

## 71 身代り犯人と再審請求

暴力団員甲は、親分乙が犯した殺人事件につき乙の身代りとして自首し、そのまま実刑判決の言渡しを受けて服役した。その後、甲は乙と仲たがひし、組を離脱することとなつたため、自己が乙の身代りであることを理由に再審請求した。このような再審請求は許されるか。

### 一 問題の所在

現行の再審制度は、憲法三九条の「二重の危険」禁止の法理を受けて被告人の不利益再審を禁じ、利益再審のみを認め、再審理由としてファルサ型 (Falsus) 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、刑訴四三五条一号ないし三号・七号) とノヴァ型 (Nova 新たな証拠により重大な事実誤認が認められる場合。同条四号ないし六号) の再審事由を混合して規定している (鴨良弼「再審の理論的基礎」法時三七卷六号八頁)。刑訴法四三五条六号はノヴァ型の再審理由を定めた一般的かつ包括的規定であり、再審要件として証拠の明白性のほかに証拠の新規性を要求している。

実務上、故意に真犯人の身代りとなつて有罪判決を受けた者が、判決確定後に身代りであつたことを明らかにして再審請求をする事例は稀有というわけではない。従来、この身代り犯人からの再審請求の可否については、同条六号の「証拠をあらたに発見した」の意義をめぐつて、誰に対する関係で新規性が要求されるのかという形

で論じられた。より正確に言えば、端的に裁判所にとって新たな発見であれば足りるのか、それとも、裁判所に對してはもとより、再審請求者自身にとつても新たな発見であることが必要とされるのかが問題とされた。

しかし、証拠の新規性が再審要件とされたのは、確定判決の既判力を免れ、異なる判断をするため「新資料の追加」を必要としたからであり、新規性が裁判所にとつての「証拠の未判断資料性」と同義であることに争いはなかった。その結果、今日では、議論の焦点は身代り犯人からの再審請求の場合、証拠の新規性が否定されるか否かではなく、訴訟構造上、身代り犯人からの再審請求を認めることが妥当か否かという政策論の次元へと移つた観がある。

したがつて、本設問に対する回答は、身代り犯人からの再審請求に對して、信義則上、エストツペルの法理（禁反言の原則）の適用を認めるか否かの態度決定如何によつて異なることになる。換言すれば「証拠の新規性」の有無という条文上の解釈論が問われているのではなく、現行刑事訴訟の構造をどのようなものとして理解すべきかが問われているのである。この意味で本稿の論述は後者の論点が中心となるが、説明の便宜上、まず、従来の「証拠の新規性」をめぐる議論をふり返つてみる。

## 二 誰に對する關係での新規性か

### (1) 身代り犯人からの再審請求を否定する考え方

最高裁の判例（最決昭二九・一〇・一九刑集八卷一〇号一六一〇頁。以下「昭和二九年決定」という）は「被告人はその援用にかかる証拠があることを知りながら且つこれを提出することができたのに、他人の罪を背負うためことさらこれを提出しないで、判決確定後再審の請求をするに際し初めてこれを主張し提出したのであるから、本件の場合は「証拠をあらたに発見したとき」に該当するものではない」と判示し、証拠の新規性を否定した（同旨、名

古屋高判昭二五・九・二一判特一三号九八頁、東京高決昭二九・六・一七高刑集七卷五号八〇五頁。

右否定説の論拠は次のとおりである。(a) 刑訴法四三五条の規定は「再審の請求は……これをする事ができる」として再審請求者の立場から規定しており、六号では「証拠をあらたに発見したとき」と表現されているから、証拠の新たな発見は請求者にとつて要求されるものと解するのが法文の解釈としては自然である(高田卓爾「身代り有罪と再審請求」平場遷厩祝賀・現代の刑事法学(下)二八二頁)。(b) 自ら他人の罪を背負つて虚偽の自供をし、公判においても起訴事実を認めて有罪判決を受けた者につき、真実の関係を理由とする再審請求を認めるのは、衡平の精神、禁反言の原則等に反し、現行法の基本原理たる当事者主義の趣旨に違背する(安倍治夫・刑事訴訟法における均衡と調和二二三頁)。

