

菊池事件と憲法的再審について

内 田 博 文

目 次

- 一 非常上告手続
- 二 再審手続
- 三 憲法的再審理由
- 四 弁護「不在」と憲法的再審理由
- 五 「憲法的再審」消極論に対する反論
- 六 刑事訴訟法第四三五条第六号の解釈
- 七 再審請求権者と再審請求手続
- 八 検察官による新証拠の探索・収集等
- 九 憲法違反の菊池事件の刑事手続
- 十 菊池事件の再審の必要性
- 十一 菊池事件の再審請求と法の要件

一 非常上告手続

日本国憲法はその第三一条で、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定している。これによれば、実体審理に影響を与えるようなデュー・プロセス違反の有罪判決が確定した場合、その是正は憲法上の要請ということになる。しかし、現行刑事訴訟法はそのための特別な手続を設けていない。そこで、そのために利用し得る刑事手続は何かが問題となる。

それでは、刑事訴訟法第四五四条以下で規定されている非常上告手続の活用はどうかであろうか。この非常上告の制度は沿革的にはフランス法の「法律の利益のための上告」(フランス刑事訴訟法第六二〇条)に由来するものだといわれている⁽¹⁾。ただし、そこには、立法の変遷もみられる。この変遷については、たとえば、次のように整理されている。

「治罪法、旧々刑事訴訟法が、ボアソナード草案から被告人救済という方向での非常上告制度へと進んだのに対して、この流れを明らかに変えたのが、一九二四年(大正一三年)施行の旧刑事訴訟法である。非常上告を第六編として上告の部から独立させ、第五一六条から第五二二条に一連の規定を置く。刑事訴訟法案理白書によれば、『法律ノ適用ヲ統一スルヲ以テ其ノ目的トス仏国刑事訴訟法ニハ法律ノ利益ノ為ニスル上告ノ制度アリ其目的トスル所亦法律適用ノ統一ニ在リ大体ニ於テ本案ト主義ヲ同シクスルモノナリ現行法(旧々刑事訴訟法)筆者挿入)ハ単ニ判決ヲ被告人ニ不利益ナル場合ニ於テノミ非常上告ヲ許スヘキモノトシ且其ノ理由ヲ限定セリ：(略)：而シテ現行法ニ於ケル非常上告ノ目的トスル所ハ法律適用ノ統一ヨリハ寧ロ被告人ノ数済ニ在リ故ニ其ノ範圍及効果ノ本案ト異ナルハ当然ナリ』とされている。具体的には、第五一六条は、『判決確定後其ノ事件ノ

審判法令ニ違反シタルコトヲ発見シタルトキハ検事総長ハ大審院ニ非常上告ヲ為スコトヲ得』、第五二〇条は、『非常上告ヲ理由アリトスルトキハ左ノ區別ニ従ヒ判決ヲ為スヘシ 一 原判決法令ニ違反シタルトキハ其ノ違反シタル部分ヲ破毀ス但シ原判決被告人ノ為不利益ナルトキハ之ヲ破毀シ被告事件ニ付判決ヲ為ス 二 訴訟手續法令ニ違反シタルトキハ其ノ違反シタル手續ヲ破毀ス』、第五二二条は、『非常上告ノ判決ハ前条第一号但書ノ規定ニ依リ為シタルモノヲ除クノ外其ノ効力ヲ被告人ニ及ホサス』と規定している。理由書もいうように、旧刑事訴訟法は、フランスの『法律のための上告』に範をとり、被告人の救済から法律適用の統一を任務とする、非常上告制度へと変転させたのである。しかしながら、注意しなければならないのは、例外的には、破棄に現実的効力が認められ、被告人救済の道が残されていることである。この非常上告制度が、一九四八年（昭和二十三年）改正の現行刑事訴訟法に、何ら改められることなく受け継がれたのである。⁽²⁾

そこから、学説においても、現行刑事訴訟法下の非常上告制度をもって、法令解釈の統一を目的とする⁽³⁾、法令の適用の統一を主たる目的とする⁽⁴⁾、あるいは法令の解釈適用の統一を目的とする⁽⁵⁾、等の見解が説かれている。

判例も、立法者意思を踏まえて、現行刑事訴訟法の非常上告制度をもって、「法律のための上告」という観点から限定的に運用してきた。たとえば、最大判昭和二十七年四月二二日刑集六卷四号六八五頁は、訴訟法的前提事実の誤認により訴訟法の解釈適用を誤った場合につき、次のように判示し、検事総長からの非常上告を棄却した。

「非常上告は、法令の適用の誤りを正し、もつて、法令の解釈適用の統一を目的とするものであつて、個々の事件における事実認定の誤りを是正して被告人を救済することを目的とするものではない。されば、実体法たると手続法たるを問わず、その法令の解釈に誤りがあるというのではなく、単にその法令適用の前提事実の誤りのため当然法令違反の結果を来す場合のごときは、法令の解釈適用を統一する目的に少しも役立たないから、本件

では、本案事件の公訴提起当時においては勿論その第一審判決当時においても、被告人の年齢が二〇歳以上であると認定されていたことは記録上明白なのであるから、たとえ、その判決後になつて被告人が実際は少年であつたことが判明したとしても検察官が公訴提起前あらかじめ事件を家庭裁判所に送致する手続を執らなかつたのを目して、公訴提起の手続規定の解釈を誤りその結果その手続規定に違反したとはいえないし、また、第一審裁判所が公訴提起手続違反を理由として公訴棄却の判決をしないで被告人を懲役一年但し三年間その刑の執行を猶予する旨の判決を言渡したのを、まさしくその審判法令に違反した場合に当るものといふことはできない。それ故、本件非常上告は採ることができない。」

もつとも、現行刑事訴訟法下の非常上告においても、フランス法と異なり、法令解釈の誤りが被告人に不利益を及ぼしているときは、その部分が破棄されるので、被告人の救済機能をも果たすことになる。そこで、この救済機能の重要性を強調する見解もみられる。これらの見解は、非常上告というのはフランス法の「公益のための上告」にも由来する制度だという理解によつてゐる。そして、非常上告は「具体的事件の救済」という機能をも有し、「本人が不当に不利益を蒙っている場合に人権保障の趣旨からいつてこれを傍観することは許されない」⁽⁸⁾、あるいは「原確定判決の具体的な法令解釈の適用の誤りを宣言することによつて、正しい法令の解釈適用を示すという面が強く、またその誤りが被告人に不利益な場合にはその具体的救済をはかるという機能を併用している」⁽⁹⁾、非常上告の特徴は「第一に、法令の解釈・適用の統一といつても、…略…：正当な法の解釈を宣言する具体的な必要がある場合になされること、第二に、被告人に利益な方向には現実的効果をもつことである」⁽¹⁰⁾、等と説かれる。

のみならず、訴訟法的事実たると実体法的事実たるとを問わず、法令違反が前提事実の誤認に由来する場合に

も非常上告が許容されるべきものとする説^①や、訴訟法的事実に関する前提事実の誤認の場合のほか、簡単な一件記録の閲覧、調査のみによって容易に判明できるような実体法的事実に関する前提事実の誤認の場合も認容する説^②等も主張されている。

判例においても、微妙な態度変化がみられる。次のように判示し、検事総長からの非常上告を認容し、原略式命令を破棄し、本件公訴を棄却した最三小判昭和五七年九月一八日判時一〇五八号一四五頁なども現われるに至っている。

「しかしながら、当審の事実取調の結果によれば、被告人が免許の効力停止処分を受けたのが昭和五六年二月二〇日である旨の免許証の記載は昭和五五年二月二〇日の誤記であり、被告人には道路交通法一二五条二項各号に掲げる事由は存せず、被告人は同法第九章にいう『反則者』に該当するものと認められる。したがって、被告人に対しては、同法二三〇条、一二七条一項、一二八条一項により、岡山県警察本部長が反則金の納付を通告し、岡山簡易裁判所としては、刑法四六三条一項に従い、事件を通常の手続に移したうえ、同法三三八条四号により公訴棄却の判決をすべきであつたにもかかわらず、右公訴事実につき有罪を認定して略式命令を発付したものであつて、右略式命令は法令に違反していることが明らかである。」よつて、本件非常上告は理由があり、しかも原略式命令は被告人のため不利益であるから、刑法四五八条一号但書により、右略式命令を破棄し、同法三三八条四号により本件公訴を棄却することとし、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。」

この判例等に注目し、次のように説く学説もみられる。

「非常上告の目的・機能の確認から、非常上告の対象との関連において、前提事実誤認の場合をいかに扱うべ

きであろうか。」「厳格な証明によって確定した実体的事実、たとえば、罪となるべき事実や犯罪の成立を阻却すべき原因にあたる事実も、もっぱら再審の問題であることはいうまでもない。したがって、同様の理由から、累犯加重の条件となる前科の有無の誤認も、非常上告の対象から除かれる。これについても非常上告を認めよという見解があるが、しかし、再審と非常上告との役割分担は、やはり無視されてはならない。」「実体法の解釈適用の誤りは、非常上告が認められる、もつとも典型的な場合である。誤りの是正によって、法令の解釈適用の統一に資することも多いし、実体に関するがゆえに、その是正が被告人に利益、不利益を及ぼす可能性も高い。以上を非常上告の問題とすることに異論はない。そして、この点で訴訟法の解釈適用の誤りも、同じく、非常上告で是正されるべきものである。」「次に訴訟的事実の誤認であるが、この領域を非常上告から外すと、再審によってもそして非常上告によっても、是正されない空間を認めてしまうことになる。このような認識を前提にしながら、次のような特性を加えて解決を考慮する必要がある。すなわち、(一) 訴訟的事実は自由な証明によっており、そのような意味で、再審のような厳格な手続を踏む必要はない。(二) 訴訟上の事実につき、正しく認定しながら法の適用を誤ることはほとんどなく、実際上も事実誤認が原因の場合が多く、しかも、これを除くと訴訟法の違反を非常上告から締め出すことになりかねない。(三) 刑訴法第四六〇条第二項が、訴訟事項に関して事実の取調を規定している。以上からすれば、訴訟的事実に関しては、非常上告の制度内で考えるのが適当であると思われる。しかしながら、訴訟的事実誤認が原因である場合には、非常上告の法令の解釈適用の是正という目的とは、一次的には結びつかない。事実誤認に基づく手続の違反も、重要な場合にこれを宣言するのは、将来の訴訟に対する警告として、十分意義があるといわれるのも、このことを意味しているのである。この『重要な場合』の意味であるが、非常上告の違法宣言とならぶ、被告人救済の役割から立論していくのが自然である。すなわち、

事実誤認がまさに被告人に不利に作用している場合、非常上告の被告人救済の役割に引きづられて、それは非常上告の対象となり、救済実現の手段として、違法宣告が行なわれるのである。およそ訴訟的事実の誤認が非常上告の問題となるのではなくて、被告人救済と結びつくかぎりにおいてと解すべきである。ということは、それを越えるについては、前提事実誤認の理論が生き残り、作用するということでもある。⁽¹³⁾

このように、非常上告制度においても、被告人の救済の面が重視され始めている。このような状況に鑑みた場合、実体審理に影響を与えるようなデュー・プロセス違反を非常上告によって救済する道がまったく閉ざされているとまではいうことができない。それが実現した場合、「訴訟的事実は自由な証明によっており、そのような意味で、再審のような厳格な手続を踏む必要はない」という点は、被告人の救済にとつて大きいといえる。

しかし、それを実現するためには乗り越えなければならぬ多くの問題が存する。判例・学説の蓄積が再審に比べると必ずしも十分ではないという状況もその一つである。この状況は前掲・最判昭和五七年九月二八日以降も大きく変わっていないように見受けられる。何よりも大きいのは非常上告の受け皿としての最高裁のキャパシティの問題である。「通常上告審としての最高裁判所の役割から、いたずらに非常上告に制限を課すことには疑問がある⁽¹⁴⁾」とされるものの、このキャパシティの問題はまだ十分には詰められていないからである。その意味において、実体審理に影響を与えるようなデュー・プロセス違反を非常上告によって救済するというのは短期的な課題というよりは、むしろ中長期的な課題として位置づけられるべきもののように思われる。

ただ、次の点だけは確認しておかなければならない。一つは、原理的な問題で、何故に、法令違反の判決や訴訟手続については、判決確定後であっても非常上告が許されるのかという点である。日本国憲法下の非常上告制度であるということに鑑みた場合、やはり、それは憲法の最高法規性に求められるべきであらう。周知のように、

日本国憲法第九八条第一項は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」と規定しているからである。すなわち、日本国憲法およびそれに基づく法秩序の下では、法令に違反する判決や訴訟手続に確定力を認めることは許されないという点がそれである。それ故に、特に、憲法に違反する判決や訴訟手続に確定力を認めることは、憲法秩序に相いれないものとして、憲法はその排除、取消を当然の前提として求めているといえよう。

もう一つは、何故に、非常上告の権限が検事総長に付与されているのかという点である。当事者に申立権がなく、検事総長だけに認められているのかという点である。この点は、現行刑事訴訟法第四三九条が、再審請求権者の筆頭に検察官を挙げていることと関連する。両者は軌を一にしているといえよう。

