

刑事判例研究(5)

中央大学刑事判例研究会

第一審判決が公訴事実の存在を認めるに足りる証明がないとして、被告人に対し、無罪を言い渡した場合に、控訴審において第一審判決を破棄し、自ら何ら事実の取調べをすることなく、訴訟記録及び第一審裁判所において取り調べた証拠のみによって、直ちに公訴事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、刑訴法400条ただし書の許さないところとする最高裁判例は、刑訴法の仕組み及び運用が大きく変わったことなど原判決の挙げる諸事情を踏まえても、いまなおこれを変更すべきものとは認められないとされた事例

山田 峻悠

〔最(一)判令和2年1月23日/平成29(あ)2073号/詐欺、窃盗、詐欺未遂被告事件 刑集74巻1号1頁, 裁判所時報1740号1頁, 裁判所ウェブサイト〕

【事案の概要・訴訟の経緯】

被告人は詐欺、窃盗、詐欺未遂等の罪で訴追された。第一審¹⁾は、犯行日を平成27年5月とする窃盗1件、詐欺1件、詐欺未遂3件については被告人を有罪とし、懲役2年6月、4年間執行猶予に処したが、犯行日を同年3月とする、以下の公訴事実(以下「本件公訴事実」という。)については

1) 千葉地判平成29年3月13日刑集74巻1号64頁。

無罪を言い渡した。すなわち、

本件公訴事実の要旨は、被告人は、いずれも家電量販店において、(1) 不正に入手したAを被保険者とする健康保険被保険者証及びA名義のクレジットカードを使用してAになりすましてクレジット機能付きポイントカードをだまし取ろうと考え、入会申込端末を使用して、氏名入力画面に「A」と入力するなどし、カード発行手続業務等の業務委託を受けている会社の社員に対し、Aになりすまし、Aを被保険者とする健康保険被保険者証及びA名義のクレジットカードを提出するなどして、クレジット機能付きポイントカードの交付を申し込み、同ポイントカード1枚の交付を受け、(2) 上記家電量販店店員に対し、Aになりすまし、上記ポイントカードを提示して財布2個等4点の購入を申し込み、その交付を受け、(3) 同店店員に対し、Aになりすまし、上記ポイントカードを提示してゲーム機1個の購入を申し込み、その交付を受け、それぞれだまし取ったというものである。

被告人及び検察官の双方は、第一審判決に対し、いずれも事実誤認を主張して控訴した。

原審²⁾は、全ての事実について犯人ではないから無罪であるとする被告人の主張を排斥し、本件公訴事実について、第一審判決は、被告人の犯人性を推認させ、又はその推認力を補強する間接事実の推認力や第一審関係証拠の証明力の評価を誤った上、これらを分断的に評価し、適切な総合評価を行わなかった結果、被告人が犯人であったとするには合理的な疑いが残るとの結論を導いたものであり、この認定、判断は、論理則、経験則等に照らして不合理であるといわざるを得ないとして、事実誤認を理由に第

2) 東京高判平成29年11月17日刑集74巻1号76頁。この事件の紹介・解説として、中井淳一、吉井匡「判批」季刊刑事弁護96号147頁(2018年)、岡田悦典「判批」新・判例解説Watch23号197頁(2018年)、粟田知穂「三つの裁判例—近時裁判例から学ぶ薬物事件等捜査の問題点—第9回鑑定その2(顔貌鑑定関係)」警察学論集74巻3号92、101-106頁(2021年)を参照。

一審判決を破棄した。そして、原判決は、第一審判決が起訴に係る公訴事実の存在を認めるに足る証拠がないとして、被告人に対して無罪を言い渡した場合に、控訴審において事実の取調べを行うことなく、訴訟記録及び第一審で取り調べた証拠のみによって、直ちに公訴事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、刑訴法400条ただし書の許さないところとするのが判例(最大判昭和31年7月18日刑集10巻7号1147頁, 最大判昭和31年9月26日刑集10巻9号1391頁。以下、両者を合わせて「判例」という。)であると認識しつつも、以下のように述べこの判例の解釈の正当性には疑問が残るとし、事実の取調べを行うことなく自判し、本件公訴事実についても有罪として被告人を懲役2年6月に処した。すなわち、

