから、防禦上重要な変化だとあてはめる。公判廷に証拠が出ていたかどうかはそもそも考慮に入れない。

具体的防禦説はかなりの批判を浴びている。事件ごとに判断しなければならぬので基準として不安定であるとか、被告人は検察官が具体的に主張していない事実が認定される可能性まで考えて防禦しなければならず、負担過重であるとかいった批判である。これらの批判には理由がある。学界では抽象的防禦説を支持する者が多い。さらに、抽象的防禦説で判断した後、セーフティネットとして具体的防禦説でも判断するという二段階説までもが提唱されている。

最高裁は長らく事例判例ばかり出してきたが、平成に入り、一般的な規範と読めるような判示を含んだ決定を出し(最決平 13・4・11³⁶)、約 10 年後の判例でもその規範を確認した(最決平 24・2・29^{36d})。それらによると、審判対象確定に必須の訴因事実(客体、行為、結果)は、具体的な審理の経過を見るまでもなく、常に訴因変更を要すると考えているようである。抽象的防禦説を採用していることになる。

ただし最高裁は、日時、場所、犯行方法を訴因事実ではないと考えている(【078】参照)ので、これらについては別の考慮が働く(【090】参照)。

なお、訴因変更の要否を判断するに際し、縮小認定理論というものを持ち出されることがある。訴因に包含された犯罪事実を認定するには訴因変更は不要という理論である。たとえば強盗の訴因で起訴されたが、公判で争っているうちに、本件実行行為は反抗を不能にするような強度のもの（強取）とまではいえないと裁判官が考えたとしよう。この場合、強盗よりも程度が低いものが恐喝なので、訴因変更なく恐喝で有罪としても特に被告人側に不利益は生じない（最判昭 26・6・15 参照。38c）。「大は小を兼ねる」というわけだ。

なお、縮小認定が問題となる事案が紹介される際には「強盗から恐喝へ縮小認定」というように罪名だけを書いている場合が多い。しかし重要なのは事実なので注意されたい。殴ったという事実は認められるのだが、それが反抗を不能にする程度のものか評価されるのか、そこまでは評価できないのかが問題になっているのである。実行行為自体が大幅に変わる場合には縮小認定理論は適用できないので注意されたい。

ただし、この理論を準用することまで認めてよいかについては議論がある。板橋酒気帯運転事件でそれが問題となった（最決昭 55・3・4 38）。酒酔い運転と酒気帯び運転は「大は小を兼ねる」の関係にない。また、抽象的防禦説により判断するならば、酒酔いから酒気帯びに変更するということはすなわち行為を変更する（日時、場所、方法ではなく）ということであるから、重大な事実の変更と判断されることになるはずである。にもかかわらず本決定はそのようには判断しなかった。訴因に関する判例群の中では少々浮いた存在となっている。

【089】罰条変更

312 I は、訴因のみならず罰条を変更する際にも手続が必要と規定しているが、これには厳格に従わねばならないか。最高裁は、訴因により公訴事実が十分に明確にされていて被告人の防禦に実質的な不利益が生じない限り、罰条変更の手続を経ないで起訴状に記載されていない罰条を適用できると判示した（最決昭 53・2・16）。

このように判断したのは、罰条そのものは審判対象ではないからである。法律の適用は裁判所の専権事項であり、当事者たる検察官の主張に拘束されない

というのが一般的な考え方である。起訴状に罰条を記載させるのは、訴因の明確化に役立たせるためにすぎない。だから「防禦に実質的な不利益が生じない限り」手続は必要ないと考えられているのである。

もっとも、適用されるべき罰条につき被告人に検討の機会を与えることも罰条記載の意義であると考えられる見解もある。この見解に立つと、起訴状記載と異なる罰条を適用する場合は、罰条変更手続をとるべきだということになる。

【090】争点変更

争点とは、訴訟において当事者が争う主要な論点のことである。公判前整理手続で行われることの中には事件の争点整理が含まれている(316の5③)。また、公判前整理手続を行わない場合にも、検察官および弁護人は、事件の争点を明らかにするため、相互の間でできる限り打ち合わせておかねばならない(規178の6Ⅲ①)。争点が整理され、明確にされることにより、公判が円滑に進むことが期待され、かつ、防禦権が保障されることとなる。争点を逸脱した認定を裁判所が行い、それが被告人にとって不意打ちになり防禦権侵害となる場合には、訴訟手続の法令違反(相対的控訴理由である379)となる。

リーディングケースであるよど号ハイジャック事件の最高裁判決(最判昭58・12・13 [36d](#)) や、【088】にも登場した後続判例(最決平13・4・11 [36](#))等に鑑みると、争点変更について最高裁は次のように考えていると思われる。すなわち、犯行の日時、場所、方法等(共謀共同正犯の事案においては共謀の日時、場所、方法も含む。【078】参照)は訴因事実ではないが、防禦上重要な事実であるから、できるかぎり明示する必要がある。明示の方法は、起訴状に記載する(本来必要不可欠のものではないが「訴因」として掲げる)という形で行ってもよい。裁判所が記載されたものと異なる事実を認定しようとするならば、具体的防禦説により検討し、防禦上重大な不利益が生じる場合には訴因変更手続が必要である。起訴状に記載しない形で明示した場合には、その他の方法で新たな争点として顕在化させねばならない。