ここで、考えなければならぬことは、法令違反をただし、誤判を是正する責任は誰にあるのかということである。被告人やその家族に責任があるのだろうか。あるとすれば、これらの人たちが請求しないのであれば、司法は法令違反をただし、誤判を是正しなくても止むを得ないともいえる。しかし、誤判を是正する責任が冤罪被害者およびその家族にあるというのは明らかに誤っている。法令違反や誤判を犯した原因は被告人およびその家族にはないからである。身代わり犯人の場合などを別として、検察官は被疑者の意思に関係なく一方的に起訴する。裁判所も被告人の意思に関係なく一方的に判決を言渡す。刑の執行も一方的になされる。被告人およびその家族の意思は一貫して無視される。司法取引は公式には認められていない。このように一貫して無視されてきたにもかかわらず、法令違反、誤判の是正の場合にだけ、被告人およびその家族の意思を問題にする。法令違反をただし、誤判を是正するかどうかは被告人およびその家族の意思次第だというのは不公平ではないだろうか。

司法が一方的に犯した法令違反、誤判であるとすれば、それを是正する責任は司法の側にあると考えるのが当

然ではないだろうか。司法の側が、その責任で自ら非常上告、再審を行い、自ら法令違反をただし、誤判を是正する。そして、法令違反、誤判を犯したことを謝罪し、名誉回復、被害救済等を図るのが当たり前ではないだろうか。日本国憲法の謳う国民主権の下では、司法にそのようにさせるのは国民の権利でもあり、責務でもあるといえる。それにもかかわらず、このごくごく当たり前のことができないとすれば、日本の現行刑事訴訟法の非常上告、再審に関する規定は根本的に誤っているということになる。その意味で、どうしても他に方法がないという場合には、国民が直接、裁判所に非常上告を申立て、再審を請求するという選択肢も留保されていると考えられる。国民請求権という考え方である。ただ、それは最後の手段ともいべきもので、その前に他に取るべき方法はないのだろうか。この取るべき方法として設けられたのが、検事総長による非常上告の申立てであり、検察官による再審請求であるか考えられないであろうか。

ところで、検察庁法第四条は、検察官の職務について、「検察官は、刑事について、公訴を行い、裁判所に法の正当な適用を請求し、且つ、裁判の執行を監督し、又、裁判所の権限に属するその他の事項についても職務上必要と認めるときは、裁判所に、通知を求め、又は意見を述べ、又、公益の代表者として他の法令がその権限に属させた事務を行う。」と規定している。このように、検察官には、「公益の代表者として他の法令がその権限に属させた事務を行う」という職務も与えられているのである。検事総長による非常上告の申立て、そして検察官による再審請求はまさにこの「公益の代表者」としての職務に該当するように見受けられる。

(1) たとえば、白取祐司『刑事訴訟法〔第六版〕』（二〇一〇年、日本評論社）四八五頁等を参照。

(2) 川原廣美「非常上告をめぐる一考察―前提事実誤認の理論を基軸として―」北大法学論集三五卷一・二号（一九

八四年)二七七頁以下。

- (3) 小野清一郎・横川敏雄・横井大三・栗本一夫『改訂刑事訴訟法 ポケット注釈全書(三)』(一九六六年、有斐閣) 九八一頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要七訂版』(一九六七年、創文社) 五九七頁等。
- (4) 小野清一郎『刑事訴訟法講義全訂第三版』(一九三八年、有斐閣) 五八八頁等。
- (5) 平野龍一『刑事訴訟法』(一九五八年、有斐閣) 三四四頁、高田卓爾『刑事訴訟法(改訂版)』(一九七八年、青林書院新社) 五八七頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(一九九〇年、青林書院) 三三三頁、田宮裕『三訂版刑事訴訟法入門』(一九八二年、有信堂) 三〇五頁等。
- (6) 平野・前掲『刑事訴訟法』三四四頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(一九九六年、有斐閣) 五二二頁等を参照。
- (7) 平野・前掲書三四四頁。
- (8) 高田・前掲書五八七頁。
- (9) 鈴木・前掲書三三二頁。
- (10) 田宮・前掲『三訂版刑事訴訟法入門』三〇五頁。
- (11) 平出禾二「非常上告に関する判例の新傾向について」ジュリスト二九号(一九五三年)六頁以下、同「非常上告」団藤重光・責任編集『法律実務講座 刑事編第一二巻』(一九六二年、有斐閣) 二七七頁以下、光藤景皎「非常上告」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座三 裁判・上訴』(一九六三年、有斐閣) 一八八頁、田宮・前掲『三訂版刑事訴訟法入門』三〇九頁等を参照。
- (12) 高田・前掲書五九一頁、平場安治他『注解刑事訴訟法(下巻)』(一九七七年、青林書院新社) 三七三頁等を参照。
- (13) 前掲・川原廣美「非常上告をめぐる一考察―前提事実誤認の理論を基軸として―」二九五頁以下。
- (14) 同二八一頁。

一一 再審手続

それでは、刑事訴訟法第四三五条以下が規定する再審手続の活用はどうかであろうか。これらの規定に鑑みると、実体審理に影響を与えるようなデュー・プロセス違反の確定有罪判決を是正するための刑事手続としては、この再審手続が一番妥当だといえよう。

ただ、これには法文上の壁がある。ドイツでは、連邦憲法裁判所法第七九条第一項が、「基本法と適合しないと宣言された規範若しくは第七八条により無効（法律の無効宣言―引用者）と宣言された規範に基づいて確定した刑事判決、又は連邦憲法裁判所が基本法と適合しないと宣言した規範の解釈に基づいて確定した刑事判決に対しては、刑事訴訟法の定めに従って再審を許すものとする」と規定している。これによって、ドイツ基本法違反を理由とする再審に道を開いている。しかし、日本では、このような明文規定は存しないからである。「憲法の違反があること」（法第四〇五条第一号）や「判決に影響を及ぼすべき法令の違反があること」（法第四一一条第一号）を理由とする上告は明文で認められているのに対して、憲法違反や法令違反を理由とする再審請求は法第四三五条以下では明示的には規定されていないのである。

それでは、実体審理に影響を与えるようなデュー・プロセス違反の有罪判決が確定した場合、日本ではその是正を断念しなければならないのであろうか。法の支配、あるいは法治主義に鑑みた場合、答えは否であろう。日本国憲法は、前述したように、その第九八条第一項で、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」と規定しているからである。これによれば、刑事再審手続を活用した、上記確定有罪判決の是正は憲法上の要請ということにな

る。

問題は、そのためには新たな立法措置が必要か、現行刑事再審法の解釈によってそれが可能かである。もし、かりに前者だとすれば、現行刑事再審法については違憲の誇りを免れがたいことは改めて詳述するまでもなからう。

ところで、周知のように、刑事再審には、新たな証拠により重大な事実誤認が認められる場合に再審を許すノバ型再審と、訴訟当事者の手続違背により公正な裁判が害されたと認められる場合に再審を許すファルサ型再審が存する。日本の刑事訴訟法第四三五条も、両者の再審理由とともに掲げている。同条第四号ないし第六号が前者で、第一号ないし第三号および第七号が後者である。

ノバ型再審とファルサ型再審というのは、沿革的には訴訟構造に由来する本質的な違いを有したものであった。ノバ型再審が「緩やかに不利益再審を認める法制」だとすれば、ファルサ型再審は「制限的に利益再審を認める法制」だといえる。しかし、その後、両者はともに大きく変容することになった。ノバ型再審においても利益再審しか認められないことになった。日本の現行刑事訴訟法も利益再審に限っている。ただ、ノバ型再審の運用については、裁判官の裁量という部分が残されたために、「緩やかに利益再審を認める法制」か「制限的に利益再審を認める法制」かは、この運用次第ということになった。しかし、この点も、最決昭和五〇年五月二〇日刑集二九卷五号一七七頁（白鳥決定）によって、大きく変わるようになった。「疑わしいときは被告人の利益に」という形で、この裁量を行使すべきだとされたからである。この転換は、最決昭和五一年一〇月一二日刑集三〇卷九号六七三頁（財田川決定）でさらに確固たるものとなった。かくして、ノバ型再審は、「緩やかに不利益再審を認める法制」から「緩やかに利益再審を認める法制」へと変容し、ファルサ型再審以上に被告人の

人権保障に寄与する制度ということになった。

他方、ファルサ型再審にも変容がみられる。この方向は大きく分かれている。ドイツのように、不利益再審にも応用する（同刑事訴訟法第三六二条）という方向がその一つである。もう一つの方向は、「制限的な利益再審」を「緩やかな利益再審」へと広げるという方向である。この場合には、ノバ型再審とファルサ型再審とはもはや異なるものというよりは、実質的には同じものということになる。もつとも、ファルサ型再審を「緩やかな利益再審」に変容せしめることには反対だとの考え方もありえる。これによると、ノバ型再審とファルサ型再審とはやはり異なるものということになる。しかし、この見解は採用することができない。両者を峻別して理解することには疑問がある。手続と実体とは密接不可分だからである。「一定の重大な法規違反は事実誤認を徴表する」⁽¹⁵⁾と考えるべきだからである。そして、それは判例の採用するところでもあるといえよう。

現行刑事訴訟法は、第三七七条以下において、控訴理由について定めている。そのうち、第三七七条ないし三七九条は「訴訟手続の法令違反」について定めたもので、第三七七条および第三七八条は判決への影響を問わない絶対的控訴理由とされ、第三七九条は判決への影響を必要とする相対的控訴理由とされている。そして、この絶対的控訴理由と相対的控訴理由の関係について、三鷹事件に関する最大判昭和三〇年六月二二日刑集九卷八号一一八九頁は、次のように判示した。

「絶対的控訴理由（三七七条、三七八条）に当る場合は常に相当因果関係があるものと訴訟法上みなされているものと解すべきであるが、三七九条の場合には、裁判所が当該事件について具体的に諸般の状況を検討して判断すべき問題であつて、或る訴訟手続の法令違反は当然に判決に影響あるものと解し、或はその影響の可能性があれば足ると解するが如きは、同条の注意に反するものといわなければならない。また判決に影響を及ぼすこと

が明らかでない訴訟手続の違法があつたからといつて、その判決が憲法三一条にいわゆる法律の定める手続によらなかつたものであるということのできないのはいうまでもない。」

「訴訟手続の法令違反」のうち、絶対的控訴理由においても判決への影響が無視されているものではなく、判決への影響が訴訟法上みなされているというのが、本大法廷判決の採用した理解である。そこでも、手続と実体の密接不可分性が前提になっていることは明らかであろう。

もっとも、控訴理由と再審理由とは異なる。法第三七九条は、「訴訟手続に法令違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合」と規定し、「判決に影響を及ぼすこと」を鍵概念としている。これに対し、法第四三五条第六号は、「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新たに発見したとき」と規定し、「無罪若しくは免訴を言い渡し、又は軽い罪を認めるべきとき」を鍵概念としている。しかしながら、絶対的控訴理由について最高裁が示した「訴訟法上みなされている」という考えは、法第四三五条の再審理由のうち、第一号ないし第三号および第七号の再審理由についても妥当するといえよう。

これによれば、ファルサ型再審理由というのは、「事実誤認の徴表」のうち「定型的な徴表」を定めたものということになる。そして、このような「違法な手続」は「事実誤認の徴表」だという考え方によれば、ファルサ型再審理由は、明文で掲げられた理由に限定される理由はないということになる。たとえば、法の掲げる「定型的な徴表」に該当しない場合であっても、ノバ型再審理由と併せ考慮することによって、事実誤認に「合理的な疑い」を生ぜしめるに至る場合には、ノバ型再審理由を緩やかに解し、いわばノバ型Ⅱファルサ型再審理由と

して、利益再審の扉を開くべきであるということになろう。

田宮裕教授によれば、次のように説かれる所以である。

「手続上の事実の誤認のゆえにデュー・プロセス違反の事態を惹起し、そのために本案についての事実誤認をきたしているときは、刑訴法四三五条六号をやや拡張的に解し、再審理由があるとしてもよいのではなからうか。たとえば、自白の証拠能力を奪うに至るような新証拠（物証の証拠排除をきたすような違法手続の事実でも同様）、あるいは訴追側のアンフェアな捜査と訴追活動を立証する新証拠が出現し、これを考慮すればひいては有罪判決は支持しえない（証拠不十分で無罪となる）事態に至るときも、本案についての新証拠ではないが、同条の要件をみたすものと解すべきであろう。」⁽¹⁶⁾

井戸田教授も、「単なる訴訟手続違背と思われるような場合であっても、それが直接、間接に原確定判決の事実認定に影響を及ぼすべき場合も、『証拠』の新規性に含まれると考えなければならぬ場合があるし、否定的な変更もそこにはいるという結論が正当である」⁽¹⁷⁾とされた。