判例に抵触することなく自判するために、当審で事実の取調べを行うことについて検討すると、検察官は、画像鑑定書等書証15点、証拠物1点、証人3名について新たに事実取調べの請求をしたが、そのうち、証拠とすることに同意があった3通の書証については、いずれも第一審の弁論終結前に取調べを請求することができなかったやむを得ない事由が認められず、その他の書証はいずれも不同意で、証拠物については上記やむを得ない事由が認められず、証人3名についてはいずれも必要性も上記やむを得ない事由も認められないものである。また、弁護人は、上記画像鑑定書ないしその作成者の証人尋問が採用される場合には、その反証を行うとの意向も示したが、これらが却下された場合には反証は行わないと述べた。

「このような中で、判例に抵触しないために当審で事実の取調べを行うとすれば、上記3名の証人のいずれかを採用して証人尋問を行い、画像鑑定書の作成者を採用する場合には、これに対する弁護人の反証としての証人尋問を行うことが考えられる。しかし、これは、期日間整理手続が行われ、整理された争点に関し、当事者により厳選された証拠に基づく審理が行われ、期日間整理手続が終わった後には、やむを得ない事由によって請求することができなかったものを除き、新たな証拠を請求することが許されないこととなっている原審の審理経過を踏まえ、当審において、原審記

録に基づいて原判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理と判断したにもかかわらず、必要性も第一審の弁論終結前に取調べを請求することができなかったやむを得ない事由も認められない証拠を採用するという不合理なことになる。しかも、それらの証拠は、原審における検察官の立証に屋上屋を重ねるものであり、既に判示したとおり訴訟記録及び第一審裁判所において取り調べた証拠によって原判決に事実誤認を認める当審が、検察官の請求する上記証拠を直接に取り調べることによって、被告人の権利、利益の保護につながるとは考えられない。他方、被告人は、原審において、被告事件に対する陳述をした以外には、黙秘権を行使していて、当審においても、弁護人から被告人質問の請求は行われておらず、判例に抵触することを回避するために職権で被告人質問を実施することが、被告人の権利、利益の保護に資するとは考えられない。ちなみに、起訴前国選弁護の制度が整備され、取調べの録音録画も実施されている現在、捜査及び公判を通じ、黙秘権を行使するという方針が、被告人、弁護人により採られることは、今後も増えていくことが予想される。」

「そうすると、以上のような当審における必要性のない不合理な審理を避けつつ、判例に抵触しないために取るべき次なる方法は、事件を原裁判所に差し戻すことであるが、差し戻し前第一審の期日間整理手続による新たな証拠請求の制限が残る以上、事件の差し戻しは、当審における不合理を原裁判所にそのまま持ち越すことにすぎない。しかも、差し戻し後の第一審は、判断の面でも、本判決で示された判断に拘束されることとなるし、被告人、弁護人の前記応訴態度に照らせば、量刑に関する主張、立証が新たに行われるとも考え難い。このような中で、事件を原裁判所に差し戻すことは、手続を遅延させることにしかならないものと考えられる。」

「また、判例が指摘する直接主義、口頭弁論主義との関係についても、判例に付された反対意見が指摘するように、控訴審が直接に事実の取調べを行わないままに自判をしたとしても、実質的にみて、被告人の権利、利益の保護において問題を生ずるものとは考えられないし、裁判員裁判制度

の導入を契機に、控訴審による原判決の審査について、事後審制の趣旨がより一層徹底され、控訴審は、原判決に事実誤認があるとして破棄する場合には、原判決の認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に指摘しなければならないこととされているところであり、それだけ第一審の判断が尊重されるものとなっている。判例において念頭に置かれている心証比較説に基づき、原審記録をみるだけで控訴審が第一審の判決を破棄することの不当性という前提（最三小判昭和29年6月8日・刑集8巻6号821頁の小林俊三裁判官の少数意見参照）は、今日では失われているといえる。」

「要するに、起訴前国選弁護制度、公判前整理手続、裁判員裁判制度が導入され、取調べの録音録画が行われている現在、刑訴法の仕組み及び運用は大きく変更されているにもかかわらず、判例に従い、控訴審が第一審の無罪判決を破棄するときには、事件を第一審に差し戻す場合を除き、一律に控訴審において自ら事実の取調べを行う必要があるとする解釈を維持することは、今日の刑訴法の仕組み及び運用との間に不整合を生じ、控訴審の手続に混乱と遅延をもたらし、被告人の権利を保護するという実質もなく、むしろ、その利益に反する結果を招く場合もあるものと考えられる。」