昭和二九年決定をうけて、その後の下級審判例(東京高決昭三二・一二・二三東高時報八卷一二号四二二頁、新宿簡決昭三四・二・二〇下刑集一卷二号四九九頁)は、ことさらに証拠を提出しなかつた「悪意の秘匿」の場合には証拠の新規性を否定したが、有利な証拠の不提出につき被告人の側に怠慢や過失といった帰責原因があつた場合の取扱いについては見解が分かれた。過失による不提出も新証拠としての援用を認めず、証拠の提出が「法律上又は事実上不能ないしは著しく困難であつたとき」に限つて新規性を認める見解(札幌高決昭四四・六・一八判時五五八号一四頁、熊本地八代支決昭五一・四・三〇判時八二八号九五頁)と、過失の軽重を問わず一般的に過失による不提出の場合、あるいは、証拠方法の認識はあつたが有利な証拠資料を得られることについての認識を欠いた場合には広く新規性を認める見解(前掲新宿簡決。高田・前掲二八五頁、安倍・前掲二二四頁)とが対立した。

こうした下級審判例及び否定説内部での不統一は、有利な証拠の存在を知らながらそれをあえて提出しなかつた事例には、一概に被告人側の態度を非難できない様々な事情がからんでいることを反映した結果である。ノヴ

ア型再審に忠実であろうとすれば、本来、証拠の新規性につき請求者の側の懈怠は問われなければならないはずであるのに、新規性の解釈論に請求者側の主観的事情を取り込んでしまったため、統一的な基準を定立することができず、実体的真実主義の要請と請求人の訴訟態度に対する非難可能性とをケース毎に比較衡量せざるを得ない結果となったのである。

(2) 身代り犯人からの再審請求を肯定する考え方

右否定説に対し、身代り犯人からの再審請求を認める考え方は次の諸点を論拠とする。(a)六号再審はノヴァ型再審を規定したものであり、事実関係の誤認の是正を目的とするから、当該証拠が有罪判決の基礎資料として利用されなかったことが重要なのであって、当事者の態度、責任などを問題にすべきではない。端的に、裁判所にとって新規性が認められれば足りる(斉藤誠二「再審制度論序説3」法時四二巻一頁、井戸田侃「再審」刑訴講座三卷一九九頁、光藤景皎「再審証拠法」法時三七巻六号二二頁)。同条項は新証拠の性質、種類について何らの制限を付していないから、請求者の側の主観的事情を解釈論に取り込むべきではない(旧刑訴法四八五条六号の解釈に関する大決大二三・九・六刑録三卷六六三頁)。(b)いかに訴訟構造が当事者主義化しても、真実の究明は刑事訴訟の宿命的な課題であり、事実の誤認に基づいて無実の者を有罪たらしめることは訴訟制度本来の趣旨に反する(鴨・前掲九頁)。身代り犯となったことの責任追及は再審請求権の剝奪ではなく犯人隠避罪等による処罰によるのが本筋である(井戸田・前掲一九九頁)。

判例としては、交通事故の身代りに関するもので略式命令で有罪が確定した後、被告人ないし弁護人の請求により簡裁で再審開始が認められた事例が存在する(昭四五年度最高裁判例解説一〇二頁(千葉))。

また、最高裁は交通事故の身代り犯人の上告事件において、真犯人に対する業務上過失致死、被告人に対する

犯人隠避罪等の確定判決があり、被告人が真犯人の身代りになつていたことが上告中に判明した場合には、刑訴法四三五条六号の再審事由にあたり、同法四一一条四号に基づき職権で原判決を破棄して無罪を言い渡した（最判昭四五・六・一九刑集二四卷六号二九九頁、以下「昭和四五年判決」という）。この昭和四五年判決と前記昭和二九年決定との関係につき(a)前者は判決確定前の上告審での職権判断に基づくものであるのに対し、後者は判決確定後の再審請求の特別抗告審での判断であるから手続段階を異にする。(b)前者は証拠の明白性については何ら疑問がない事例であるのに対し、後者は再審証拠として提出されたものがそれ自体証拠の明白性を欠く事例であつたら、両判例は矛盾しないと説明されている（千葉・前掲一〇三頁）。