(15) 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』（一九七二年、有斐閣）四一三頁。

(16) 前掲・田宮『一事不再理の原則』三二八頁。

(17) 同「上訴と再審」鴨良弼編『刑事再審の研究』（一九八〇年、成文堂）二四四頁。

三 憲法的再審理由

「憲法的再審」の場合、「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証拠」という明白

性は明らかで、法第四三五条第一号、第二号、第七号の定める場合と比べても、独立の再審理由として規定する必要性はより高いものがあると考えられる。にもかかわらず、法は何故、「憲法的再審」について明文の規定を置かなかつたのだろうか。現行再審法の立法に当たって、この問題が検討された様子はうかがえない。ただ、違憲の謗りを免れがたいような「憲法的再審」の排除というような選択を立法者が敢えて行つたと考えるのは不自然であろう。

思うに、「憲法的再審」というのは現実には容易に存在しがたい稀有な場合だということから、立法者をしてこのような規定の必要性を意識させなかつたといえないであろうか。憲法に反するほどの手続違反は、捜査機関・司法機関が職務を全うに遂行していれば起こりえないからである。現に、田宮説の「憲法的再審」の構想も「極限的な状況」を想定して展開されているのである。

この「憲法的再審」については、学説では肯定説が有力である。肯定説の論拠となっているのは、ノバ型再審とファルサ型再審とを一体的に理解するという前述の考え方である。ノバ型再審を緩和して、憲法的再審理由もこれに含まれるとされる。それでは、判例は、この点についていかがであろうか。ここで注目されるのは、最大判昭和四七年二月二〇日刑集二六卷一〇号六三頁（高田事件）である。次のように判示して、本被告事件について、憲法第三七条第一項の規定する「迅速な裁判」の保障に違反するとして、免訴を言渡したからである。

「当裁判所は、憲法三七条一項の保障する迅速な裁判をうける権利は、憲法の保障する基本的な人権の一つであり、右条項は、単に迅速な裁判を一般的に保障するために必要な立法上および司法行政上の措置をとるべきことを要請するにとどまらず、さらに個々の刑事事件について、現実に右の保障に明らかに反し、審理の著しい遅延の結果、迅速な裁判をうける被告人の権利が害せられたと認められる異常な事態が生じた場合には、これに対

処すべき具体的規定がなくても、もはや当該被告人に対する手続の続行を許さず、その審理を打ち切るという非常救済手段がとられるべきことをも認めている趣旨の規定であると解する。」

このようにして、判例によれば、憲法的免訴理由が認められることになった。

それでは、再審の場合はいかがであろうか。判例はいまだみられない。ただ、最高裁判所が免訴に限りて憲法的理由を認めたと解すべき論理的な根拠は存しない。再審についても憲法的理由が認められる余地は残されているとみるべきであろう。というのも、高田事件判決は、違憲状態を救済する方法が他にない場合には、立法にまつのではなく、憲法の番人たるべき裁判所が自ら対応すべきだという考え方によっているとの理解に立てば、それは再審についても妥当しうるからである。

問題は、高田事件判決にいうような、直接憲法規定を発動しなければならないような「異常な事態が生じた」場合かどうか、すなわち、「最終手段性」の有無ということになる。この点で興味深いのは、検察官からの抗告を棄却し、横浜事件について再審開始を確定させた東京高決平成一七年三月一〇日高刑集五八卷一号六頁である。次のように判示したからである。

「治安維持法一条、一〇条の廃止につき、その実質的廃止を認めず、昭和二〇年一月一日公布の上記勅令（〔治安維持法廃止等ノ件〕と題する勅令―引用者）によって廃止されたとするのか……、あるいは、それ以前に実質的に廃止されたことを認めるのかにつき、学説上争いがあり、……また、実質的廃止を認めるとしても、その時点を、昭和二〇年八月一四日、日本政府が連合国に対しポツダム宣言受諾を通告したときとするのか……、同日、天皇が終戦の詔書を発したときとするのか……、あるいは九月二日、降伏文書に署名がなされたときとするかなどなど、その見解は様々であると考えられ、いずれを正当として採用すべきであるか、にわかに決しがた

い。「免訴を言い渡すべき明確な証拠を新たに発見した場合に当たるとして再審を開始した原判断をにわかに是認することはできない。しかし、……請求人らが主張する他の再審理由の主張……が理由あるものと認められるから……、原決定は、各請求につき再審を開始するとした結論において是認することができる。」〔横浜事件関係者を取り調べた司法警察官三名の特別公務員暴行傷害罪について一九五二年に最高裁で有罪判決が確定したが―引用者〕その確定判決の存在により、Kら及び他のいわゆる横浜事件関係被告人が上記告訴をするに当たって提出した、告訴状の付属書類である各口述書写し……、及び『警察における拷問について』と題する書面……写し……や陳述書……等の信用性を否定することが極めて困難になったといわなければならない。」「Kらは、……いづれもが治安維持法違反被疑事件により警察官に引致された直後ころから、警察署留置場に勾留されている間、その取り調べ中、相当回数にわたり、拷問を受けたこと、そのため、やむなく司法警察員の取調べに対し、虚偽の疑いのある自白をし、訊問調書に署名押印したこと……が認められる。」「そして、Kらは、昭和二〇年八月一五日の終戦後しばらくして、勾留期間が長期にわたっている中で、予審判事らの示唆に応じ、寛大な処分を得ることを期待して……、いづれも、予審判事に対し、犯罪事実をほぼ認めて……予審終結決定を得……、公判廷においても、公判廷に付された罪となるべき事実を認めて、……執行猶予付き判決を得たことが認められる。したがって、Kらの上記のいづれの自白も、……主観的要件等に関しては、信用性のない疑いが顕著である……。」

「被告人の自白……が挙示証拠のすべてであることがいわゆる横浜事件関係被告人の判決の特徴であり、そのために、当該被告人の自白の信用性に顕著な疑いがあると、直ちに本件各確定判決の有罪の事実認定が揺らぐことになるのである。」「以上の理由により、上記三名の司法警察官に対する各一審、二審、三審の判決（謄本）写し、Kらの口述書写しを含む三一通の口述書写し……、『警察における拷問について』と題する書面写し……、

及び陳述書……等は、Kら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うことが出来る。」
「そうすると、Kらについては、いずれも旧刑法四八五条六号の事由があるので、この点で、本件各請求は理由がある。したがって、本件各請求について再審を開始するとした原決定は、結論において正当であり、本件各即時抗告の申し立ては、結局、理由がない。よって、旧刑法四六六条一項により本件各即時抗告を棄却する。」
この決定では、前述の田宮教授の「手続上の事実の誤認のゆえにデュー・プロセス違反の事態を惹起し、そのために本案についての事実誤認をきたしているときは、刑法四三五条六号をやや拡張的に解し、再審理由があるとしてもよいのではなからうか。たとえば、自白の証拠能力を奪うに至るような新証拠（物証の証拠排除をきたすような違法手続の事実でも同様）、あるいは訴追側のアンフェアな捜査と訴追活動を立証する新証拠が出現し、これを考慮すればひいて有罪判決は支持しえない（証拠不十分で無罪となる）事態に至るときも、本案についての新証拠ではないが、同条の要件をみたくものと解すべきであろう。」⁽¹⁸⁾という考え方が採用されているように見受けられる。

ただ、再審が開始された横浜事件について、周知のように、横浜地裁は、平成一八年二月九日、免訴判決（刑集六二巻三号二三六頁）を言い渡した。そして、免訴を言い渡すべき場合に当たるかについて、次のように判示した。

「被告人五名に対する本件各公訴事実、治安維持法一条後段、一〇条に該当するとされた事実であるところ、同法は、昭和二〇年一〇月一日に『治安維持法廃止等ノ件』と題する昭和二〇年勅令第五七五号が公布・施行されたことにより、同日廃止された。また、同月一七日、昭和二〇年勅令第五七九号による大赦令が公布・施行されているが、この法令によると、その一条一項で『昭和二十年九月二日前左二掲グル罪ヲ犯シタル者ハ赦免ス』

とし、同項二〇号で『治安維持法違反ノ罪』と規定していることから、被告人らは大赦を受けたことが明らかである。そして、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すすめることも、有罪無罪の裁判をすることも許されないのであり（最高裁昭和二三年五月二六日大法廷判決、刑集二巻六号五二九頁参照）、この理は、再審開始決定に基づいて審理が開始される場合においても異なるものではないと解される。したがって、本件各治安維持法違反被告事件については、被告人らに、『犯罪後ノ法令ニ因リ刑ノ廢止アリタルトキ』（旧刑事訴訟法三六三条二号）及び『大赦アリタルトキ』（二二号）に当たる免訴事由が存することが明らかであるから、被告人らに対しては、免訴の判決が言い渡されるべきである。」「旧刑事訴訟法上、通常の訴訟手続に関して当然に適用されるべき免訴事由に関する規定が再審開始決定に基づく再審公判手続において排除されると解することは困難である（なお、この点は現行刑事訴訟法のもとでも変わらない）。再審公判においても、旧刑事訴訟法五十一条、同五十二条などが明文で定めた手続、すなわち、再審開始決定後の再審の審判はその審級の手続に従って更に行うこととされ、免訴に関する規定の適用が排除されていないことからみて、再審公判に限って、免訴事由が存するにもかかわらず無罪判決をすることを法が予定しているとは解されないことは上記のとおりであり、上記最高裁判決の趣旨は、当然に再審公判にも妥当するものと認められる（なお、本件抗告審決定が、免訴事由がある場合に無罪を理由とする再審請求が許されるか否かについての検討に関連して、『再審公判において、実体審理をせずに直ちに免訴の判決をすべきであるとしても』と説示していることからすると、本件抗告審決定も免訴判決をすべきであると立場に立つものと思われる。）」。

また、「弁護人らは、本件において実体審理に入ることなく免訴を言い渡すことは、再審手続を定める法の趣旨に照らして断じて許されないとして種々主張しているので、以下、これらの点について補足して説明する。」として、次のように判示した。

「弁護人らが主張する点を考慮しても、『無罪を言い渡すべき、新たに発見した明確な証拠がある』ことを理由として開始された本件再審公判において、被告人らに免訴判決を言い渡すことは、無実の罪に問われて無念の死を遂げた被告人らから、再度名誉回復や刑事補償等の具体的な法的利益を奪うということにはならない。」「弁護人らは、既に存在する原判決を完全に無効にするためには、再審公判手続で原判決と内容的に矛盾する無罪判決を言い渡すことが必要であり、免訴判決では、原判決を当然無効にする効力を有するとは言い難く、特に有罪判決後に刑の廃止がなされた場合には、原判決の完全な失効、消滅状態を作り出すことができなから名誉回復は望めないし、原判決の実体的瑕疵を不問に付する結果となり、再審の理念・目的にも合致しないなどと主張する。」「しかし、既に述べたように、再審開始決定が確定すると、その審級に従いさらに審判をすることになるのであり、再審の審判は原判決の当否を審査する手続ではない。再審公判裁判所としては、改めて判決の言渡しを行うことになるのであり、原判決は、本判決の確定によって完全に失効するに至ることになるのである。再審公判において、原判決を無効にするためにこれと矛盾する判決をしなければならぬ理由はないといわなければならないし、原判決の実体的瑕疵を不問に付する結果になるものでもない。しかも、本件各被告事件については、本件抗告審決定で、被告人らに『無罪を言い渡すべき、新たに発見した明確な証拠』が存在すると判示されているのであり、かかる抗告審決定の内容は当審において覆す余地のないものであり、再審請求における本件抗告審決定及び当審の審理・判決を通じてみると、原判決の結論は明らかに否定されているのである。被告人らに免訴

判決を言い渡すことが再審の理念・目的に合致しないということにはならない。」

控訴審の東京高判平成一九年一月一九日高刑集六〇巻一号一頁も免訴判決を支持して控訴を棄却した。最小平平成二〇年三月一四日刑集六二巻三号一八五頁も免訴判決を支持して、上告を棄却した結果、免訴判決が確定した。

この免訴判決は、一見、鈴木茂嗣教授の見解に近いとみえるかもしれない。同教授によれば、デュー・プロセス違反の著しい場合を免訴理由と解しうるとされ、次のように説かれているからである。

「大森簡裁は、昭和四〇年四月五日、道交法違反を理由とする逮捕の際に被疑者が衆人環視の中で捜査官から暴行陵虐をうけたという事案につき、本件犯罪の軽微性をも考慮しつつ、憲法三六条、三二条違反を理由に、刑訴三八条四号を準用して公訴棄却で打ち切った。この判決は控訴審で覆され、また最高裁によっても、『本件逮捕の手續に所論の違法があったとしても本件公訴提起の手續が憲法三二条に違反し無効となるものとはいえない』との理由で否定されたが、学界ではむしろ大森簡裁のような処置を支持する声が高い。」「犯罪の重さに比較して捜査の違法が著しいというような場合、その違法が国家に犯罪処罰の適格性を欠くに至らしめることもあると解すべきであろう。そして、前記大森簡裁判決にあらわれたような事案は、まさにかかる場合にあたるといってよいと思われる。同判決も、公訴棄却で手續を打ち切るにあたり、当該犯罪の軽微性に言及している。」「すでに指摘した免訴判決の性格（『訴因制度を前提に主張吟味型の訴訟観に立つて考察するならば、(三三七条) 二号以下の事由が刑罰権消滅事由である以上、かかる免訴が本案裁判であることは、きわめて明白な事柄なのである。』—引用者—）からいって、あえて検察官のデュー・プロセス保障義務違反や客観義務違反を問題とするまでもなく、端的に『捜査の違法→処罰不相当→免訴』という構成をとれば足りるのである。⁽¹⁹⁾」