なかなか複雑である。その根源は、多くの事実を訴因に含めない識別説(【078】参照)にある。

【152】 事実認定に関する諸原則

事実の認定は、証拠による（317）。これを証拠裁判主義という。証拠による事実認定については3つの基本原則がある。

第一に、証拠の証明力は、裁判官の自由な判断に委ねる（318）。これを自由心証主義という。対立するポリシーは、法定証拠主義である。証拠の証明力をあらかじめ法律で定めておくというものである。日本でも明治の初期までは法定証拠主義が採用されており、有罪判決を出すには被告人の自白がなければならなかった。そして自白を引き出すために拷問が公式に認められていた。この拷問に伴う人権侵害の歴史に終止符を打つべく自由心証主義が採用されたのである。したがって、「自由」とは、証拠の証明力を法律で定めないという意味にすぎず、裁判官が好き勝手に証拠を評価してよいというわけではない。

そこで、証拠評価に関する裁判官の裁量逸脱を防止する必要が生じる。忌避（21）、合議（裁 26）、公開（憲 37、82）、証拠能力（317）、判決理由（44）、起訴状一本主義（256VI）、上訴などの制度が用意されている。もっとも、これらの制度が実務において十分に機能しているか、検証が必要である。

第二に、刑事裁判における証明責任は検察官にある。証明責任とは、証明がなされなかった場合に不利益を受ける地位を意味する。検察官の主張、被告人の主張、いずれが正しいかわからないときは、検察官が負けるのである。

第三に、訴因どおりの犯罪があったとして、そして被告人が犯人であるとして、有罪判決を出すためには、合理的な疑いを差し挟む余地がない証明（**proof beyond reasonable doubt**）が必要である。「疑い **doubt**」とは無罪の可能性を指す。有罪の可能性を指したい場合は「嫌疑 **suspicion**」という語を使う。

この定式は、刑事裁判における証明の程度が非常に高度なものであることを示している。最高裁も、状況証拠による事実認定の場合に、「状況証拠によって認められる間接事実中に、被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれていることを要する」と判示し（最判平 22・4・27 [91](#)）、そのような状態でないと合理的疑いを差し挟む余地がない証明があったとは言えないとのメッセージを発している。

もっとも日本では、合理的疑いを差し挟む余地がない証明の定義中に、①「裁

判官が自らの良心に照らして確実と考える」ことと、②「合理的判断力をもつ一般人を納得させるような資料と論理法則に支えられた」心証であることの2要素を含めてきた。最高裁も、「抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らしてその疑いに合理性がないと一般的に判断される」場合には合理的疑いを差し挟む余地がない証明ありと述べ（最決平19・10・16⁹⁰）、②の客観的要素を強調している。しかし、この定義でよいかは議論の余地がある（【162】参照）。

なお、この合理的疑いを差し挟む余地がない証明原則と関連して、択一的認定の可否が問題とされることがある（札幌高判昭61・3・24⁹²）。A罪またはB罪を被告人が犯したことは確かなのだが、どちらかが特定できない場合に、「A罪またはB罪で有罪」という判決を出すことができるかという問題である。できないと考える見解が主流である。ABいずれについても合理的疑いを差し挟む余地がない証明がないこと、そして、「AまたはB」という犯罪構成要件を作り出しているのに等しいので罪刑法定主義に反することがその理由である。

【153】適正な証拠評価

自由心証主義のもとにおいて、どのような証拠評価方法をとるのが合理的といえるだろうか。実務においては、①供述内容の具体性、迫真性、詳細性に着目し、細部にこだわることなく証拠全体から得た印象を重視する「直観的・主観的評価方法」をとる裁判官と、②供述内容の変遷状況や客観的証拠との整合性等に着目する「分析的・客観的評価方法」をとる裁判官の2種類がいると評されている。直観に頼る①よりも②のほうが良いことは確かだが、この②の方法がよるべき準則（経験則、論理則、注意則）がいささか心もとない。誰もが同意する確固たる経験則はほとんどない。論理則に違反するような裁判官はほとんどいないと思いたい。証拠を検討する際に注意しなければならない「注意則」も抽出されてきているが、発展途上である。

そのため、証拠評価が妥当であるか否かについて決着をつけるのは、最終的に合理的疑いがあるか否かである。しかしながら、この合理的疑いの定義には問題があり、合理的疑いの高度化をもたらしている。この点については【162】参照。