「判例が出された今から60年以上前の時期から、今日に至るまでに刑訴法の制度及びその運用が大きく変わっていることは明らかであり、少なくとも現在の刑訴法の仕組みと実務を前提に考えた場合、第一審の無罪判決に対する検察官控訴について、判例が意図する被告人の権利の保護を図る上では、具体的な事案に即したより実質的な考慮が必要と思われ、不必要で不合理な控訴審における形式的な事実の取調べか、事件の差戻しにより現在の刑訴法の仕組みに抵触するような審理のやり直しを求め、また訴訟の遅延をもたらす刑訴法400条ただし書に関する判例の解釈は、今日においては、その正当性に疑問があるものと思料する。」

この原判決に対して、検察官及び被告人側の双方が判例違反等を理由にして上告を行った。

【判 旨】 破棄・差戻し

最判昭和31年7月18日刑集10巻7号1147頁は、「事件が控訴審に係属しても被告人は、憲法31条、37条等の保障する権利は有しており、公判廷における直接審理主義口頭弁論主義の原則の適用を受けるのであって、被告人は公開の法廷において、その面前で適法な証拠調べの手続が行われ、被告人がこれに対する意見弁解を述べる機会を与えられなければ、犯罪事実を確定され有罪の判決を言い渡されることのない権利を保有するとした上で、『本件の如く、第1審判決が被告人の犯罪事実の存在を確定せず無罪を言渡した場合に、控訴裁判所が第1審判決を破棄し、訴訟記録並びに第1審裁判所において取り調べた証拠のみによって、直ちに被告事件について犯罪事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、被告人の前記憲法上の権利を害し、直接審理主義、口頭弁論主義の原則を害することになるから、かかる場合には刑訴400条但書の規定によることは許されないものと解さなければならない。』として原判決を破棄し、事件を第1審裁判所に差し戻した。」そして、最判昭和31年9月26日刑集10巻9号1391頁も同旨の判断をした（以下、両者を合わせて「本件判例」という）。「その後、本件判例に従った最高裁判例が積み重ねられ、憲法31条及び37条の精神並びに直接主義及び口頭主義の趣旨を踏まえた刑訴法400条ただし書の解釈として、第1審判決が被告人の犯罪事実の存在を確定せず無罪を言い渡した場合に、控訴審が第1審判決を破棄し、犯罪事実を認定するときには、事実の取調べを要するとの実務が確立し、被告人の権利、利益の保護が図られてきた。」

「原判決は、判例変更をすべき理由として、刑訴法の仕組み及び運用が大きく変わり、第1審において厳選された証拠に基づく審理がされ、控訴審において第1審判決の認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に指摘できる場合に限って事実誤認で破棄されること、起訴前国選弁護制度や取調べの録音録画の実施により被告人が黙秘権を行使することも多くなっていること、本件判例に抵触しないために検察官から請

求された証拠を調べるとすると、取調べの必要性も第1審の弁論終結前に取調べを請求できなかったやむを得ない事由も認められない証拠を採用することになること等を挙げ、本件判例の解釈は現在ではその正当性に疑問があり、直接に事実の取調べをせずに自判しても、実質的にみて、被告人の権利、利益の保護において問題を生ずるものとは考えられないとの判断を示した。」

「しかし、原判決が挙げる刑訴法の制度及び運用の変化は、裁判員制度の導入等を契機として、より適正な刑事裁判を実現するため、殊に第1審において、犯罪事実の存否及び量刑を決する上で必要な範囲で充実した審理・判断を行い、公判中心主義の理念に基づき、刑事裁判の基本原則である直接主義・口頭主義を実質化しようとするものであって、同じく直接主義・口頭主義の理念から導かれる本件判例の正当性を失わせるものとはいえない。そうすると、本件判例は、原判決の挙げる上記の諸事情を踏まえても、いまなおこれを変更すべきものとは認められない。」

「原審は、本件公訴事実の存在を確定せず無罪を言い渡した第1審判決を事実誤認で破棄し、およそ何らの事実の取調べもしないまま本件公訴事実を認定して有罪の自判をしたのであって、原判決は、本件判例と相反する判断をしたものであるから、破棄を免れない。」