しかし、ここで注意しなければならないことは、同教授によれば、他方で、デュー・プロセス違反の事実に関する明白で新たな証拠の存在は再審事由としうるとされ、次のように説かれている点である。

「私は、再審事由に関する四三五条六号を基礎に現行法上の免訴の性格を正しく把握するならば、右のような場合（デュー・プロセス違反が証拠能力や証拠の証明力に影響を与え、ひいて事実誤認に至るといったケース引用者）だけではなく、むしろデュー・プロセス違反が端的に免訴事由となり、それ故デュー・プロセス違反がいわば直接に再審事由となる場合もありうる⁽²⁰⁾と考えるのである。」

鈴木説の意義は、「デュー・プロセス違反が証拠能力や証拠の証明力に影響を与え、ひいて事実誤認に至る」といった間接的な再審理由のほかに、「重大なデュー・プロセス違反」再審理由となる場合を確保することにあるといえよう。そのために、デュー・プロセス違反の著しい場合を免訴事由と解しうるとされるのである。

周知のように、横浜事件の免訴判決に対しては強い批判⁽²¹⁾がみられる。それでは、再審無罪判決を求める当事者の願いに反する結果になり、利益再審という性格が減殺されることになるからである。やはり、利益再審という本旨に則って、「重大なデュー・プロセス違反」再審理由としつつ、本件のような場合も、「有罪の言渡しを受けた者に対して無罪を言い渡すべき場合」にあたるというように解釈・運用することが本来のあり方ではないかと思われる。

(18) 前掲『一事不再理の原則』三二八頁。

(19) (20) 同『統・刑事訴訟の基本構造・下巻』（一九九七年、成文堂）六八四頁以下。

(21) 小田中聡樹「横浜事件再審開始決定の事理と法理」能勢弘之先生追悼記念論集（二〇〇三年、信山社）等参照。

四 弁護「不在」と憲法的再審理由

日本国憲法は、その第三四条前段で、「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければならない。抑留又は拘禁されない。」と規定している。この弁護人に依頼する権利について、最大判平成一一年三月二四日民集五三巻三号五一四頁は、同法第三四条前段に関わつてであるが、次のように判示している。

「右規定は、単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないということにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任する上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである。」

このような理解は、当然のことながら、憲法第三七条第三項の規定にも及ぶものと考えられる。同項では、「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」と規定されているからである。被告人の場合、弁護人を依頼する権利を実質的に理解し、これを保障することの必要性は、改めて詳述するまでもなく、被疑者以上に強いものがあるからである。

それでは、いわゆる弁護「不在」のように、形式的には弁護人が選任されていても、この弁護人を依頼する権利が実質的に保障されずに有罪判決が確定してしまった場合は、いかがであろうか。この場合も、憲法的再審理由になるのであろうか。この点、横山晃一郎教授によれば、次のように説かれている。⁽²²⁾

「被告人の正当な利益を守るのは裁判所の義務であり、又検察官の義務でもある。しかし、それぞれに固有な

重大な任務をかかえていること、又訴訟形式を採用している等の理由で、裁判所、検察官に十分な被告人に対する後見的配慮を期待することは難かしい（それどころか今日検察官は被告側と鋭く対立し、後見的機能はどこ吹く風である）。ひるがえって、裁判所の中にはさんだこの両当事者を比較してみると、その力には大きなひらきがある。当事者の一方、検察官は、強力な国家権力を背景に正義の御旗をふりかざして突進するのに対し、対抗当事者たる被告の多くは貧しい人達であり、又背中に不正のラク印を押された人達である。証拠収集能力においても、法律的知識においても到底被告は検察官の敵ではない。弁護士制度は、訴訟におけるこの実質的不平等を是正し、被告人の正当な利益を守るため認められた制度なのである。「しかし、このような必要性が認められ、制度化されるには、長い年月が必要だった。裁判についての経験の積み重ねと被告人にも守られねばならない人権があるのだ、という発見が、刑事裁判に弁護士制度を導入させ、拡大させたのである。このことは明治以来のわが国の刑事裁判の歴史についてもあてはまる。ボアソナードの治罪法で初めて認められた刑事弁護人が、旧刑訴法で、予審の段階でも選任でき一定の範囲で予審手続に参加できるものとなり、新憲法、新刑事訴訟法で更にその任務、活動範囲が拡がったからである。すなわち、憲法は、三七条三項で、『刑事被告人は、いかなる場合にも資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを付する』と規定すると共に、『何人も、理由をただちに告げられ、且つ、直ちに弁護人を依頼する権利を与えられなければ抑留又は拘禁されない』という三四条もおき、被告人の弁護人依頼権を憲法上の保障にまで高めた。」

一問題は、憲法第三七条第三項にいう「資格を有する」弁護人の意味である。横山教授によれば、ここでも、次のように問題提起されている。²³⁾

「『資格を有する』とは、かつて資格試験に合格した、というだけの意味ではなからう。資格試験に合格したときの状況が現在もなお続いているのでなくてはなるまい。弁護士としての自覚に、又弁護士としての専門的知識に著しく欠ける弁護士は、もはや弁護士の名に値しないのではないか。弁護士は被告を弁護するものだ、被告の訴えや思いを代弁し、法律的にこれを表現するものだ、という基本的自覚がなく、これを具体的行動にあらわした弁護士は、弁護士としての自覚に『著しく欠ける』ものではないか。』（大西事件の―引用者）控訴裁判所はたしかに、弁護人を付した。しかし、この弁護人は、控訴審で示したその行動からみて……、『資格を有する弁護人』とはとうてい考えられない。これは刑事被告人が自分で資格を有する弁護人を選任することができないときは、国でこれを付する、として刑事被告人に『資格を有する弁護人』の弁護をうける権利を保障した憲法三七条に違反する。又控訴審の裁判には憲法三二一条に違反する疑いがある。なぜなら、憲法三二一条は、『法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない』としているが、本件被告は、弁護士なしでは開廷できない必要的弁護事件の控訴審に、『資格を有する弁護人』といえる弁護士なしで開廷され、死刑の一番判決を支持する控訴棄却の裁判を受けたからだ。もしこの判決が確定したとすれば、被告は、法の定める手続に違反して、その生命を奪われることになる。……被告の訴えを法律的に構成しようと努力しない弁護士も亦、憲法の保障する『資格を有する弁護人』といえないのではあるまいか」

横山教授のこのような「資格を有する」弁護人の解釈によれば、当該刑事裁判において、「弁護人としての基本的自覚がなく、これを具体的行動にあらわした」弁護人が存したと認められる場合には、憲法三二一条のデュー・プロセス違反として、刑事訴訟法第三七九条の控訴理由や、同法第四〇五条の上告理由に該当することになる。しかしながら、それだけではなく、刑事訴訟法第四三五条第六号の再審理由にも該当するということになる。

弁護「不在」は、実体審理に影響を与えるデュー・プロセス違反の中でも最重要の一つと位置づけられ得るからである。

もつとも、これには、それは裁判所の弁護士ないし弁護士会への過剰介入を認めることに繋がるものであって妥当ではないといった反論があるかもしれない。しかしながら、横山教授の結論は、次のような検討をも踏まえ⁽²⁴⁾て導き出されているのである。

「裁判所は、ただ弁護士という名のつくものを、弁護士会の内部的取り決めどおり、つけさえすればそれよいというものであろうか。なるほど裁判所は『弁護人の実質的な能力、責任感の強弱等を調査する責務を負担するものとは解されない』……かもしれない。しかし、それは選任に際してのことであって、その後の弁護人の行動が、著しく弁護士としての自覚、専門的知識に欠けることが判つても、手を拱いてよい、というのではない。裁判所に認められている国選弁護人の解任権……は、このようなときにこそ、行使されなければならない権利なのである。……控訴裁判所の行動は、被告の弁護をうける権利をまったく無視したものといわなければならない。もつとも、弁護「不在」の責任の一端が被告人の側にある場合にもデュー・プロセス違反だとすることは行き過ぎだとの批判もあるかもしれない。この批判の当否については更なる考察が必要だと思われるが、少なくとも、被告人の側に責任がない弁護「不在」については、これを憲法的再審理由とすることに特段の問題は生じないであらう。

(22) 同『刑事訴訟法の解釈』(一九六五年、中央経済社)二〇一頁以下等を参照。

(23) 同二二六頁、二二八頁参照。

(24) 同二二〇頁以下。

五 「憲法的再審」消極論に対する反論

実体審理に影響を与えるようなデュー・プロセス違反の有罪判決が確定した場合、これを是正する必要性は高いといえる。憲法違反の刑事手続の場合はおさらである。にもかかわらず、是正の途が現行刑事手続にはないということになれば、このような刑事手続自体が憲法違反ではないかという疑いも生じえる。

問題は、立法に際しては想定し難いような司法機関や行政機関等の過ちによって違憲状態が生じた場合に、これをどう是正するかである。司法機関や行政機関等といえども無謬ではありえない。過ちを犯すこともありえる。そこで、この過ちを是正し、救済のための必要な立法的措置等をあらかじめ講じておくことも立法者には要請されるといえよう。もとより、この立法的措置等についても「立法政策の問題」「立法機関の裁量」に委ねられる部分は少なからず存する。だからといって、法令違憲の判決や適用違憲の判決が一切許されないとすることは違憲立法審査権の意義を没却することになる。

しかしながら、憲法第三一条の直接適用や刑事訴訟法第四三五条第六号の解釈によって違憲判断を回避することが可能で、かつ、そうすることによって特段の不都合が生じないとすれば、これによる問題解決を図ることはごく自然で、その必要性も高いといえよう。

もつとも、上述の如くデュー・プロセス違反を理由とする再審を憲法第三一条の直接適用により、あるいは刑事訴訟法第四三五条第六号を根拠に認める解釈に対しては、濫請求が増えるのではないかなどの危惧から、これに反対する意見があるかもしれない。そこで、この点について一言しておきたい。

確かに、何らかの手続違反があれば、必ず再審を開始しなければならぬとすれば、再審請求件数が著しく増

加する。その恐れを一概に否定することはできない。訴訟経済に反することにもなろう。しかしながら、それは、手続違反の全てを再審理由にするという前提に立った場合のみである。

デュー・プロセス違反を再審理由と解する見解は、確定判決の事実認定が相当に疑わしい上に、著しい手続違反があるにもかかわらず、明白性のある証拠を提出することが困難な事案を想定して立論されている。田宮説の「憲法的再審」の構想は、既に述べたように、このような事案の中でも特に手続違反が甚だしいもの、例えば強制・拷問があった場合とされており、その意味するところは、手続が憲法に反するという極限的な状況を想定しているのである。

そうであれば、濫請求などの「混乱」が生ずる虞の全くないことは明らかである。なぜなら、憲法に反するほどの手続違反は、捜査機関・司法機関が全うに職務を遂行していれば起こりえないからである。現在の社会状況において、捜査機関・司法機関が頻繁に憲法違反を犯すとは考えにくいといつてよい。

六 刑事訴訟法第四三五条第六号の解釈

刑事訴訟法第四三五条第六号を適用して「憲法的再審」に道を開く場合、通常の第六号の再審理由と同様の「明白性」要件の充足が要求されると解することは妥当ではない。問題は、新規性の要件である。通常の再審請求における新証拠と異なり、憲法違反を理由とする再審については、「新規性」についても異なる取り扱いをすべきではないか。憲法違反というものは、従来、裁判上、合法として扱われていた事実が実は憲法に違反していたとの憲法上の評価の変更、換言すれば、新たな憲法的評価だからである。そもそも憲法違反という価値判断の特殊性は、憲法違反との価値判断自体が新ただという点にある。そうでなければ、再審請求において多くの憲法

違反が、新規性なしとして扱われてしまう恐れがある。

憲法違反を理由とする再審の場合には、形式的な新規性判断に拘泥するあまり、重大な憲法違反を見逃すというようなことのないよう、憲法違反の刑事手続を確認した以上、新規性を理由に再審を拒むことは許されない。したがって、憲法違反をもって再審理由とする場合には、合憲から違憲への憲法上の評価の変更自体をもって「新規性」と考え、通常のノバ型再審にみられるような「新規性」要件は不要と解すべきではないかと思料される。憲法違反の刑事手続を理由とする再審の場合、本来の適正な手続を経て生ずるはずの「確定力」がそもそも存在しないのであるから、「新規性」要件は不要だと考えても特段の問題は生じない。