【158】 裁判の意義

裁判とは、裁判所・裁判官の意思表示を内容とする訴訟行為をいう。裁判は、以下のようにさまざまな観点から分類され、名前が付けられている。

第1に、判決（43Ⅰ）、決定（43Ⅱ）、命令（43Ⅲ）という分類である。裁判所が口頭弁論を経て行うのが判決である（有罪判決、無罪判決、公訴棄却の判決、免訴判決など）。裁判所が口頭弁論を必ずしも経ることなく行うのが決定である（公訴棄却の決定、保釈に関する決定、証拠決定など）。裁判長または裁判官が口頭弁論を必ずしも経ることなく行うのが命令である（裁判長の場合は訴訟指揮、裁判官の場合は逮捕状や搜索差押許可状の発付など）。

第2に、終局裁判と非終局裁判という分類である。審級を離脱させる効果を持つのが終局裁判である（有罪判決、無罪判決、公訴棄却の判決・決定など）。審級離脱の効果を持たないのが非終局裁判である（証拠決定や訴因変更許可請求など）。

第3に、実体裁判と形式裁判という分類である。申立の理由の有無を判断するのが実体裁判である（有罪判決や無罪判決など）。申立の有効・無効を判断するのが形式裁判である（公訴棄却の判決・決定など）。

【159】 裁判の成立

裁判の成立については、内部的成立と外部的成立の2段階に分けて論じることが普通である。まず内部的成立とは、裁判内容が裁判機関の内部で決まることをいう。原則として、単独体の場合には裁判書成立のとき、合議体の場合には評議・評決があったときと解するのが一般的である。

内部的成立を論ずる意味は、裁判官の交替があった場合に手続を更新する必要があるか否かにある。いったん内部的に裁判が成立してしまえば、その後に裁判官の交替があったとしても手続を更新する必要がない（315但）。

次に外部的成立とは、裁判が対外的に認識可能な状態になることをいう。外部的に裁判が成立してしまうと、原則として撤回・変更が不可となる（例外として、上告審につき415～418、抗告された際の際の原審につき、423Ⅱ参照）。

告知（342、規34、規35参照）によって外部的に成立すると解するのが一般的である。もっとも、実務においては、公判期日において判決を宣告した後（ま

たは途中で)、誤りに気付いて、その場で変更しようとするところがある。ちょっと恥ずかしい場面である。このような時の処理につき最高裁は、判決の宣告は「全体として一個の手続」なので、宣告のための公判期日が終了するまでの間は訂正や内容変更を可としている(最判昭 51・11・4)

なお、裁判の告知により、身体拘束に関する付随的効果がいくつか生じる(343～345)。これらのうち、特に無罪判決が宣告された後に勾留状が失効し(345)、検察官が控訴し、再び勾留された場合に、その適否が問題とされることがある。最高裁は、345の趣旨に触れることなく、勾留の時期を制約する規定がないという形式的理由を挙げて、再勾留ができる時期や段階に制約がないと述べた(最決平 12・6・27⁹⁴)。もともと後の事件において最高裁は、345の趣旨を「本来、無罪推定を受けるべき被告人に対し、未確定とはいえ、無罪の判断が示されたという事実を尊重し、それ以上の被告人の拘束を許さないこととしたもの」と敷衍し、ゆえに「60条1項にいう『被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由』の有無の判断は、無罪判決の存在を十分に踏まえて慎重になされなければならない、嫌疑の程度としては、第一審段階におけるものよりも強いものが要求される」と述べている(最決平 19・12・13^{94c})

【160】裁判の内容

裁判は、主文と理由からなる(44Ⅰ、規 35Ⅱ。有罪判決における理由の書き方については、335に特則がある)。

事実認定が争われた際に、証拠評価に関する説明を理由中に書くことを要求する明文規定はない。最高裁も不要としていた(最決昭 34・11・24)。しかし、実務においては、証拠説明(「事実認定の補足説明」という見出しを付けることが多い)がなされることが多い。チョコレート缶事件において最高裁は、控訴審が事実誤認ありとして原判決を破棄する場合には「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」(最判平 24・2・13⁹⁸)と判示した。控訴審のみならず第一審も証拠評価に関する説明を理由中に書くことを前提にしているように思われる(【162】参照)。

【161】上訴概説

上訴とは、未確定の裁判に対する上級裁判所への不服申立をいう（【064】参照）。どの教科書も上訴の解説は第一審判決の後に置いているが、これは便宜上のものにすぎない。捜査段階で既に上訴はなされている。ここで上訴の種類等を整理しておこう。

第一に、上訴の種類をざっと見ておこう。第一審の判決に対しその取消・変更を求める不服申立を控訴という（372）。高等裁判所の判決に対し最高裁判所にその取消・変更を求める不服申立を上告という（405）。

決定に対する上訴を抗告という（419）。抗告には、通常抗告と即時抗告がある。通常抗告（普通は単に「抗告」と呼ぶ）とは、決定のうち、①抗告を禁止している規定があるもの、②即時抗告ができるもの、③管轄または訴訟手続に関し判決前にしたもの（420Ⅱに例外あり）を除くもの全般に対し、高等裁判所に不服を申し立てる制度である。即時抗告とは、決定のうち、特に即時抗告ができる旨の規定があるものについて高等裁判所に不服申立をする制度である。