よって、刑訴法405条2号、410条1項本文により原判決を破棄し、同法413条に従い差し戻す。

【研究】

1. 本件³⁾では、犯罪の証明がないとして被告人に対して無罪を言い渡し

3) 本件の紹介・解説として、滝谷英幸「判批」法セ784号123頁(2020年)、高平奇恵「判批」新・判例解説Watch〈文献番号:z18817009-00-081331913〉(2020年)、黒澤陸「判批」法学教室481号118頁(2020年)、蛭田円香「判批」ジュリスト1551号99頁(2020年)、池田修「判批」刑事法ジャーナル66号154頁(2020年)を参照。

た第一審判決を控訴裁判所が何ら事実の取調べを行うことなく、破棄し有罪を自判することが許されるか否かが争われている。

2. 控訴審における破棄自判と事実の取調べ

(1) 刑訴法400条の構造

本件で争点となる刑訴法400条は、同法398条、399条に規定する理由以外の理由によって原判決を破棄する場合に差戻・移送を行うことを原則としながら、その但書では「控訴裁判所は、訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取調べた証拠によって、直ちに判決をすることができるものと認めるときは、被告事件について更に判決をすることができる」と定め、例外的に自判を行いうることを規定している。このような条文構造をとっているが、実務上は破棄・差戻、破棄・移送よりも破棄・自判が多くなされているという運用がとられているとされる⁴⁾。

刑訴法400条但書における自判の構造をどのように捉えるのかについて学説上争いがあるが、多数説は続審の構造をとると解している⁵⁾。この点、判例⁶⁾も「自判の制度は、控訴審が本来事後審として第一審判決の当否を判断するものであることに対し、例外的に続審による判決手続を認めたもの」と述べ、刑訴法400条但書に基づく自判の構造が続審であるとしている。

(2) 破棄自判と事実の取調べ

刑訴法400条但書は文言上特に破棄自判をなしうる場合について制約を設けておらず、控訴裁判所が、「直ちに判決をすることができる」と思料

4) 河上和雄他編『注釈 刑事訴訟法 第3版 第七巻』(立花書房, 2012年) 415頁。令和元年の司法統計情報によれば、破棄自判は516件であるのに対して破棄差戻しは14件であった (<https://www.courts.go.jp/app/files/toukei/448/011448.pdf> (2021年5月閲覧))。

5) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣, 1958年) 305-306頁, 平良木登規夫『刑事控訴審』(成文堂, 1990年) 145頁, 酒巻匡『刑事訴訟法 第二版』(有斐閣, 2020年) 647-648頁, 白取裕司『刑事訴訟法 第10版』(日本評論社, 2021年) 505-507頁。

6) 最判昭和30年6月22日刑集9巻8号1189頁。

した場合にはいつでも自判を行いうると解釈することができる。一方で、続審という自判の性質から、控訴審は単に訴訟記録等による書面審理のみに基づいて原判決を破棄自判できるのか、あるいは、新たな事実の取調べを行わなければ破棄自判することが許されないのかが議論されてきた。

この事実の取調べの要否という争点について、最高裁は場面に応じて区別を行ってきた。例えば、第一審の有罪判決を破棄し無罪を自判する場合⁷⁾や法令の誤り・量刑不当で破棄自判する場合⁸⁾には、控訴審での事実の取調べは必ずしも必要ではないと判断されてきた。一方で、軽い罪の認定を破棄し、重い罪を認定して自判する場合には、事実の取調べを要するという立場が示されてきた⁹⁾。

本件のように、第一審の無罪判決を破棄し有罪を自判する場合に関して、最高裁は当初、書面審理のみで足り、控訴審の事実の取調べは必ずしも必要でないという立場を採用していた¹⁰⁾。とはいえ、例えば、最判昭和29年6月8日刑集8巻6号821頁の少数意見において、破棄自判を行う場合には結局は控訴審が公訴事実を認定することになることから、この段階には少なくとも被告人に防御権を行使する機会を保障するべきという指摘がなされる等、このような解釈には批判も向けられてきた。

このような中、本件でも引用された最判昭和31年7月18日刑集10巻7号

7) 後藤昭他編『新・コンメンタール刑事訴訟法 第三版』(日本評論社, 2018年) 1119頁(田淵浩二担当)