しかし、たとえ手続段階が異なつていても、刑訴法四三五条六号の「証拠の新規性」についての最高裁の判断が両判例ともに示されているのであるから、身代り犯人からの再審請求の可否という論点については明白に矛盾していると考えざるを得ない。身代りの事実判明の端緒が身代り犯人からの申立てによるという点では全く同一であるから、両判例の差違は当事者の申立適格性の差にあるのではなく、身代りの事実が既に裁判所によつて有罪判決という形で確定されていたか否か、即ち、証拠の明白性の差にある。そうすると、両判例を統一的に把握すれば、昭和四五年判決は実質的に昭和二九年決定を変更し、身代り犯人からの再審請求であっても「証拠の新規性」は否定されないことを明らかにした上で、身代り犯人であることの確定判決が存在する場合には、一種のファルサ型の再審事由を認めたのと同様に、被告人の側からの再審請求を認めたものと理解することができる。

これに対し、今日でも再審請求の關係では依然として昭和二九年決定の判旨が生きているとする考え方があつた（後掲判タ八三一号二五六頁のコメント）。現実には交通事故に関する身代り事件で、真犯人の業務上過失致死傷罪による処罰と身代り犯人の犯人隠避罪等による処罰が先行する場合には、検察官からの再審請求のみならず身代

り犯人の側からの再審請求も認められているのであるから、理論的には一貫していいのである。前記否定説の各判例はいずれも交通事故以外の刑事事件に関するものであるが、交通事故事犯とそれ以外の刑法犯を区別して再審請求の可否を論ずることに合理性はないから、身代り犯人からの再審請求の場合、一般刑法犯の場合に限って「証拠の新規性」を否定する判例実務は、理論的には既に破綻しているといわざるを得ない。

### 三 再審請求の可否にエストツペルの適用を考慮すべきか

#### (1) 検察官からの再審請求を認める考え方

従来の議論の対立点を眺めれば、身代り犯人からの再審請求の可否は(a)の「証拠の新規性」の解釈論の結果如何によつて決定されるというよりは、むしろ(b)の訴訟構造論を前提とした信義則(エストツペルの法理)の適用を認めるか否かにかかっていたことが判明する。エストツペルにより身代り犯人からの再審請求を認めない論者も、再審の目的が「無辜の救済」にあることは認めるので、検察官からの再審請求は認められるとする(団藤・綱要五九一頁、総判刑訴(4)一一九頁(白井)、田宮・刑訴五〇六頁、高田・前掲二八七頁、渥美東洋編・刑事訴訟法三三六頁(宮城)、内田文昭ほか・刑事訴訟法三四三頁(長井)など)。これが近時の通説的な見解と考えられる(以下「検察官請求説」という)。

この考え方は、従来の議論では「中間的見解」として分類されていたが(千葉・前掲一〇二頁)、基本的には身代り犯人からの再審請求であつても、裁判所に対する関係での「証拠の新規性」は肯定されるから、身代りの事実に基づく事実誤認は是正されるべきであると考ええており、その実現の手段を身代り犯人からの請求ではなく検察官の手に委ねるものであるから、前記肯定説との違いは消極的実体的真実主義(無辜の救済)を実現するための方法の差ということになる。したがつて「消極的眞実主義か当事者主義かの選択を迫られている」(鈴木・刑訴三一七頁)という対立関係があるわけではない。

最近の判例では「証拠の新規性」の有無については全く触れることなく、「衡平の精神、禁反言の原則等に反し、刑事訴訟の当事者主義的構造に照らし許されない」と判示されている（大阪高決平四・一一・九判タ八三一号二五七頁）。検察官請求説の立場からは、この判例は昭和二九年決定の判旨を離れてエストツペルの法理に基づいて身代り犯人からの再審請求を否定したものであり、反面において検察官からの再審請求の可能性を認めているものと理解することになる。