特別抗告は、不服申立ができないとされている決定・命令について、憲法違反・憲法解釈の誤り、判例違反を理由として最高裁判所に不服申立をする制度である（433）。

裁判官が行う一定の裁判（命令）、および捜査機関による一定の処分に対する不服申立の制度を準抗告という（429、430）。この「準抗告」という言葉は通称である。「上級裁判所への不服申立」でなかったり（429）、「裁判」に対する不服申立でなかったり（430）と、上訴の定義から外れている要素があるため、「準」がついている。同じく上訴の定義からは外れている（上級裁判所への不服申立ではない）が、高等裁判所のした決定に対する異議申立もある（428）。

第二に、上訴の趣旨を確認しておこう。一般的には、①原裁判の過誤の訂正、および②法令解釈の統一が挙げられている。①も②もそれ自体はニュートラルなものであるが、「被告人が控訴をし、又は被告人のため控訴をした事件については、原判決の刑より重い刑を言い渡すことができない」（402。414も参照）という不利益変更禁止の規定をわざわざ置いていることに鑑みると、被告人の誤判からの救済に力点が置かれるべきだろう。

第三に、上訴の申立について規定を概観しておこう。まず上訴権者について

は 351～356 に規定がある。

次に、申立の方法である。申立期間は制限されている場合が多い(374、414、423、431)。抗告は期間の法定になじまないから例外。421)。申立は書面で行う。公訴提起と同様、書面主義がとられている(374、414、423、431)。

さて、上訴を申し立てるとどのような効果が生じるだろうか。停止の効果と移審の効果が生じると言われる。停止の効果とは、裁判の確定を阻止する効果を持つということである(例外あり。抗告について 424、425、434)。移審の効果とは、訴訟係属が上訴審に移動することを意味する。ただし、この効果が発生するのは上訴申立書や訴訟記録が上訴裁判所に到着した時なので、それまでは原裁判所が勾留の更新・取消などに関する裁判を行う(97Ⅱ、規 92Ⅱ)。

なお、上訴は範囲を指定してできるのだろうか。裁判の一部に対して上訴することができるが、部分を限らないで上訴したときは、裁判の全部に対してしたものみなされる(357)。詳しくは【164】で扱う。

第四に、上訴が適法であることの要件である。上訴が適法であるためには、①法定の上訴理由(控訴の場合は 377～383)を挙げること、②上訴の利益があることが必要と言われている。②を規定する明文規定はないが、無意味な上訴を門前払いして排除するために認められている。

それでは、上訴の利益があるか否かをどのような基準で判断すべきだろうか。実務では、法的・客観的基準が用いられている。この基準により上訴の利益なしとされた事例は多数ある。責任無能力による無罪判決に対し、犯人でないとする無罪を求めた事例(最決昭 37・9・18)、軽い法定刑の破廉恥罪で有罪になったのに対し、重い法定刑の非破廉恥罪を求めた(要するに、同僚に退職を迫ったところ、強制労働を伴う懲役刑が科される脅迫罪で有罪になったのだが、労働を伴わない禁錮刑が科される国家公務員法上の退職強要罪で処罰されるのを求めた)事例(最決昭 28・2・26)、免訴に対して無罪を求めた事例(最判昭 23・5・26)、公訴棄却に対し無罪を求めた事例(最決昭 53・5・26)などである。応訴強制された人々の名誉や尊厳を回復すべきことに鑑みると、この法的・客観的基準は厳しすぎはしないか。少なくとも公訴棄却に対して無罪を求める上訴は、一事不再理効が得られることに鑑みると、「法的・客観的基準」に照らしても認められるべきではないか。

【162】上訴審は趣旨どおりに機能しているか——事実誤認を例に

上訴審は誤判救済の機能を十分に果たしているだろうか。事実誤認（382・397 I、411③）の審査をとりあげて検討してみよう。

上訴審が書く判決・決定書のスタイルは、原判決が誤っている理由について詳細な論証をする「審理不尽型」と、原判決の判断が具体的にどのように誤っていたのかを論証することなく自身の考察のみを述べる「一刀両断型」とに分かれる。そして、有罪判決を破棄する際には「審理不尽型」が多く、無罪判決を破棄する際には「一刀両断型」が多い。有罪判決を破棄する際には、合理的疑いが存することを詳細に論証しなければならないのに対し、無罪判決を破棄する際には論証をしない。つまり、詳細な論証をしなければ合理的疑いと認めてくれないし、かつ、たとえ詳細な論証をしても一刀両断されるのである。このようにして、日本の実務における合理的疑いは高度な疑いになっている。