七 再審請求権者と再審請求手続

誤判は国家（司法）による人権侵害の中でも最たるものである。誤判の被害者およびその家族らが被った損害は想像を絶するものがある。人権救済を図る必要性は極めて高い。問題は、誤判の是正をこれらの者の個人的な努力だけに依存せしめて良いかである。断じて否であろう。被害者らは誤判の是正を求める権利を有するが、それは義務ではない。義務を負うのは誤判を言い渡した国の側である。誤判の是正は何よりも国家刑罰権の正当性、ひいては国家の存在意義に直結する事柄である。日本国憲法は国民主権を謳っており、国民は主権者として国家の存在意義に深く関わっていることからすれば、国民もまた、被害者らとともに、誤判の是正を求める権利を潜在的には保持しているといえよう。

そこから、現行刑事訴訟法は、再審請求の期間について、「再審の請求は、刑の執行が終り、又はその執行を受けることがないようになったときでも、これを行うことができる。」（第四四一条）と規定している。誤判を是

正しない限り、国の責任は消滅することはない。時効のような考え方を再審請求に適用することは妥当でないと考えられたものである。刑事訴訟法第四三九条は再審請求権者について規定しているが、その特徴は検察官を再審請求権者の筆頭に挙げている点である。前述したような国の責任等に鑑みた場合、再審請求権者を誤判の被害者等に限定することは適当ではないと考えられたことによるものである。これにより、たとえ、有罪の言渡を受けた者やその配偶者、直系の親族及び兄弟姉妹が死亡した場合であっても、あるいは、これらの者が何らかの理由により再審請求を行うことができないう場合であっても、なお、再審請求をすることができる道が確保されているといえる。

それでは、被害者らによる道とは別のもう一つの道の担い手がなぜ、検察官とされたのであろうか。「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」等の請求要件に係わって、再審を請求するにあたっては訴訟手続や事実誤認についての専門的知見が必要不可欠で、ときには捜査に関する能力も要求される。このようなことから、検察官が適任とされたものと思料される。それ故、検察官がその「再審請求権」を行使するにあたっては、「検察の利益」を代弁するようなことがあつては決してならない。「公益の代表者」として、国の責務を全うするとともに、国民の権利を擁護するという観点から、これを適正かつ公正に行使しなければならない。国民からの再審請求の要請に対しては、これに真摯を受けとめ、誠実に応えなければならぬことは改めて詳述するまでもない。

検察官がこの「公益の代表者」としての役割を常に果たし得るかという点、必ずしもそうではない。たとえば、検察官が誤判の形成に深く関わっていた場合など、「検察の利益」と大きく相反するなどのため、その「再審請

求権」を適正かつ公正に行使することが難しいというような場合も現実には考えられ得る。むしろ、そのような場合の方が多いいえよう。検察官から再審請求がなされた事例が「身代わり犯人だと分かった」場合や「真犯人があらわれた」場合等に限定されていることから、そのことは容易にうかがい知れよう。

それでは、検察官が再審請求権を適正かつ公正に行使し得ない場合、誤判の被害者らによる再審請求の道とは別の再審請求の道を塞いでもよいのであろうか。この点についての明文の規定がないことから、塞ぐのもやむを得ないという見解があるかもしれないが、疑問である。道を塞いでは決してならない。それでは、国家の存在意義に関わる、国の責任による誤判の是正という理念は画餅に帰すからである。画餅に帰さしめないためにも、別の道をしっかりと確保する必要がある。

立法的な整備はもちろん図られなければならないが、現状でも、法の解釈・運用によって問題に対処することが必要で、それができないわけでもなからう。この点で参考になると思われるのは、付審判請求手続である。現行刑事訴訟法によれば、次のように規定されているからである。

第二六二条 刑法第一九三条から第一九六条まで又は破壊活動防止法（昭和二十七年法律第二四〇号）第四五条

もしくは無差別大量行爲を行った団体の規制に関する法律（平成十一年法律第一四七号）第四二条若しくは第四三条の罪について告訴又は告発をした者は、検察官の公訴を提起しない処分には不服があるときは、その検察官所属の検察庁の所在地を管轄する地方裁判所に事件を裁判所の審判に付することを請求することができる。

二 前項の請求は、第二六〇条の通知を受けた日から七日以内に、請求書を公訴を提起しない処分をした検察

官に差し出してこれをしなければならぬ。

第二六三条 前条第一項の請求は、第二六六条の決定があるまでこれを取り下げることができる。

二 前項の取下をした者は、その事件について更に前条第一項の請求をすることができない。

第二六四条 検察官は、第二六二条第一項の請求を理由があるものと認めるときは、公訴を提起しなければならない。

第二六五条 第二六二条第一項の請求についての審理及び裁判は、合議体でこれを行わなければならない。

二 裁判所は、必要があるときは、合議体の構成員に事実の取調をさせ、又は地方裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官にこれを囑託することができる。この場合には、受命裁判官及び受託裁判官は、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する。

第二六六条 裁判所は、第二六二条第一項の請求を受けたときは、左の区別に従い、決定を行わなければならない。

一 請求が法令上の方式に違反し、若しくは請求権の消滅後にされたものであるとき、又は請求が理由のないときは、請求を棄却する。

二 請求が理由のあるときは、事件を管轄地方裁判所の審判に付する。

第二六七条 前条第二号の決定があつたときは、その事件について公訴の提起があつたものとみなす。

第二六七条の二 裁判所は、第二六六条第二号の決定をした場合において、同一の事件について、檢察審査会法（昭和二十三年法律第一四七号）第二条第一項第一号に規定する審査を行う檢察審査会又は同法第四条の六第一項の起訴議決をした檢察審査会（同法第四条の九第一項の規定により公訴の提起及びその維持に当

たる者が指定された後は、その者があるときは、これに当該決定をした旨を通知しなければならない。

第二六八条 裁判所は、第二六六条第二号の規定により事件がその裁判所の審判に付されたときは、その事件について公訴の維持にあたる者を弁護士の中から指定しなければならない。

二 前項の指定を受けた弁護士は、事件について公訴を維持するため、裁判の確定に至るまで検察官の職務を行う。但し、検察事務官及び司法警察職員に対する捜査の指揮は、検察官に囑託してこれをしなければならない。

三 前項の規定により検察官の職務を行う弁護士は、これを法令により公務に従事する職員とみなす。

四 裁判所は、第一項の指定を受けた弁護士がその職務を行うに適さないと認めるときその他特別の事情があるときは、何時でもその指定を取り消すことができる。

五 第一項の指定を受けた弁護士には、政令で定める額の手当を給する。

第二六九条 裁判所は、第二六二条第一項の請求を棄却する場合又はその請求の取下があつた場合には、決定で、請求者に、その請求に関する手続によつて生じた費用の全部又は一部の賠償を命ずることができる。この決定に対しては、即時抗告をすることができる。

第二七〇条 検察官は、公訴の提起後は、訴訟に関する書類及び証拠物を閲覧し、且つ謄写することができる。二 前項の規定にかかわらず、第一五七条の四第三項に規定する記録媒体は、謄写することができない。

この付審判請求手続も条文の数が極めて少なく、重要な事柄について明文規定を欠く場合も少なくない。裁判所の職権による運用によって問題を処理することとされている。それは再審請求手続の場合も同様である。

もとより、付審判請求手続と再審請求手続とは、その方向を大きく異にする。前者は検察官による不適正ないし不公正な不起訴処分を是正することが目的とされているのに対して、後者は間違つた有罪判決を是正することが目的とされているからである。しかしながら、検察官が「公益の代表者」としての役割を履行しない場合には、裁判所に対し、直接、職権発動を求めることが例外的に許されるという付審判請求手続で採用された考え方は、再審請求手続においても大いに参考とされるべきである。すなわち、検察官が「公益の代表者」として国民から再審請求権の行使を求められたにもかかわらず、不当に行使しない場合には、例外的に国民は裁判所に対し、直接、再審請求を受理するように求めることができるというように考えられるべきである。憲法的再審理由の場合、そう考へる必要性はより強いものがあるといえよう。ここでは、国に憲法を遵守させるべく、国民一人一人が不
断に監視の努力をすることが求められているからである。

問題は、検察官に代わつて実際に再審請求を行ひ得る者は誰かである。付審判請求を受けた裁判所について、
刑訴規則第一七三条は次のように規定している。

第一七三条 法第二六二条の請求を受けた裁判所は、被疑者の取調をするときは、裁判所書記官を立ち会わせなければならない。

二 前項の場合には、調書を作り、裁判所書記官が署名押印し、裁判長が認印しなければならない。

三 前項の調書については、第三八条第二項第三号前段、第三項、第四項及び第六項の規定を準用する。

ここでは、裁判所での取調べも想定されている。しかし、これを再審請求審の審理に直ちに持ち込むのは早急

に過ぎよう。再審請求を受けた裁判所は、請求の適否を判断するだけで、「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られ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」するという任務は検察官に代わる「代行者」に委ねられるのが相当であろう。とすれば、この「代行者」にも検察官に匹敵する能力が要求されることになる。とすれば、それは法曹の一翼を構成し、弁護士法によって基本的人権の擁護を使命とされる弁護士ということになる。弁護士が適任であることは付審判請求手続において指定弁護士制度が採用されていることから明らかであろう。そして、このように考えた場合、上述の職権による検察官請求代行制度を認めた場合に危惧される濫請求の弊害は大幅に縮減されることになる。

もつとも、その場合にも、再審請求件数が現在の請求件数よりも些か増加することが予想される。しかしながら、これをもつて、このような「代行制度」に道を閉ざす理由とならないことはいうまでもない。誤判を是正するため司法が当然に支払うべき「正当な対価」と位置づけられなければならない。

八 検察官による新証拠の探索・収集等

前述したように、現行刑事訴訟法は、再審請求権者の筆頭に検察官を挙げている。何故、当事者を筆頭に挙げなかったのであるか。これは、理念の面においてのみならず、実際の運用の面においても、当事者による再審請求にも増して、検察官による再審請求が大きな意味をもつことになるという点に着目した規定の仕方だと見るのが相当であろう。というのも、刑事訴訟法第四三五条第六号は、「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」をもって再審理由の一つに掲げているが、この新証拠の収集は、当事者よりも検察官の方が相対的には容易だといえるからである。当事者には強制捜査権は認められていないのに対して、検察官は強制捜査権を付与されているというのがその理由の第一である。そして、理由の第二は、捜査官が当該事件に関していわば「漏らさず」「残さず」に収集した原確定有罪判決に係る証拠は、有罪証拠のみならず被告人に有利な証拠も含めて、そのすべてが刑事確定記録という形で判決書とともに検察官のもとで保管されているという点がそれである。刑事確定訴訟記録法は、次のように規定しているからである。

第二条 刑事被告事件に係る訴訟の記録（犯罪被害者等の権利の保護を図るために刑事手続に付随する措置に

関する法律（平成十二年法律第七十五号）第十四条第一項に規定する和解記録については、その謄本）は、

訴訟終結後は、当該被告事件について第一審の裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官（以下「保管検察官」という。）が保管するものとする。

二 前項の規定により保管検察官が保管する記録（以下「保管記録」という。）の保管期間は、別表の上欄に掲げる保管記録の区分に応じ、それぞれ同表の下欄に定めるところによる。

三 保管検察官は、必要があると認めるときは、保管期間を延長することができる。

この保管検察官制度のために、新証拠を探索・収集しようとする当事者は、多くの場合、この検察官手持ち証拠の閲覧からその作業を始めなければならない。そこで、刑事確定訴訟記録法は、再審のための保存及び閲覧について特に規定を置き、その第三条ないし第五条で次のように規定している。

第三条 保管検察官は、保管記録について、再審の手続のため保存の必要があると認めるときは、保存すべき期間を定めて、その保管期間満了後も、これを再審保存記録として保存するものとする。

二 再審の請求をしようとする者、再審の請求をした者又は刑事訴訟法（昭和二十三年法律第三百一十一号）第四百四十条第一項の規定により選任された弁護士は、保管検察官に対し、保管記録を再審保存記録として保存することを請求することができる。

三 前項の規定による請求があつたときは、保管検察官は、請求に係る保管記録を再審保存記録として保存するかどうかを決定し、請求をした者にその旨を通知しなければならない。ただし、請求に係る保管記録が再審保存記録として保存することとされているものであるときは、その旨の通知をすれば足りる。

四 再審保存記録の保存期間は、延長することができる。この場合においては、前三項の規定を準用する。

第四条 保管検察官は、請求があつたときは、保管記録（刑事訴訟法第五十三条第一項の訴訟記録に限る。次項において同じ。）を閲覧させなければならない。ただし、同条第一項ただし書に規定する事由がある場合は、この限りでない。

二 保管検察官は、保管記録が刑事訴訟法第五十三条第三項に規定する事件のものである場合を除き、次に掲げる場合には、保管記録（第二号の場合にあつては、終局裁判の裁判書を除く。）を閲覧させないものとする。ただし、訴訟関係人又は閲覧につき正当な理由があると認められる者から閲覧の請求があつた場合については、この限りでない。