8) 控訴裁判所が第一審判決を破棄して刑を重く変更する場合に事実の取調べを行う必要はないとされた事例として、最決昭和31年7月18日刑集10巻7号1173頁、最決昭和32年2月15日刑集11巻2号756頁等を参照。また、第一審で犯罪事実の認定を行いながら、法律判断で無罪とし、控訴審がこの法律判断を変更し有罪を自判する場合に事実の取調べを行う必要はないとされた事例として、最判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁等を参照。

9) 最判昭和32年6月21日刑集11巻6号1721頁、最判昭和41年12月22日刑集20巻10号1233頁等を参照。

10) 最判昭和29年6月8日刑集8巻6号821頁。

1147頁¹¹⁾は、以下の理由に基づき、控訴審が一審の無罪判決を破棄し有罪を自判する場合には事実の取調べを行うことが求められるという立場に判例を変更することになる。すなわち、

「事件が控訴審に係属しても被告人等は、憲法三一条、三七条の保障する権利は有しており、その審判は第一審の場合と同様の公判廷における直接審理主義、口頭弁論主義の原則の適用を受けるものといわなければならない。従つて被告人等は公開の法廷において、その面前で、適法な証拠調の手続が行われ、被告人等がこれに対する意見弁解を述べる機会を与えられた上でなければ、犯罪事実を確定され有罪の判決を言渡されることのない権利を保有するものといわなければならない。それゆえ本件の如く第一審判決が被告人の犯罪事実の存在を確定せず無罪を言渡した場合に、控訴裁判所が第一審判決を破棄し、訴訟記録並びに第一審裁判所において取り調べた証拠のみによつて、直ちに被告事件について犯罪事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、被告人の前記憲法上の権利を害し、直接審理主義、口頭弁論主義の原則を害することになるから、かかる場合には刑訴400条但書の規定によることは許されないものと解さなければならない。」

以上のように、最高裁は、直接主義・口頭主義の原理の下被告人に保障される防御権の行使の確保という観点から、第一審の無罪判決を破棄し有罪を自判する場合には控訴審において事実の取調べを行うように求めてきた。本件最高裁が引用する最判昭和31年9月26日刑集10巻9号1391頁¹²⁾も同様の立場を採用している。

この判例の立場に対しては、例えば、最判昭和31年7月18日刑集10巻7号1147頁の反対意見が、①控訴裁判所は、事後審として法律上認められた訴訟資料に基づき自由な見地に立って法律判断ないし事実判断をなしうる

11) 本件の紹介・解説として、岩田誠「判解」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和31年度』(法曹会, 1957年)249頁等参照。

12) 本件の紹介・解説として、岩田誠「判解」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和31年度』(法曹会, 1957年)311頁等参照。

のであって事実の取調べの要否は控訴裁判所の裁量に委ねているのが刑訴法400条但書の法意であるとか、②「控訴審は事後審であつて、事実誤認を理由とする控訴の場合には原則として訴訟記録及び第一審で取り調べた証拠に現われている事実だけを援用して第一審判決の認定の当否を争い、第一審で証拠とすることができた証拠は控訴審においても証拠とすることができるものであり、被告人が公判期日に出頭して自ら弁論をしなくとも弁護人が被告人のため弁論する以上憲法三一条の保障する被告人の防禦権に欠くところがないことは、既に前述したところである。また、同一証拠に対し既に一度直接審理を行つた以上、重ねてこれを繰り返すことを要しないことが憲法三七条二項の法意とする」と述べる等、従来の見解を維持するべきという指摘もなされてきた。

しかし、学説の多数説も、最高裁と同様に、直接主義・口頭主義から、被告人の防禦権の行使を不当に制限することのないよう被告人に防禦を尽くさせる実質的機會を与えることを理由に、無罪判決を破棄し有罪を自判する場合には事実の取調べを行うよう求めることを支持しており¹³⁾、判例・学説ともに控訴審が事実の取調べを行うことを求める立場が確立しているということが出来る。

3. 本判決の理由付けについて

本件原審は、①期日間整理手続きが終わった後でやむを得ない事由のものを除き、新たな証拠を請求することが許されなかったこととされる第一審の審理経過を踏まえ、必要性も、やむを得ない理由もない証拠を控訴審が改めて証拠調べすることは不合理であり、被告人の権利、利益の保護に