これでは上訴審が冤罪救済を果たすことは難しい。実務の現象に対抗するためのアプローチを2つ紹介しておこう。

第一に、無罪判決に対する検察官上訴を禁止することである。憲 39 が規定している一事不再理効は、「一度有罪の危険に直面する手続的負担を受けた者はそれ以上危険にさらされない」という二重の危険禁止の法理に基づいている。一審の無罪判決を二審が破棄するのは、有罪となる危険に二回さらすことになるわけだから、憲 39 に違反すると考えるのである。二重の危険禁止法理の発祥元である英米においては主流となっている考え方であり、実際にもそのように運用されている。

しかし日本の最高裁は、二重の危険禁止の法理それ自体は認めつつ、「同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末に至るまでの一つの継続的状态」とみるべきであるから、危険は一回しか発生していないとし、無罪判決に対する上訴は憲 39 に違反しないと述べた（最大判昭 25・9・27 [\[1-93\]](#)）。

第二に、合理的疑いの定義を変更することである。日本の実務において一刀両断型の無罪判決破棄を防げることができないのは、合理的疑いの定義中に「一般人の納得」が含まれているからである（【152】参照）。訴訟の場においては、一般人＝上訴審裁判官となる。上訴審裁判官が納得することが、合理的疑いが認められるための条件となってしまっているのである。

しかし、合理的疑いを差し挟む余地がない証明原則の発祥元である英米において、「合理的疑い」に「他者の納得」は含まれていない。英米の陪審員は「合理的疑い」について以下のように説示される。すなわち、①議論してきちんと証拠を評価せよ。②議論を成立させるために理由を言語で示せ。③このような過程を経たうえでなお疑問が残ればそれは合理的疑いだ。つまり、有罪派の他者を説得できないからといって自分が抱いた疑いを引っ込めてはならない。

このように、無罪と考えているものを説得しなければならないのは有罪派であり、その逆ではないことに注意する必要がある。日本においても、無罪判決を出すにあたり、過剰なまでに詳細な判決理由を書いて他者を説得しようとする必要はない。証拠を評価したうえでどのような疑問が残ったかを示すだけでよい。また、上訴審裁判官は、原判決の結論に納得できなくとも、原判決の疑問が論理的に成立しえないことを論証できないかぎり、無罪判決破棄を断念すべきである。これに対し、有罪判決を破棄する際には、詳細な論証なしに自身の抱いた合理的疑いを示すだけでよい。

実務においても、このようなアプローチに類似した動きが出てきている。たとえば、大学教授痴漢冤罪事件の最高裁判決において、「論理的に筋の通った明確な言葉によって表示され、事実によって裏づけられたものであれば、それは合理的疑いと認められるのであり、有罪と考える他の裁判官の意見が「傾聴に値するものであり、一定の説得力ももっている」場合であっても、それだけでは無罪意見を撤回する理由にはならないとの補足意見が付いている（最決平 19・10・16 90c）。

また、チョコレート缶事件において最高裁は、事実誤認（382）を「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」と解釈し、「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」と述べている（最判平 24・2・13 98）。

【173】 非常救済手段

判決が確定してもそれが誤判であった場合は是正を図らねばならない。判決確定後の救済手続として、再審と非常上告という2種類が用意されている。

再審とは、事実認定の不当を理由として、確定判決に対してなす救済手続である。再審が認められると裁判をやり直すことになる。現行法は「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」のみ再審請求を認めている(435)が、これは、憲39が「既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない」と定め、不利益再審を禁じたためである。

非常上告とは、法令違反を理由として確定判決またはその訴訟手続の破棄を請求することである(454)。

なお、2つの手続を合わせて「非常救済手続」と称されることが多いが、「非常」という言葉は、確定前の上訴による救済を「通常」と捉え、それ以外という意味で用いているに過ぎない。「『非常』手続である以上、よほどのことがないかぎり救済すべきでない」という主張はレトリックにすぎない。

【174】 再審

それでは再審の流れを概観しよう。再審は、再審を開始すべきか判断する手続と、再審開始決定後の審判という二段階に分かれる。再審開始決定が出ると大きく報道されるが、この時点では元被告人はいまだ無罪判決を勝ち取っていないので注意が必要である。

再審請求は435条1～7号に掲げてあるいずれかを理由としてしなければならない。1～5号は、確定判決により原判決の証拠が偽造、変造または虚偽であったことが証明された場合を規定する。7号は、確定判決によって関与裁判官などに職務犯罪があったことが証明された場合を規定する。これらの再審理由を「ファルサ(偽証拠)型」と呼ぶ。これに対し6号は、無罪などを言い渡すべき新証拠を発見した場合を規定する。これを「ノヴァ(新証拠)型」と呼ぶ。この2つの型は性格が異なる。ファルサ型は、1号を例にみると、原判決の証拠となった証拠物が偽造であったことが証明されただけで再審理由ありとされる。これに対しノヴァ型は、無罪を言い渡すべき明らかな証拠でなければならない。前者は絶対的控訴理由のような性格を持ち、後者は相対的控訴理由のよ

うな性格を有している、と一応いえよう。実務においてファルサ型の再審理由ありと認めさせることは非常に困難であり、実際はノヴァ型の6号を理由として再審請求がなされることが圧倒的に多い。6号の解釈・運用については【176】【177】で検討しよう。