一 保管記録が弁論の公開を禁止した事件のものであるとき。

二 保管記録に係る被告事件が終結した後三年を経過したとき。

- 三 保管記録を閲覧させることが公の秩序又は善良の風俗を害することとなるおそれがあると認められるとき。
- 四 保管記録を閲覧させることが犯人の改善及び更生を著しく妨げることとなるおそれがあると認められるとき。
- 五 保管記録を閲覧させることが関係人の名誉又は生活の平穩を著しく害することとなるおそれがあると認められるとき。
- 六 保管記録を閲覧させることが裁判員、補充裁判員、選任予定裁判員又は裁判員候補者の個人を特定させることとなるおそれがあると認められるとき。
- 三 第一項の規定は、刑事訴訟法第五十三条第一項の訴訟記録以外の保管記録について、訴訟関係人又は閲覧につき正当な理由があると認められる者から閲覧の請求があつた場合に準用する。
- 四 保管検察官は、保管記録を閲覧させる場合において、その保存のため適当と認めるときは、原本の閲覧が必要である場合を除き、その謄本を閲覧させることができる。
- 第五条 保管検察官は、第三条第二項に規定する者から請求があつたときは、再審保存記録を閲覧させなければならぬ。
- 二 前条第一項ただし書及び第四項の規定は、前項の請求があつた場合に準用する。
- 三 保管検察官は、学術研究のため必要があると認める場合その他法務省令で定める場合には、申出により、再審保存記録を閲覧させることができる。この場合においては、前条第四項の規定を準用する。

これらの規定を活用して得られた新証拠によって当事者の再審請求が認められ、そして再審無罪判決が下されたケースは少なくない。二〇一〇年三月二十六日に宇都宮地裁で「当時のDNA鑑定に証拠能力はなく、自白も虚偽であり、菅家さんが犯人でないことは誰の目にも明らか」だと判示して無罪が言い渡され、宇都宮地検が上訴権放棄を宇都宮地裁に申し立てて受理されたため、無罪判決が即日確定した足利事件もその一つである。

このような実態に鑑みれば、再審請求の当事者からの閲覧請求に対しては、検察官として積極的に対応するというのが刑事確定訴訟記録法の法意に適うところだといえよう。

しかしながら、刑事訴訟法第四三五条第六号の要請するところは、それにとどまらない。当事者からの再審請求等を待つことなく、検察官がその手持ち証拠等を自ら不断に検討し、必要な場合は同証拠について新たな鑑定等をも実施し、同六号にいう「新証拠」と思しき証拠が認められるに至ったと判断したときは、自ら再審請求を行うというのが同六号の要請するところだといえよう。当事者等から提供された「新証拠」によって検察官が再審請求を行うというのでは、刑事訴訟法が再審請求権者の筆頭に検察官を掲げた意味が貧しい内容のものとなる。

このように考えると、検察官による再審請求を憲法的再審理由の場合だけに限定するのは適当ではないということになる。通常の再審請求理由の場合の方が、憲法的再審理由の場合よりも、「新証拠」の探索・収集等の面で検察官の果たす役割はより大きなものがあると考えられるからである。法が殊更にそれを排除したと考えるべき特段の事情も存しない。

九 憲法違反の菊池事件の刑事手続

(一) 菊池事件の概要

菊池事件とは、一九五一年に熊本県菊池郡水源村（現菊池市）で起きた二つの事件（ダイナマイト事件および殺人事件）のことをいう。一九五一年八月一日午前二時頃、ダイナマイトによる「殺人未遂」事件が発生し、この事件で事件本人（M夫¹¹当時二十九歳）が逮捕された。被害者がかつて村役場の衛生係をしていたとき、県衛生課の要請に対して彼を「らい」患者として報告したことから、菊池恵楓園への入所勧告を受けることとなり、そのことを恨んだ末の犯行とされた。事件本人は無実を主張したが、熊本地方裁判所が菊池恵楓園内の特別法廷で懲役一〇年の有罪判決を言い渡したので、福岡高裁に控訴した。そして、その控訴審中の一九五二年六月一六日、恵楓園内にある菊池拘留所を脱走した。ところが、その三週間後の七月七日午前七時頃、路上で件の被害者Hが全身に二〇数ヶ所の切刺傷を負い、殺害されているのが発見された。当然のように容疑は事件本人へと向けられ、大捜索が行われた結果、その六日後、実家近くの小屋にいるところを発見された。逃げようとした事件本人は、警察官に拳銃で撃たれ、倒れたところを単純逃走、殺人容疑で逮捕された。

しかし、国の誤ったハンセン病強制隔離政策を推進するために官民一体で展開された「無らい県運動」の強い影響等もあって、菊池事件についての予断は質量の面で想像を超えるものがあつた。一九五一年一月八日、参議院厚生委員会「らい小委員会」において「三園長発言」が行われているが、宮崎松記菊池恵楓園長はまだ裁判も開始していない、有罪も確定していない、この時期に菊池事件について言及し、次のように述べているのである。「『らい』患者の収容のいかに困難なものであるかという例を一、二申し上げます。」「もう一つの例は、これ

も熊本県の某村に起こった事件でありまして、収容の通知を受けた患者が、自分が『らい』と分かったのは、衛生主任が県に報告したからだと言ひまして、一家謀殺をくわだててダイナマイトを衛生主任の家に投げ込んだのであります」。

このような予断の中で、事件本人は、一九五二年一月二二日に殺人罪で起訴され、五回の公判の後、熊本地裁（出張裁判）は、一九五三年八月二九日、死刑の判決を言い渡した。この菊池事件は、戦後行われた「第二次無らい県運動」及び菊池恵楓園の増床計画、菊池医療刑務所の設立に伴う強制隔離政策等を背景として起こった事件であった。事件本人は裁判所構内の通常の法廷に一度も立つことなく、死刑判決を言い渡され、そして死刑が執行された。第一審で死刑判決が言い渡される頃には、一九五三年の「らい予防法」改正反対闘争の中から始まった公正裁判要請運動は、療養所の入所者のみならず、多くの人々を巻き込んで、「M氏を救う会」（一九五八年）までに発展していた。菊池事件の本質は、ハンセン病患者に対する社会的偏見と、国のハンセン病政策の過ちによるものである、というのが運動に参加した人たちの見方であった。⁽²⁵⁾

(25) 菊池事件の経過、背景、問題点、死刑判決、上訴審と公正裁判要請運動等については、『ハンセン病問題に関する検証会議 最終報告書』（二〇〇五年）一三一頁以下等を参照。

(二) 警察官による事件本人への拳銃の発射

菊池事件の刑事手続については、至る所で著しい憲法上の疑義が存した。警察官による事件本人への拳銃の発射もその一つであった。事件本人は、逮捕の際、警察官により拳銃で撃たれている。そして、これにより、右前

腕貫通銃創の傷害と、尺骨に複雑骨折の傷害を負い、この痛苦の中で、取調べを受け、自白をとられている²⁶。しかし、本件逮捕については、逮捕現場の状況からみて、逮捕のために拳銃を使用する必要性はまったくなかったといえる。

警察官職務執行法は、周知のように、警察官による武器使用について、第七条において厳格に規定している。もつとも、判例は、同条第一号及び第二号にいう「他に手段がないと警察官において信ずるに足りる相当な理由のある場合」について、現場警察官の現場裁量を認めている。したがって、客観的には、武器使用の必要性がなかったとしても、警察官の主観においては、「他に手段がないと信ずるに足りる相当な理由のある場合」には、武器使用が許されるということになる。

しかし、本件武器使用に関しては、警察官の主観においても、警職法第七条の要件を満たさない可能性が強い。というのも、本件警察官は、事件本人を素手等で逮捕した場合、接触によりハンセン病に感染するかも知れないという恐怖感から、事件本人の身体をめがけて拳銃を発射し、事件本人に傷害を負わせることにより、あるいは場合によれば事件本人を死亡させることにより、事件本人を身動きできないようにして、事件本人の身体に接触しない形で事件本人を逮捕しようとして、拳銃を発射した可能性が高いからである。現に、逮捕後、事件本人の取調べに当たった警察官は、事件本人に近寄ることでハンセン病に感染するかも知れないという恐怖感から、ほとんど事件本人の供述を聞かずに自白を求めているとされる（一九六二年七月M夫手記）。本件逮捕時においても、このような恐怖感が存在したとみるのが自然であろう。

とすれば、このような拳銃の使用は警職法上、違法で、刑法第三五条の適用が認められず、可罰的行為を構成し得るということになる。とすれば、本件「逮捕」は、たとえ令状に基づいたとしても、もはや逮捕行為とは

いえず、憲法第三三条、ひいては同法第三一条の適正手続保障にも違反する。この「逮捕」に続く身柄拘束状態を利用して得られた本件「自白調書」も、判例の採用する厳格な違法収集証拠排除法則によっても、証拠排除の対象ということになる。事件本人の捜査段階の自白調書は、いずれも、上述したように、事件本人が逮捕される際に銃創を負った当日及びその翌日に作成され、銃創による事件本人の肉体的・精神的苦痛が甚大な状況の中で作成されたものだからである。かりに違法収集証拠排除法則が適用されないとしても、自白調書の任意性には重大な疑義が存する。銃創による甚大な肉体的・精神的苦痛がある中で捜査機関に供述を求められたとしても、正常な自由意思に基づいて供述を行うことなどほぼ不可能なことは改めて詳述するまでもないからである。

(26) 前掲『ハンセン病問題に関する検証会議 最終報告書』一三三頁等を参照。

(三) 起訴前の裁判官による証拠保全

有罪の決め手とされた供述、すなわち、事件本人が「犯行」後、供述者の家を訪ねてきて「やってきた」と言った旨の供述をした伯父、大叔母の証言が、事件本人が逮捕される前、事件本人の弁解を聞く前に、法第二二七条によって証拠保全されたということにも憲法上の疑義が存する。

大叔母は、一九五二年七月八日に警察員に対し参考人として供述した後、七月一日及び九月一日に検察官調書が取られ、この検察官に対する供述の後、それぞれ同日に二回の裁判官尋問を受けている。また、伯父も、七月九日に警察官調書を取られた後の七月一日に裁判官尋問が行われ、その後、七月一六日、一七日に検察官調書、八月三〇日に警察官調書、九月一三日に検察官調書が取られている。当時、伯父は別件で逮捕勾留され、任意の供述は期待できない状況であった。さらに検察官請求により行われた両者の裁判官尋問は、被疑者、弁護人、

検察官の立会もなく行われ、弁護人による証人尋問申請も却下され、その供述に対して反対尋問を行うこともできなかつた。⁽²⁷⁾

この伯父、大叔母の供述は、逮捕されたことで迷惑をかけ申し訳ないと思っていた事件本人の供述にも何らかの影響を及ぼしたと考えられるが、それだけではなかつた。このような証拠保全は憲法に違反するものであつた。旧刑事訴訟法下では検察官の強制処分権は原則として認められていないために、検察官は強制処分が必要と認める場合、裁判官に請求して強制処分を実施してもらうことになる。そこで、旧刑事訴訟法は第二五五条で、次のように規定していた。

第二百五五条 検察官捜査ヲ為スニ付強制ノ処分ヲ必要トスルトキハ公訴ノ提起前ト雖押収、搜索、検証及被疑者ノ勾留、被疑者若ハ証人ノ訊問又ハ鑑定ノ処分ヲ其ノ所属地方裁判所ノ予審判事又ハ所属区裁判所ノ判事ニ請求スルコトヲ得

二 前項ノ規定ニ依ル請求ヲ受ケタル判事ハ其ノ処分ニ関シ予審判事ト同一ノ権ヲ有ス

また、旧刑事訴訟法は、予審制度を置いていたことから、検察官の公訴を受けた予審判事は、「公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑アル」か否かを判断するために必要な取調べを行うこととし、第二九五条以下で、次のように規定していた。

第二百九十五条 予審ハ被告事件ヲ公判ニ付スヘキカ否ヲ決スルタメ必要ナル事項ヲ取調フルヲ以テ其ノ目的

トス

第三百一条 予審判事ハ予審終結前被告人ニ対シ嫌疑ヲ受ケタル原由ヲ告知シ弁解ヲ為サシムヘシ但シ被告人正当ノ事由ナクシテ出頭セサルトキハ此ノ限ニ在ラス

第三百三条 檢察官、被告人又ハ弁護士ハ予審中何時ニテモ必要トスル処分ヲ予審判事ニ請求スルコトヲ得

二 檢察官ハ予審ノ進行ヲ妨ケサル限り書類及証拠物ヲ閱覽スルコトヲ得

三 弁護士ハ予審判事ノ許可ヲ受ケ書類及証拠物ヲ閱覽スルコトヲ得

第三百十二条 公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑アルトキハ予審判事ハ決定ヲ以テ被告事件ヲ公判ニ付スル
言渡ヲ為スヘシ