## (2) 新たな議論の対立軸

ノヴァ型再審が証拠の新規性に基つき無辜の救済を目的とするものである以上、身代りの事実が判明した場合、再審を認めることは当然の帰結となる。身代り犯人による再審請求の可否の問題は、結局のところ、再審を実現するための手段を公益の代表者たる検察官のみに委ねるか、それとも、検察官のほかに身代り犯人自身による請求をも認めるかという問題に還元される。

(a) 検察官請求説の根拠は次のように解される。現行法は当事者主義を強化し、訴追者並びに被告人が手続進行の主体として手続形成に関与する。当事者は攻撃側・防衛側という対立関係を前提としつつも、公正な裁判を得るための協同労作関係に立つから、被告人にも倫理的主体性の確立が求められ、そこに信義則が働く根拠がある。信義則の機能として詐術的行為が禁止され、相手方の態度を前提として訴訟行為を行った対立当事者の信頼を保護するため、民事関係におけるエストツペルと同様の「先の態度に矛盾する事後の行為の禁止」の法理が導かれる（鴨・刑事訴訟における技術と倫理六一頁）。それ故、身代り有罪判決を受けた本人が自らその事実を持ち出して再審請求をするが如きは、当事者としての主体性を否定し、既判力破棄を申し立てる適格性を自ら放棄したことになる（高田・前掲二八四頁）。

そして、再審とは「ただ『無辜の救済（個別的救済）』のみではなく、同時に『誤判の防止（一般的予防）』をも目的とする適正手続確証の制度である」との理解に立つて、自ら誤判を招いた者の再審請求を許せば、結果的に、再審は誤判惹起を許容するという矛盾に陥り、当事者主義の基礎にある私的自治・個人の自己責任を否定することになると主張する（長井・前掲三四三頁）。

(b) これに対し、肯定説は次のように批判する。身代り犯人の場合に再審請求の可否を検察官の裁量に委ねることは、検察官が常に再審請求をするとは限らないことを意味し、無辜の救済が不十分となる（小田中聰樹「いわゆる交通事故の身代り犯人につき刑訴法四一一一条四号が適用された事例」警研四五卷一二号七〇頁。実質的に救済が妥当かどうかであれば、他人ではなく救済されるべき当事人に救済の権利を認めるのが筋である。また、身代り犯人が別に犯人隠避罪等で処罰された場合には検察官からの再審請求が義務的となる（高田・前掲二八九頁注③））といふのであれば、もはや、身代り犯人からの再審請求を否定すべき理由はない（嶋良弼編・刑事再審の研究一三二頁（鈴木）、田口守一・基本論点刑事訴訟法二五八頁）。

#### 四 刑事訴訟における当事者主義をどう理解すべきか

(1) 本設問に対する私の回答を示す前に、従来の議論では必ずしも触れられていない前提事実を確認しておく。

(a) 憲法上、再審請求権を明文的に保障した規定はない。しかし、市民的及び政治的権利に関する国際規約（いわゆる「国際人権B規約」）一四六項は次のように定める。「確定判決によって有罪と決定された場合において、その後、新たな事実又は新しく発見された事実により誤審のあったことが決定的に立証されたことを理由としてその有罪の判決が破棄され又は赦免が行われたときは、その有罪の判決の結果刑罰に服した者は、法律に基づ

いて補償を受ける。ただし、その知られなかつた事実が適当な時に明らかにされなかつたことの全部又は一部がその者の責めに帰するものであることが証明される場合は、この限りでない。」この条項は直接的には誤判が証明された場合の国家に対する補償請求権を定めたものであるが、その前提として市民に「証拠の新規性」を理由とする再審請求権を認めたとの理解されている。そして、誤判の原因が有罪認定を受けた者の帰責事由に基づく未知の事実の非開陳にあるときは補償請求権は否定されることになっており、その典型例は身代り犯人の場合とされている (Manfred Nowak "U. N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary", p. 271)。