請求を受けて再審請求審は審査をする。必要に応じて事実の取調べも行う(445)。請求方式に法令違反が認められれば、請求を棄却する(446)。請求に理由がないときも棄却する(447)。理由があるときは再審開始決定を出す(448 I)。その際、刑の執行を停止することができる(448 II)。執行停止の決定に対し不服申立ができるかが東住吉事件で争われた。450が即時抗告の対象として448 IIをわざわざ外しているのは、448 Iの処分から独立して不服申立の対象とすることを立法者が想定していなかったためと考えるのが妥当だが、最高裁は、448 IIの決定に対し419に基づいて通常抗告ができると判示した(最決平24・9・18)。

再審開始決定が確定すると、第二段階に移る。裁判所は、審級に従い審判をしなければならない(451)。

再審に関する規定は435~453の19条しかなく、規定の欠缺が多い。国選弁護人、接見交通権、証拠開示に関する規定等の整備は焦眉の課題である。

【175】非常上告

非常上告の流れもごく簡単に見ておこう。再審とは異なり、一段階の手続である。検事総長が最高裁判所に申し立て(454、455)、陳述をする(456)。最高裁は調査・事実取調べを行い(460)、請求に理由がないときは棄却(457)、理由があるときは一定の判決を出す(458、459)。原判決を破棄して最高裁がさらに判決を出した(458①但)最近の事例を一つ挙げておこう。処断刑の上限が懲役1年なのに、検察官が1年6月を求刑し、裁判所が1年2月を言渡し、確定した事件について非常上告が申し立てられ、最高裁が確定判決を破棄し、懲役8月とする判決を言い渡した(最判平28・7・4)。非常上告が認められる事案は、刑事手続に関与する者たちのだらしなさが窺えてしまうものが多いので、実務に変な幻想を抱かないためにも、たくさんチェックしてみよう。

【176】「あらたに発見したとき」

435⑥に含まれる文言のうち、解釈が争われている箇所を2つ紹介しよう。ここでは「あらたに発見したとき」の解釈を扱う。【177】では「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」の解釈を扱う。

「あらた」とは誰にとってなのか、が問題になっている。請求人にとって新たであるという請求人説と、裁判所にとって新たであるという裁判所説に分かれる。前者の説のほうが再審請求のハードルは高くなる。確定前に当該証拠の存在を知っていたが、さまざまな事情により確定前に法廷に出さなかった場合には、請求棄却となってしまうからである。

この点に関し最高裁は明確な規範を立てていない。身代わり犯人による再審請求に対し、証拠をあらたに発見したときに該当しないとする判例もあり（最決昭 29・10・19）、これだけを見ると請求人説に立っているように見えるが、明確に裁判所説を採用した布川事件の原決定を是認してもいる（最決平 21・12・14）。私がみるかぎり、裁判所説が実務の大勢を占めているといってよい状況だと思う。

【177】「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」

さまざまな事件において絶えず争われてきたのが「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」の解釈である。白鳥、財田川決定以前の実務においては、①新証拠のみで評価し、②無実証明があった場合に、この要件をみたと考えられ、運用されてきた。疑わしいときは被告人の利益に原則は適用されない。そうすると、完全なアリバイ証明に成功でもしないかぎりには要件をみたせないことになるが、それは現実世界では非常に困難である。そこで、「再審の門を通るのはラクダを針の穴に通すより難しい」との怨嗟の言葉が生み出された。

このような絶望的状况に風穴を開けたのが白鳥、財田川決定である。白鳥決定は、確定判決における事実認定につき合理的な疑いをいだかせ、その認定を覆すに足る蓋然性のある証拠をいうものと解すべきであると、疑わしいときは被告人の利益にという「刑事裁判の鉄則」が適用されると宣言した（最決昭 50・5・20^{102c}）。財田川決定では、鉄則を具体的に適用するにあたっては、「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、これをもって足りると解すべきであるから、犯罪の証明が十分でないことが明らかになった場合にも」OKだと判示した(最決昭 51・10・12 [102j](#))。

白鳥、財田川決定により、①新証拠と旧証拠を総合評価し、②確定判決の事実認定に合理的疑いを抱いた場合に、要件をみたすとされた。これにより再審の門は広がり、死刑4事件(免田、財田川、松山、島田)について再審開始決定が出され、再審が行われ、無罪判決が出され、確定した。これら4事件はすべて、新証拠単独で無実を証明することはできない事案であったから、白鳥、財田川以前の解釈では再審開始決定が出なかった事案である。

しかし、その後に新たな問題が発生した。名張事件第五次再審請求時の最高裁決定(最決平9・1・28 [102c](#))により顕在化したのだが、確定前・確定後に全く争点とされなかった点につき最高裁が独自に調査し、独自の心証を新たに形成したうえで、合理的疑いを抱かないから「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」とはいえないと結論したのである。また、尾田事件において最高裁決定(最決平10・10・27 [102d](#))は、罪となるべき事実そのものに合理的な疑いを生じさせるに至らない限り435⑥の再審事由に該当するということはできないと述べた。最高裁は、再審請求審においても、自由に心証を形成して、有罪の証明があるか否かという裸の実体判断を行うことを認めているようである。