二 前項ノ決定ニハ罪トナルヘキ事實及法令ノ適用ヲ示スヘシ

第三百十三条 被告事件罪ト為ラス又ハ公判ニ付スルニ足ルヘキ犯罪ノ嫌疑ナキトキハ予審判事ハ決定ヲ以テ
免訴ノ言渡ヲ為スヘシ

第三百十五条 左ノ場合ニ於テハ予審判事ハ決定ヲ以テ公訴ヲ棄却スヘシ

一 被告人ニ対シテ裁判権ヲ有セサルトキ

二 第三百十七条ノ規定ニ違反シテ公訴ヲ提起シタルトキ

三 公訴ノ取消ニ因リ公訴棄却ノ決定アリタル事件ニ付更ニ公訴シタルトキ

四 公訴ノ提起アリタル事件ニ付更ニ同一裁判所ニ公訴ヲ提起シタルトキ

五 告訴又ハ請求ヲ待チテ受理スヘキ事件ニ付告訴又ハ請求ノ取消アリタルトキ

六 公訴ノ取消アリタルトキ

七 被告人死亡シ又ハ被告人タル法人存続セサルニ至リタルトキ

八 第九条又ハ第十条ノ規定ニ依リ審判ヲ為スヘカラサルトキ

九 公訴提起ノ手續其ノ規定ニ違反シタル為無効ナルトキ

さらに、第二九五条第二項以下で、予審判事は、公判で取調べが困難だと考えられる事項についても取調べを行うことができる」とされ、いわゆる裁判官による証拠保全が認められていた。

第二百九十五条 (略)

二 予審判事ハ公判ニ於テ取調べ難シト思料スル事項ニ付亦取調べヲ為スヘシ

第三百二条 予審判事公判ニ於テ召喚シ難シト思料スル証人ヲ訊問スル場合ニ於テハ檢察官及弁護人ハ其ノ訊問ニ立会フコトヲ得

しかし、公判で取調べが困難な事項についての予審判事の証拠保全は、検察官の公訴があつた後の予審手続において認められるものであり、公訴提起前のもではなかつた。旧刑事訴訟法下においては、検察官による公訴提起前でも、裁判官は検察官の請求により強制処分を実施することができたが、これは検察官に強制処分権が認められていなかったことから認められたものである。捜査官に強制処分権が認められている現行刑事訴訟法の下では、このような裁判官による証拠保全は認められていない。検察官の請求による証拠保全を認める規定は存在しない。ただし、被疑者、被告人又は弁護人には強制処分権が認められていないために、裁判官による証拠保全

が必要となる。現行刑事訴訟下の証拠保全は、検察官のためのものではなく、被疑者・被告人のためのものである。すなわち、法第一七九条は、「被告人、被疑者又は弁護人は、あらかじめ証拠を保全しておかなければその証拠を使用することが困難な事情があるときは、第一回の公判期日前に限り、裁判官に押収、捜索、検証、証人の尋問又は鑑定処分を請求することができる。」と規定しているのである。菊池事件における検察官の請求による公訴提起前の裁判官による証拠保全は、予審判事の行う証拠保全とも趣旨が全く異なるものであり、旧刑事訴訟法下でも認められないものである。

現行刑事訴訟法は、周知のように、第三二一条第一項以下において伝聞例外を規定しており、その際、同項第一号の裁判官面前調書と第二号の検察官面前調書とは明確に要件を異にするという態度を採用しているが、法第二七七条およびこれによる検察官請求にかかる証人尋問を定めた第二二八条によれば、例外要件の厳格な検察官面前調書を緩やかな裁判官面前調書にいわばかさ上げすることによって、検察官面前調書の例外要件の緩和を図ることが可能となろう。現に、条文解説書によれば、「本条(第二二七条―引用者)は、前条とともに十分な捜査を可能にするために、裁判官による証人尋問を認めたものであるが、前条が証人及び証言を得ることを目的とするのに対して、本条は、得られた供述を証拠として保全することを目的としているのではないかと思われる。即ち、捜査官に対する供述を録取した書面(供述調書)は第三二一条一項二号または三号により証拠能力が制限されているが、裁判官に対する供述を録取した書面は同項一号により証拠能力の制限が比較的少なく、公判廷に提出しやすいことを考慮したものであろう。」²⁸⁾と解説されているのである。法第二二七条は「偽証を予想した、異様な規定だといわなければならない」と評されている²⁹⁾が、伝聞例外に係る「バイパス」という性格が濃厚であろう。しかし、公判中心主義及び伝聞法則の例外として、検面調書を証拠とし得る規定(第三二一条第一項第二号)

が新たに置かれたにも関わらず、更に第二二七条を規定するというのは、多種多様な伝聞例外を許容しており、その例外要件も緩やかに過ぎるという点で、伝聞例外が認められる実質原理、すなわち、「伝聞供述において通常警戒されるべき不信用性の危険を減少させる特別の状況が存し、かつ、特定種類の供述を使用する特別の必要が存すること」³⁰⁾という実質原理からみて、憲法第三七条第二項に違反するのではないかという、現行刑事訴訟法の伝聞例外規定に対して寄せられている疑問をより確かにするものといえよう。

しかし、憲法上の疑義はそれだけではない。疑義の第二は、憲法第三七条第二項の規定する反対尋問権の保障に関わる。同二項によれば、「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ、又、公費で自己のために強制的手続により証人を求める権利を有する。」と規定されているが、法第二二八条は、「前二条の請求を受けた裁判官は、捜査に支障を生ずる虞がないと認めるときは、被告人、被疑者又は弁護人を前項の尋問に立ち会わせることができる。」と規定しているからである。

もっとも、この点、最決昭和二八年四月二五日刑集七卷四号八七六頁は、次のように判示している。

「本件証人尋問期日が被告人及び弁護人……に通知がなかつたから憲法三七条二項に反するところであるが、刑訴二二七条の証人尋問の場合には、必ずしも被告人及び弁護人の立会を要するものとはされておらず、かかる刑訴二二八条二項の規定が憲法三七条二項に違反しないことは、当裁判所大法廷の判例（判例集六卷六号八〇〇頁）であるから、右証人尋問に当つて被告人、弁護人の何れか又はその双方或は弁護人中の何名に立会を許すかということも右証人尋問をする裁判官の裁量に属することであり、（しかも本件において被告人及び全弁護人が右各証人尋問に立ち会い反対尋問権を行使する機会を与えられている）またその通知に当りどの程度の準備の余裕を与えるかということも同様裁判官の裁量に属するものと解すべきであり、このような措置が何ら憲法三七条

二項に反しないことは前記判例の趣旨に徴し明らかどころである。」

しかし、右判例に関しては、最判昭和三五年一月二六日刑集一四卷一四号一九四七頁が、「記録によれば、証人Sは第一審第五回、第一四回および第一五回公判廷において、又原審第一四回公判廷において尋問され、被告人側の反対尋問にさらされ、しかも原審においては所論の尋問調書につき尋問を受けていたのであつて、これを証拠とした原判決が憲法三七条二項に違反するものでないことは当裁判所判例（昭和二五年（し）第一六号同年一〇月四日大法廷決定、集四卷一〇号一八六六頁）により明らかである。」と判示している点に注意しなければならぬ。反対尋問がまったく不要だとされているわけではないのである。第二二八条による証人尋問において反対尋問がなされなくても、同証人に対して公判廷において反対尋問がなされたとすれば、それで足りるとされているだけなのである。

とすれば、菊池事件における起訴前の検察官請求に基づく裁判官による証拠保全について、判例によっても合憲とすることは困難であろう。右証人尋問に際して、事件本人が「犯行」後、供述者の家を訪ねてきて「やってきた」と言った旨の供述をした伯父、大叔母については、公判廷においても反対尋問がなされるといふことはなかったからである。にもかかわらず、これを有罪証拠として事実認定に供したということは、現行刑事訴訟法下でも認められない重大な違法行為といえる。判例の採用する厳格な違法収集証拠排除法則によっても、前述の伯父、大叔母の供述は証拠排除の対象となろう。

(27) 前掲『ハンセン病問題に関する検証会議 最終報告書』一三四頁等を参照。

(28) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』（一九八四年、弘文堂）三六二頁。

(29) 平野・前掲『刑事訴訟法』一一〇頁。

(30) J・H・ウィグモア著・平野龍一・森岡茂訳『証拠法入門』(一九六四年、東京大学出版会)一九六一―一九七頁等を参照。

(四) 特別法廷での開廷

菊池事件については死刑判決が言い渡されているが、異常さでこの死刑判決に勝るとも劣らないのは、菊池事件の刑事裁判が菊池恵楓園内の、あるいは園隣接地に開設された菊池医療刑務支所内の特別法廷で行われたという点である。

一九五一年一月、厚生省と法務府との間で、ハンセン病患者専用の「らい刑務所」を熊本県内にある国立ハンセン病療養所の菊池恵楓園の敷地内に設置する旨の協定が結ばれた。厚生省で予算をとれば、法務府はこの「らい刑務所」を監獄法に基づく代用監獄に指定することで合意がなされ、一九五一年度での予算化がなったことから、協定が結ばれたものである。恵楓園入所者自治会は強く反対したが、これを無視する形で建設計画が進められた。菊池恵楓園から敷地の無償所管換えを得て、形式上は園外に建設されることになり、一九五三年三月、菊池医療刑務支所が「らい刑務所」として開設されることになった。当初の収容定員は五五名で、「刑の確定したらい患者」と「犯罪の容疑者で未決拘禁を要すべきらい患者が必要と認められた者」を対象として、全国から集められ収容された。熊本刑務所からハンセン病問題検証会議に提出された文書によれば、被収容者総数は一一七名で、うち被疑者は一三名、受刑者は一〇四名である。初めの五、六年は、入所前の治療経験の少ない者が多かった等の理由により治療効果が著しく軽快者も多かったが、次第に病状にあまり変化の見られない者が多くなっていった⁽³¹⁾という。

この「らい刑務所」にはいうまでもなく憲法上の問題があった。それは菊池医療刑務支所が一九九六年（平成八年）の「らい予防法」の廃止に伴って廃止されたことから明らかであろう。二〇〇一年（平成一三年）五月一日の熊本地裁判決では、「らい予防法」は遅くとも一九六〇年以降は憲法上の問題が生じており、その速やかな廃止が検討されてしかるべきであった。廃止しなかった法務省の責任が問われることになる。併せて、司法の責任も問題となる。菊池医療刑務支所を廃止するかどうかは行政サイドの問題としても、同支所の中には「熊本地方裁判所菊池支所」という看板の架かった狭い部屋が置かれていたからである。菊池事件もこの狭い部屋を使って、出張裁判が開廷された。

最高裁判所は、菊池事件について、「熊本地方裁判所は、熊本県菊池郡西合志村国立療養所菊池恵楓園において法廷を開くことができる。」等と決定した。この決定により、菊池事件（殺人等被告事件）の第一審第四回公判までの審理は菊池恵楓園内の特別法廷で、また第一審第五回公判（昭和二八年七月二七日）以降及び控訴審は園隣接地に開設された菊池医療刑務支所中の特別法廷で行われた。³² 裁判所法第六九条第二項は、「最高裁判所は、必要と認めるときは、前項の規定にかかわらず、他の場所で法廷を開き、又はその指定する他の場所で下級裁判所に法廷を開かせることができる。」と規定していた。そして、最高裁は、第二項の「必要と認めるとき」の解釈として、「被告人が極めて長期間の療養を要する伝染病疾病の患者であって、裁判所に出頭させて審理することが不可能ないし極めて不当な場合」などを挙げていた。ある著名な刑訴法学の権威者も、解説中において、例外的に裁判所外で法廷を開く場合として、「癩患者のために、療養所で開くような場合」を挙げていた。³³ 菊池事件も、このような解釈によったものである。

しかし、「らい予防法」の下であっても、ハンセン病患者だということだけで、「他の場所で法廷を開く」理由になったかは大いに疑問であった。「らい予防法」ですらも、「法令により国立療養所外に出頭を要する場合であつて、所長がらい予防上重大な支障をきたすおそれがないと認めたととき」(第一五条第二項)の外出は認めていたからである。恵楓園内の特別法廷で公判廷が開かれるということは、一般人が傍聴することが極めて困難な状況の下で公判廷が開かれるということを意味した。「らい予防法」をも越える「絶対的な隔離主義」³⁴の下、いわば「非公開」の状態で裁判は進行了。法曹三者および刑事法学者も「無らい県運動」等で作出、助長、維持されたハンセン病差別・偏見に侵されていたことを端的に示している。

(31) 前掲『ハンセン病問題に関する検証会議 最終報告書』一一五頁以下等を参照。

(32) 同一三三三頁を参照。

(33) 平野・前掲書一五六頁等を参照。

(34) 徳田靖之「ハンセン国賠訴訟と法律家の責任」法律時報七三卷八号(二〇〇二年)一頁等を参照。

(五) 異様な法廷内

菊池事件の特別法廷はその置かれた場所だけでなく、法廷内も異様であった。法廷は消毒液の臭いがたちこめ、事件本人以外は白い予防着を着用し、ゴム長靴を履き、裁判官や検察官は手にゴム手袋をはめ、証拠物を扱い調書をめくるのに火箸を用いたとされる(一九五五年三月一二日上告趣意書)。

証拠物の展示にしても、その証拠物を事件本人が直接にそれを手にとってその証拠の証拠力を攻撃しようとしても、裁判官は、その展示した証拠物が一旦事件本人の手中に渡ることによって事件本人から感染の機会を与え