そうすると、身代り犯人が自ら再審請求をなす場合、对国家との関係で誤判の被害者としての補償という問題は生じないから、再審請求をなす目的というのは、真犯人に対する本来的処罰の欲求ないしそれと表裏の關係に立つ誤判の是正、即ち、前科となつてゐる誤つた公的記録の抹消ということになる。前記国際規約は身代り犯人のこうした目的に基づく再審の請求は認めてゐるのである。

(b) 身代りとなつた原犯罪事実と犯人隠避罪、証拠隠滅罪との關係を公訴時効という観点から眺めると次の三つの場合に分類できる。①原犯罪事実及び犯人隠避罪等(公訴時効は三年)ともに時効にかかつていない場合(例えば、原犯罪が交通事故の業務上過失致死傷罪(公訴時効五年)で公訴時効の完成前である場合。保険金騙取目的の交通事故を偽装した詐欺(公訴時効七年)で公訴時効の完成前である場合など)、②原犯罪事実及び犯人隠避罪等がともに時効にかかつていない場合(真犯人に対する公訴時効完成後の再審請求の場合)、③原犯罪事實は未だ時効にかかつていないが、犯人隠避罪の時効は完成してゐる場合(本設問の殺人罪の公訴時効は一五年であるから真犯人に対する時効は完成してゐないと考えられる)。

右の①の場合には、通常、検察官は真犯人を新たに起訴し、さらに、身代り犯人と真犯人の双方を犯人隠避罪

等で起訴し、有罪判決を得たうえで再審請求を提起している。檢察官は公益の代表者として被告人の有利・不利を問わず「事案の真相」を究明する客観義務を負っており、同一の犯罪事実につき、行為者を異にする二つの確定判決が存在することは明白な矛盾であるので、真犯人の有罪が確定したのをまっとう身代り犯人をもとの有罪判決から解放するのである。この場合、檢察官の再審請求は国家の代理人としての義務と考えられる。

これに対し、②の場合には、真犯人に対する公訴時効が完成していることから、檢察官は真犯人の起訴はなしえず（刑訴法三三七条四号により免訴となる）、その反射として、身代り犯人のための再審請求には消極的となる。③の場合も、真犯人に対する起訴は可能であるが、それは原犯罪事実を真犯人が実行したという証明が可能か否かに依存するのであり、檢察官が真犯人の有罪立証に自信を持つのでない限り、単純に、身代り犯人から身代りの事実の申告があったからといって、身代り犯人のための再審請求を行うわけではないのである。

そうすると、本設問のような場合には、檢察官に再審請求を委ねるといっても、真犯人に対する立証の可能性如何によって、檢察官が常に再審請求をしてくれるとは限らないのであるから、誤判の是正、誤った前科の取消を望む身代り犯人の救済にはやはり不十分な点が残ってしまうのである。

これとは逆に、身代り犯人が反対の意思表示をしているのに、身代りの事実を知った檢察官が再審請求をすることが許されるかという問題がある。憲法三九条の「二重の危険」禁止の法理は、有罪か無実かにかかわらず、繰り返される手続の負担から被告人を解放するところに目的があるから、有罪の言渡しを受けた者の明示の意思に反することはできない（井戸田・前掲二〇四頁、高田・前掲二八四頁）。

## (2) 私 見

檢察官請求説の最大の論拠は当事者主義に基づくエストツペルにある。しかし、本来、エストツペルが適用さ

れる場面というのは、対等の当事者間における相互信頼を基礎とする法律関係についてである。果たして、わが国の刑事訴訟の構造は、このようなエストツペルの適用を容認するようなものであろうか。

確かにわが国の刑事訴訟は被告人に訴訟の当事者という主体性を賦与し、権利のための闘争という性格づけの下、自らが防御の主体として手続を遂行する権限を認めている。そして、刑事訴訟の目的である「事案の真相」の究明も検察官と被告人という異なった視点からの相互批判を経ることによって浮がび上ってくる事実をもって「真実」（これを「訴訟的真実」という）とみなすことを意味しているから、被告人の側の事実に基づく訴訟活動が予定されている。その訴訟的真実を追究するために、刑事訴訟法は種々のルールを定めているので、一方当事者である被告人もそれに従うことが求められる。この意味において、被告人が訴訟の構成員であり、公正な裁判の実現のために協同労作関係に立つことができる。しかし、被告人には検察官とは異なり、自らが積極的に事案の真相を解明すべき義務は存在しない。被告人には自己負罪拒否特権よりも広い包括的な黙秘権が与えられており、被告人には完全な沈黙の自由があるからである。勿論、黙秘権があるからといって、積極的に虚偽を述べることが認められているわけではないから、虚偽陳述や詐術的行為に対し、手続上の制裁や刑事処罰が科されることは当然である。