しかし、再審請求審は、再審そのものではない。決定手続であり、防禦権を保障するための規定も整備されていない手続である。それにもかかわらず、自由に裁判所が実体判断をしてよいのか、疑問である。

この問題に対処する道は2つあると思う。1つは、最高裁の解釈を受け容れ、全面的に事実認定を争うことができるような条件整備を主張することである。もう1つは、ファルサ型と同様、実体判断を極力させない解釈を認めさせることである。私は後者の立場をとり、「無罪を言い渡すべき明らかな証拠」とは「仮に無罪判決を言い渡すとしたならば、新証拠はその理由の一つとして使える」ことを意味し、請求審は実体判断に詳細に立ち入ることなく、新証拠が消極証拠であることのみを確認すればよいと解釈している。

【179】 市民②——被害者

犯罪被害者は訴訟当事者ではない。刑事裁判は国家刑罰権の発動を求めて開始される。刑罰権を持っているのは国家である。国家刑罰権は、社会の秩序維持のために発動される。私権の実現を目指す民事裁判ではないのである。そこで被害者は、刑事裁判においては、もっぱら証拠（情報提供者）として扱われてきたが、2000年以降、被害者等の保護を図る法改正や新立法が多数なされている。その内容を簡単に紹介しておこう。

第一に、被害者に対する金銭的支援の制度である。1980年に制定されていた「犯罪被害者等給付金支給法」が2008年に改正され、「犯罪被害者等給付金等による犯罪被害者等の支援に関する法律」と改称された。給付の対象や給付額が拡大されている。

第二に、主として公判段階における被害者の保護である。①法廷に設置されている傍聴席の数は限られているが、被害者が傍聴できるよう配慮される（被保2）。②損害賠償を求める民事裁判の準備等に配慮し、刑事公判が係属中であっても訴訟記録を閲覧・謄写できる（被保3）。③証人として尋問される場合には、被害者特定事項を秘匿することができる（290の2、291Ⅱ、299の3）。したがって被害者特定事項にわたる尋問は制限され得る（295Ⅲ、299の2も参照）。尋問の際には遮蔽措置（157の5）やビデオリンク方式（157の6）をとることもできる（ビデオリンクの合憲性につき、最判平17・4・14 [55](#) [54c](#)参照）。尋問の際に不安や緊張を緩和させるのに適当な者を付き添わせることもできる（157の4）。④聞かれたことに答えることしかできず、反対尋問にもさらされる証人尋問の形をとらない意見陳述の機会も設けられている（292の2）。ただし反対尋問ができないこともあり、当該陳述は犯罪事実の認定のための証拠とすることができない。292の2Ⅸ）。

第三に、被害者による手続参加も一定範囲で認められている。自ら、または委託した弁護士が証人尋問すること（316の36）、被告人質問すること（316の37）、論告・求刑することである（316の38）。このように手続に参加する被害者を「被害者参加人」と呼ぶ（316の33Ⅲに定義がある）。被害者参加人に対しても付添いや遮蔽の措置をとることができる（316の39）。

第四に、犯罪や刑事手続の進行に関する情報を受ける。①法律では定められ

ていないが、警察は被害者連絡制度を 1996 年に設け、捜査状況、被疑者を検挙したこと、被疑者の氏名・年齢等、被疑者の処分の状況（送致先の検察庁、起訴・不起訴の処分結果、起訴された裁判所）等の情報を被害者に提供している。②検察も、1999 年に被害者通知制度を設け、被害者等の希望がある場合には事件の処理結果、公判期日、刑事裁判の結果、被疑者・被告人の身柄の状況等を通知している。もともと刑事訴訟法上には、告訴人に対して事件処理の通知（260）や不起訴理由の告知（261）という規定を置いていたが、それを拡大した形である。不起訴処分に納得がいかない被害者は、検察審査会に申し立てることができる（【074】参照）。なお、性犯罪など特定の犯罪について、かつて設けられていた 6 カ月の告訴期間は撤廃されている。

第五に、損害賠償請求にかかる負担が軽減された。従来は、刑事裁判とは全く別に、民事裁判所に訴を提起する必要があった。しかし 2007 年に損害賠償命令制度（被保 23～40）が設けられ、刑事裁判終了後にその刑事裁判官がそのまま民事裁判の審理を行い、刑事と民事の訴訟を 1 回で終結させることができるようになった。この制度により、精神的苦痛の回避・軽減に資し、刑事裁判と民事裁判の結論が矛盾するという事態を回避し、簡潔・迅速に被害者救済を図ることができるようになった。他に、被告人と被害者の和解が公判調書に記載された場合、それに裁判上の和解と同一の効力を持たせる制度も設けられた（被保 19～22）。