13) 平野・前掲5) 321頁、田宮裕『刑事訴訟法 新版』(有斐閣、1996年) 482-483頁、後藤昭「控訴審における破棄と事実の取調べ」守屋克彦他編『刑事裁判の復興』(勁草書房、1990年) 389-391頁。なお、反対説として、横井大三『上訴一刑事裁判例ノート(5)一』(有斐閣、1972年) 211頁、安平政吉「控訴審の破棄自判と事実取調べの要否」法律のひろば9巻10号39頁(1956年)、土本武司「事実の取調べと破棄自判(三・完)」警察研究58巻2号3,5-13頁(1987年)。

もならないこと、②本件において被告人は黙秘権を行使し、控訴審でも弁護人側から被告人質問の請求はなされていないことから、職権で被告人質問を実施しても被告人の権利・利益の保護につながらず、又、起訴前国選弁護制度や録音録画制度の整備により、今後は被告人が本件と同様に黙秘権を行使することが増えると予想されること、③裁判員裁判制度の導入を契機に、事後審制の趣旨がより徹底され、控訴審での審査方法に変化がみられること、を挙げ、このような刑訴法の仕組・運用の変化があるにもかかわらず、一律に事実の取調べを行わなければならないとする先例の解釈を維持することは控訴審の手続きに混乱と遅延をもたらし、被告人の権利・利益をかえって損なうことになることと先例の解釈の正当性に疑問を呈した。

これに対して、本件最高裁は、原判決が挙げる刑訴法の制度及び運用の変化は刑事裁判の基本原則である直接主義・口頭主義を実質化しようとするものであって、同じく直接主義・口頭主義の理念から導かれる判例の正当性を失わせるものとはいえないと簡潔に理由付けただけで、判例変更を行う必要はないとし原判決を破棄・差し戻している。

この最高裁の理由付けは、原審が挙げた刑訴法の制度・運用の変化は、事実の取調べを常に要求する判例理論と相反するものではなく、先例の解釈の正当性に影響を及ぼすものではないと指摘するものであると思われる。確かに、原審が指摘する事情がすべて判例変更を基礎づけることができるものであるかには疑問が残る¹⁴⁾。例えば、前記①の点に関しては、刑訴法316条の32による期日間整理手続における証拠制限は第一審手続きを想定した規定であると思われ、控訴審がこの要請に縛られるという論拠を見出すことはできない。控訴審において382条の2による証拠請求制限がある¹⁵⁾が、裁判所が必要と認めた場合には裁量により証拠調べを行うこと

14) 高平・前掲注3) 3-4頁、蛭田・前掲注3) 101-102頁、池田・前掲注3) 158-160頁等参照。

15) 河上・前掲注4) 281頁（小林実担当）参照。

が実務上認められている¹⁶⁾。また、前記②の点に関しては、確かに本件では被告人は公判で黙秘し、控訴審でも弁護人からの被告人質問の請求もなされていないことから、事実の取調べを行わなかったことが被告人の権利・利益の保護を害することはないが、最高裁の立場によれば、意見弁解の機会を提供することが重要であり、実際に被告人がその機会を活用しないという事実はこの立場の正当性を損なわせるものではないように思われる。

一方で、最高裁の理由付けも口頭主義・直接主義を強調するのみで、原審が指摘する事情がなぜ先例の解釈の正当性に影響を及ぼすものでないかは具体的に何も述べていない。とりわけ、原審が前記③で指摘しているように、近年最高最が控訴審の審査方法を変更したことは、事実の取調べの要否に関わる重要な変化であるように思われ、判例の立場を維持することができるかは別途検討する必要があるように思われる。

4. 事実の取調べを求める論拠について

最高裁は、無罪判決を破棄し有罪を自判する際に事実の取調べを求める論拠として直接主義・口頭主義の要請を挙げているが、このような直接主義・口頭主義の要請が、控訴審において公判と同様に働くとみることができるかについては疑問が残る¹⁷⁾。基本的に事後審としての性格を持つ控訴審が、自判をする場合には実態としても続審になり、そしてそれにより公判と同じ内容の直接主義・口頭主義による規律が控訴審での審理にも及ぶのであろうか。しかし、実際には、証拠調べと言っても、第一審で取り調べた証拠については控訴審で再び証拠調べを行い直すことまでは求められておらず¹⁸⁾、又、取り調べる証拠がない場合には形式的に被告人質問が行われるのみでもこの要請をみたすと考えられている¹⁹⁾。控訴審における直