しかし、被告人があえて虚偽を述べた場合であっても、法は被告人には寛容な態度を示しており、偽証罪の制裁を加えてまで真実を語らせようとはしていない。法は真相究明のために被告人の側の協力を期待してはいるが、被告人に真実義務を課してはいないのである（弁護士にも真実義務はないことにつき、佐藤博史「弁護人の任務とは何か」村井敏邦ほか編・刑事弁護の技術（六）頁、浦功「弁護士に真実義務はあるか」同一一頁）。つまり、刑事訴訟が問題としているのは、検察官が訴因を合理的な疑いを超える程度に立証したか否かであり、被告人側の非協力の結果、仮に実

体的真実からかけ離れた事実認定に至ったとしても、それは止むを得ないと考えているのである。被告人が真犯人をかばって身代り犯人を演じきつた場合には、検察官の立証は成功したことになり、その効果として、本来、真犯人が受けるべき刑罰を身代り犯人が引き受けるのであるから、訴訟的眞実に基づく訴訟的正義はこの限りでは成就しているのである。後に、身代り犯人が再審請求をしても、刑罰を受けたという過去の事實は絶対に覆滅できないのであり、金銭上の補償という代償措置による原状回復も許されないのであるから、実態を直視する限り、本来、エストツペルが保護しようとしている相手方の信賴利益といったものを検察官（国家）については想定することができないのである。

刑事訴訟における当事者主義とは、民事事件における原告と被告とが対等当事者として存在する訴訟形態とは全く異なり、国家機関としての検察官と一介の私人たる被告人という圧倒的な地位のアンバランスを前提として、被告人が実質的な訴訟追行をなし得るよう、片面的に被告人の諸権利を保障するための指導理念として意味があるのである（田宮・刑事手続とその運用三四八頁）。そうであれば、同じ当事者主義といつても、エストツペルが適用される対等当事者間の法律関係という基礎を欠いているから、エストツペルの法理により身代り犯人からの再審請求を否定することは許されないとすべきである（武村二三夫「証拠の新規性とは何か」三井ほか・刑事手続（一）二二二頁）。

また、実質的に考えても、身代り犯人からの再審請求の目的は、国家にとつて誤判の是正、請求人にとつて前科事実の抹消にあるから、その手段を検察官の再審請求の方法のみに限定する必要はなく、検察官の手に委ねるか、それとも、自らの手で再審を切り拓くのかの選択権を身代り犯人に与えても差し支えない。検察官が再捜査をして身代りの事実を容易に証明でき、真犯人を起訴することが可能な場合には、むしろ、検察官請求の方法が

選択されるであろう。何故ならば、この場合、再審請求審における検察官对被告人の実質的な対立は存在せず、ともに、再審無罪を志向する立場にあることから、真犯人の有罪確定判決を得て、それを根拠に一種のファルサ型再審事由と同じような形式的審査で再審が開始されることが期待できるからである。これに反し、検察官が眞犯人に対する原犯罪事実の立証の困難性ないし不能を理由に検察官の手による再審請求に消極的な場合には、検察官を煩わすことなく身代り犯人自らが再審請求を申し立てることにならう。

##### 五 本設問に対する回答

判例及びエストツペルの適用を認める近時の通説的見解によれば、甲からの再審請求は許されない。甲は自らの再審請求を検察官に委ねざるを得ず、検察官が再審請求をするか否かは乙に対する起訴及び公判維持の可能性を考慮したうえでの検察官の裁量による。

私見によれば、甲は検察官に再審請求を委ねることもできるし、甲自らが再審請求をすることも許される。