られるといういわれのない恐怖によって、事件本人にその機会を与えようとしなかったという（同上告趣意書）。既にこのときには、ハンセン病は特效薬の出現により完治しうる病気となっていた。にもかかわらず、ハンセン病差別・偏見のために、このような異様な手続が行われたのである。⁽³⁵⁾このようなことが日本国憲法下の刑事手続として許されるのであろうか。

(35) 前掲『ハンセン病問題に関する検証会議 最終報告書』一三三頁以下等を参照。

(六) 弁護「不在」

公判廷において事件本人は殺人の公訴事実については一貫して否認しているにもかかわらず、第一審の国選弁護人は、第二回公判期日での罪状認否において、「何も申し上げることはありません」と述べたうえで、罪体に関する検察官提出証拠についてすべて同意している。⁽³⁶⁾死刑の可能性もある重大事件において、事件本人が全面否認しているにもかかわらず、検察官が有罪の証拠として提出した全ての証拠に同意するなどというような事態はおよそ前例がない。日本国憲法からみて想定外の異常な事態といわざるを得ない。菊池事件の場合、日本国憲法第三七条はなきに等しかったといえる。

問題は、憲法違反の状態がどうして生まれたのかである。というのも、それは国選弁護人の怠慢や力量不足などから生じたものではなく、ハンセン病差別・偏見と本件に対する差別意識、すなわち、「おとなしく療養に専念すべき者でありながら、逆恨みから通報者を殺害し、ハンセン病強制隔離政策に公然と反抗した」（第一審判決）という事件認識・被告人像からもたらされたものだといえるからである。事件本人が頼るべき弁護人すらも

が差別と偏見に侵されていた。これこそが本件審理の異常さを何よりも雄弁に示すものである。

刑事訴訟法は証拠裁判主義を採用し、第三二七条で「事実の認定は、証拠による」と規定している。ここに「証拠」とは証拠能力を有し、適式な証拠調べを経た証拠をいう。菊池事件の場合、弁護「不在」のために、証拠能力がないものや、適式な証拠調べがなされていないものが証拠として採用された。本件一、二審で有罪の柱となった二つの法医学鑑定、事件本人の自白を聞いたとする伯父ら親族の供述調書や尋問調書は、作成者・供述者に対する尋問が全くなされないままに証拠として採用された。また、本件犯行の「凶器」とされた刺身包丁の発見経緯についての捜査報告書や、これを凶器であると断定する世良法医学鑑定書についても、弁護人によってすべて同意されたために、重大な疑義が認められるにもかかわらず、疑問点に対する作成者への尋問すら行われていない。

菊池事件の場合、弁護「不在」は甚だしいものがある。弁護「不在」も憲法第三七条第三項違反、第三二条違反になるとする横山教授などの見解によれば、本再審請求における新証拠の一つとなる。

(36) 『菊池事件再審請求要請書』(二〇一二年) 一一頁以下等を参照。

十 菊池事件の再審の必要性

菊池事件の場合、「憲法的再審理由」を認めて再審を行う必要性は極めて高いものがある。刑事手続に関する憲法的要請はいわば絶対的要請ともいえるべきもので、この絶対的要請に反して言い渡された有罪判決については、その是正を図ることが憲法上強く要請されているところ、菊池事件の刑事手続については、前述したように、ハ

ンセン病差別・偏見のために、憲法上ありうべからざる「異常な事態」が公判廷の内外で発生しているからである。このような重篤な違憲状態を発生せしめた司法には、この違憲状態を早急に解消することが強く求められる。本菊池事件については死刑判決が確定し、かつ、既に執行されているという点も重要である。日本国憲法の下において最も守られるべきは「人の生命」である。第一三条後段は、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と定めている。国民の生命を守ることは国の最大の責務だとされる。にもかかわらず、誤判によって国民の生命が剥奪されたとすれば、国政に対する国民の信頼に及ぼす影響はいかがなものであろうか。この影響は想像をはるかに超えるものがある。国は被害の救済を通じて、国政への信頼回復に全力をあげて努めなければならない。

剥奪された生命を回復させることが不可能だとしても、改めて訴訟手続を再開し、適正な手続の下で事実認定をやり直すことによって、そこで侵害された菊池事件の事件本人とその関係者の名誉をはじめ、憲法上の利益を回復させることの必要性はきわめて高いものがある。訴訟手続に明らかな憲法違反が認められる判決が確定している場合には、その判決を受けた者は、その判決の効力が存続する限り、違憲状態に置かれていることに留意しなければならない。そして、違憲状態に置かれている被死刑執行者は当然に救済されなければならない。それは日本国憲法が国民に対して基本的人権を保障していることから導かれる当然の帰結である。

誤判による死刑執行などということは決してあってはならないことである。上記の日本国憲法第一三条後段の規定からすれば、誤判による死刑執行を防止するための方策を講じることも国の責務の中で最大のものの一つである。

この点で興味深いのは、アメリカにおける最近の動きである。というのも、アメリカの民間団体・死刑情報セ

ンターによれば、全米で一九七三年から二〇〇四年までに一一六人の死刑囚が無実と判明し釈放されているが、死刑台からの生還者数が全米で第二位のイリノイ州では、ついに二〇〇三年一月、死刑台からの生還者が死刑を執行された人数を上回るという事態を迎えたために、州知事は死刑執行の停止を宣言し、同年三月に、裁判官経験者及び検察官、弁護士など、州の刑事司法のエキスパートからなる死刑事件調査委員会を発足させたからである。「冤罪を生み出す刑事司法の下では死刑は続けられない。」「問題を徹底的に検証し改革しなければならない。」との考えによる英断だったといわれる。³⁷⁾

しかし、何よりの防止策は被害を救済及び回復することである。再審によって誤判を是正することがなによりも肝要である。人間は神ではない。神ならぬ人間に「無謬性」を求めることはできない。フランス革命は「人民の全能性」の名の下に刑事再審を廃止した。しかし、人々はすぐに「人民」といっても過ちを犯すことに気がついた。そして、刑事裁判に対する信頼を真に損ねるのは誤判ではなく、誤判を是正しないことだとして、刑事再審を復活した。我々も誤判を認め、是正する勇氣を持たなければならない。

(37) 伊藤和子「アメリカで相次ぐ冤罪と刑事司法改革―日本への示唆」法と民主主義四一〇号(二〇〇六年)五八頁以下等を参照。

十一 菊池事件の再審請求と法の要件

先に、憲法違反をもって再審理由とする場合には、合憲から違憲への憲法上の評価の変更自体をもって「新規性」と考え、通常のノバ型再審にみられるような「新規性」要件は不要と解すべきではないかと述べた。

しかし、仮に、憲法違反の刑事手続を理由とする再審請求においても「新規性」要件が必要だという立場に立つたとしても、本菊池事件の再審請求については法の要件が満たされているといえる。菊池事件の刑事手続が実体審理に影響を与えるような憲法違反の刑事手続だということを示す「新たな証拠」が少なからず存在するからである。

その一つは、国の誤ったハンセン病強制隔離政策の根拠法となった「らい予防法」について、遅くとも一九六〇年以降は違憲の状態に陥っていたと判示した二〇一一年五月十一日の熊本地方裁判所の判決である。というのも、右の強制隔離のために官民一体で推進された「無らい県運動」について、同判決は次のように判示しているからである。

「無らい県運動は、昭和四年における愛知県の間運動が発端となり、その後、岡山県、山口県等でも始まった。しかしながら、日中戦争が始まった昭和十一年ころから、この運動の様相が変化し、全国的に強制収容が徹底・強化されるようになった。」「戦時体制の下、全国津々浦々で、無らい県運動により、山間へき地の患者をもしらみつぶしに探索するなどの徹底した強制収容が行われ、これまで手がつけられていなかったハンセン病患者の集落もその対象となった。例えば、昭和一五年七月には、多くのハンセン病患者によって形成されていた熊本県のいわゆる本妙寺部落で強制収容が行われ、一五七名が検挙された。このような無らい県運動の徹底的な実施は、多くの国民に対し、ハンセン病が恐ろしい伝染病でありハンセン病患者が地域社会に脅威をもたらす危険な存在であるとの認識を強く根付かせた。」「無らい県運動により、山間へき地の患者までもしらみつぶしに探索しての強制収容が繰り返され、また、これに伴い、患者の自宅等が予防着を着用した保健所職員により徹底的に消毒されるなどしたことが、ハンセン病が強烈な伝染力を持つ恐ろしい病気であるとの恐怖心をあおり、ハンセン

病患者が地域社会に脅威をもたらす危険な存在でありことごとく隔離しなければならぬという新たな偏見を多くの国民に植え付け、これがハンセン病患者及びその家族に対する差別を助長した。このような無らい県運動等のハンセン病政策によって生み出された差別・偏見は、それ以前にあったものとは明らかに性格を異にするもので、ここに、今日まで続くハンセン病患者に対する差別・偏見の原点があるといつても過言ではない。⁽³⁸⁾

この「無らい県運動」によって生み出された差別・偏見は、菊池事件の刑事手続に携わった捜査官、検察官、裁判官、弁護士等をも冒すところとなり、前述したような「らい予防法」からさえも逸脱した菊池事件の刑事手続を結果したのである。

この点を明確に検証したのが、「ハンセン病問題に関する検証会議」の最終報告書である。同会議は、熊本地裁の前記・違憲判決を受けて、「ハンセン病政策の歴史と実態について、科学的、歴史的に多方面から検証を行い、再発防止の提言を行う」ことを目的に、国の第三者機関として設置されたもので、最終報告書は二〇〇五年三月に厚生労働大臣を通じて国に提出された。菊池事件についても検証結果を詳しく記載している。

「被告人がハンセン病であることの影響は、取調の状況から公判時の状況、死刑執行に至るまで随所に見られる。M夫は、逮捕の際に拳銃で撃たれたことにより、右前腕貫通銃創並尺骨に複雑骨折の傷害を負っており、その痛苦の中で、取調を受けていた。取調官は、近寄ることで、ハンセン病に感染するかも知れないという恐怖感によって、ほとんど被疑者の供述を聞かずにままに自白を求めている（一九六二年七月M夫手記）。」「証拠物についても、被告人の被服等は、消毒が行われてから鑑定にまわされた。鑑定に当たった九大の北条教授は鑑定書に『検査資料もそもそも不潔であるし又熊本で蒸汽等により滅菌されたそうであるが何かしら不明の物理的科学的な或は雑菌等の繁殖等が影響して』いると書いている（一九五二年一月二〇日付北条春光鑑定書）。さらに

凶器とされた短刀の鑑定に当たった熊大の世良教授は、『この検査方法は極めて微量の血痕に対しても確実に鋭敏な反応をするものであり、此反応に陽性の反応が得られなければ血痕として更に追及し得べき方法がないものである』という方法で、『短刀の金属部、木柄部二〇数カ所について調べ、更に木柄から刀の部分を引き抜いてその間に蔵入微少な砂粒まで残すところなく』同様の検査を繰り返した結果、陰性であると断言しているにもかかわらず、『水に浸し水で洗い落とす場合等には血痕は水に溶解し去るもの』と述べるなど、推測に基づく杜撰な鑑定であった（一九五二年一月七日付世良完介鑑定書³⁹）。

このように記載した最終報告書は、検証結果を次のようにまとめている。

「一見、合法的に行われたかに見えるこの事件の捜査・裁判の過程を検討すると、憲法的観点から見た場合の矛盾が浮き彫りとなる。憲法は、裁判を受ける権利と、適正な手続に基づいた公平で迅速な公開の裁判の実現を謳っている。そのために、被告人には、弁護人依頼権、黙秘権、反対尋問権が保障され、不利益な供述の強要禁止、不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合の有罪の禁止が定められる。これは、いうまでもなく本来自由であるはずの人間に対して国家刑罰権による刑罰適用を是認するための最低限の保障であるといえる。いわば、憲法に定められた刑事手続条項はすべて、被疑者・被告人の人権に十分配慮し、その完全な手続的保障の下で捜査・裁判が行われることを要求したものと見える。このような手続的保障が十分に尽くされてはじめて、裁判官は、自らの心証で、事実の認定を行うことが許されるのである。こうした視野に立った場合、F事件（菊池事件の意味―引用者）は、到底、憲法的な要求を満たした裁判であったとはいえないだろう⁴⁰。」

この最終報告書の検証結果は、前記・熊本地裁判決と相まって、菊池事件の刑事手続が実体審理に影響を与えようとする憲法違反の刑事手続だということを示す「新たな証拠」として取り扱われるべきものであろう。弁護

「不在」も憲法第三七条第三項違反、第三一条違反になるとする上述の横山論文も本再審請求における新証拠の一つに付け加えることができよう。本菊池事件の再審請求については法の要件が満たされているといえるのである。

(38) 解放出版社編『ハンセン病国賠訴訟判決 熊本地裁「第一次」第四次』(二〇〇一年)一九一頁以下および二五四頁。

(39) 前掲『ハンセン病問題に関する検証会議 最終報告書』一三三頁以下。

(40) 同一三八頁以下。