以上のような制度には疑問・懸念の声も寄せられている。①被告人が犯人であると確定していない段階で、なぜ「被害者」という存在が確定されるのか。②被害者参加人の地位があいまいである。参加人が訴訟当事者なのだとすると、検察官 VS 被告人という当事者主義の構造に矛盾をきたすことになる。③被害者の意見陳述や参加人の論告・求刑等が証拠評価や事実認定に影響しないだろうか。法廷が応報感情に満たされないだろうか。事実認定と量刑の手続を二分する必要があるのではないか。④被害者救済の施策は（あまり予算を要しない）刑事司法のフィールドに限られていないだろうか。⑤刑事裁判に参加したくない被害者の救済は十分か。

~~【184】裁判員制度成立の経緯（省略）~~

【185】裁判員制度の目的（旧【185】【186】を1節に再編）

裁判員制度の目的は「裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」ことである（裁員1）。本制度は司法の広報の手段にすぎないのではないかと勘繰りたくなるが、最高裁は、「理解の増進」と「信頼の向上」とはすなわち「国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るものであることを示している」、「裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものである」と述べた（最大判平23・11・16⁶¹）。

いずれにせよ、裁判員制度の創設に真っ向から反対する人はさほど多くなかった。それは、制度が実際に果たす機能に期待する人が多かったからである。

①調書裁判を脱し、直接主義・口頭主義、公判中心主義が果たされるのではないか、②頭と体が凝り固まっていない市民が参加することによって無罪推定原則に従った判断がなされるのではないか、といった期待である。

現時点までの運用をみると、①の期待はかなり果たされていると多くの者が評価している。②については評価が難しい。少なくとも覚醒剤関連事件の無罪判決は増えた。この種の事件は裁判員裁判になじまないから対象から外すべきだという立法提案が検察サイドからなされたが、受け容れられなかった。

~~【187】国民の司法参加制度（省略）~~

【186】対象となる事件（旧【188】のナンバー付け替え）

死刑または無期の懲役若しくは禁錮に当たる罪に係る事件、および、法定合議事件で、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係るものである（裁員2I）。ただし、一定の場合には裁判官の合議体で取り扱う（裁員3、3の2）。裁判員裁判を受けるか否かについて被告人に選択権は認められていないが、この点につき最高裁は合憲と判断している（最判平24・1・13^{61c}）。

【187】裁判員選任手続と公判（旧【189】【190】を1節に再編）

まず、市町村の選挙管理委員会が裁判員候補者予定者名簿を作成する（裁員21）。その送付を受けた地方裁判所は、裁判員候補者名簿を調製する（裁員23）。

名簿に記載されると本人に通知される（裁員 25）。

次に、事件ごとに候補者をくじで選定する（裁員 26）。選定された候補者は呼び出しを受ける（裁員 27）。出頭した候補者に対し一定の者に対し不選任決定をする。検察官および被告人も不選任決定請求をすることができる。残った者の中からくじを行い、選任決定をする（裁員 34～37）。

裁判員裁判においては公判前整理手続が必要となる（裁員 49）。公判については、冒頭陳述に関し、証拠により証明すべき事実と証拠との関係を具体的に明示せよとの特則がある（裁員 55）。合議体は裁判官 3 人、裁判員 6 人で構成する（裁員 2II）。裁判員が関与する判断は、事実の認定、法令の適用、刑の量定の 3 つである（裁員 6 I）。裁判員は、一定の事項について証人、被告人、被害者等に尋問・質問できる（裁員 56～59）。評決は、裁判官および裁判員の双方の意見を含む過半数の意見による（裁員 67 I）。過半数が有罪であったとしても、少なくとも 1 名の裁判官が含まれていなければ、無罪となる。量刑については意見がばらばらになり過半数に達しないことがありうる。そのような場合の処理方法については裁員 67 II 参照。

なお、裁判員裁判では、審理の長期化が見込まれるなど、裁判員の負担が過大と考えられる場合には、併合事件を分け、分けた事件ごとに順次審理するという決定をすることができる（裁員 71）。この決定に基づく審判を区分事件審判という。区分事件ごとに審理が行われ、部分判決を言い渡す。すべての区分事件の審判が終わった後、併合事件全体の裁判を行う（裁員 77～89）。

【188】裁判員の保護と裁判員の義務（旧【191】のナンバー付け替え）

裁判員を保護するために、個人情報の保護（裁員 101 I、109）、裁判員に対する請託・威迫の犯罪化（裁員 106、107）、危険な事件の排除（裁員 3）などが規定されている。仕事を休んでも不利益に扱わないよう雇用主に要請もしている（裁員 100）。

裁判員には出頭義務（裁員 52。ただし裁員 63 I 参照）および守秘義務（裁員 9 II）が課される。守秘義務等に違反した場合には秘密漏示罪を犯したとして処罰されうる（裁員 108）が、範囲がいささか広すぎるのではないかとの批判もある。