16) 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法 第二版 第9巻』（青林書房、2011年）380、387-389頁（原田國男担当）参照。

17) 黒澤・前掲注3）118頁参照。

18) 最判昭和33年2月20日刑集12巻2号269頁、最判昭和34年2月13日刑集13巻2号101頁。

接主義・口頭主義の要請とは何を言うのかは必ずしも明らかであるとは言えない²⁰⁾。このような点に鑑み、判例の考え方を説明するには、書面審理だけで有罪の認定をすることに伴う危険を防止するという政策的考慮に根拠が求められることになる等とも主張されている²¹⁾。本判決は、従来の判例の正当性が直接主義・口頭主義の理念から導き出されると言うが、その理念から控訴審での審理に何がどこまで求められるのかを説明しなければ、形式論理を述べているだけで何の説明にもならないように思われる²²⁾。

それでは、原審や最高裁昭和31年7月18日判決の反対意見で指摘されていたように、具体的な事件で事実の取調べを行うことが被告人の保護につながらず、又、訴訟経済にも反するような場合があるにもかかわらず、最高裁がこれまで被告人に防御の機会を保障する必要性を強調し、一律に事実の取調べを行うように求めてきた実質的な理由はどこに求められるだろうか。

最高裁がこれまで事実の取調べを求めてきた理由には、控訴審での審査方法が深くかかっているように思われる。以前控訴裁判所で採用されていたとされる心証比較説の下では、第一審判決の心証と控訴裁判所の心証を比較し、両者が一致しない場合には控訴裁判所の心証を優先して事実誤認とされることになる。この控訴裁判所の心証形成にあたり、被告人に意見を述べる機会が一切与えられないのは、とりわけ、無罪判決を破棄し有罪を自判する等、被告人に不利益が生じる場合には、不正といえるように思われる。そこで、最高裁は、第一審の無罪判決を破棄し有罪を自判する場合には事実の取調べを行うことで被告人に意見陳述の機会を保障する

19) 最判昭和33年5月1日刑集12巻7号1243頁、最判昭和57年3月16日刑集36巻3号260頁。

20) 河上・前掲注16) 460, 477-482頁。

21) 同上, 478-479頁。

22) 滝谷・前掲注3) 123頁。

必要があると考え、事実の取調べを行うように求めたと解することができる。

このような考えを前提とすると、現在控訴裁判所で採用されている論理則・経験則違反説に基づく審査方法の下では、事実の取調べが必要ないと考える余地が出てくるように思われる。すなわち、論理則・経験則違反説の下では、控訴裁判所は原則として、第一審が取り調べた証拠に基づき、第一審の行った事実認定が論理則・経験則に照らして不合理と言えるか否かを判断すること²³⁾になり、この判断をするに当たり、心証比較説とは異なり、控訴裁判所が心証形成を新たに行うことはない、とも言えそうである。そうすると、この審査方法の下では、控訴裁判所において被告人に防御を行う機会を与えなくとも、不公正ではないと考えることができるのである。原審がいう判例の運用の変化はまさにこの点を指摘するものであるように思われる。

もっとも、論理則・経験則違反説に依拠した場合でも控訴審が審理の過程で心証を形成し得ることは想定される。例えば、有罪判決を破棄し無罪を自判する場合には第一審の事実認定の不合理性を指摘するのみで足り、確かに控訴審が新たに心証形成を行うことはないが、無罪判決を破棄し有罪を自判する場合は、第一審の事実認定の不合理性を指摘するとともに、第一審で検討された証拠から論理則・経験則に基づいて事実を推論し、新たに有罪の心証を形成することが必要となる。そうすると、結局のところ控訴審が心証形成を行うのであるから、この不利益な変更を行う心証形成に被告人が意見陳述を行って関与する必要性は、心証比較説が採用されていた場合と同様に存在していることになる。原審の指摘に対して、本判決が、事実の取調べを常に要求する判例が直接主義・口頭主義から導かれることを改めて指摘しているのは、このように審査方法が変化しようとも、無罪判決を破棄し有罪を自判する場合には実質的に心証形成がなされるこ

23) 最判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁。

とから、依然として被告人に防御を行う機会を保障する必要性があるということを理由とするものであると考えられるだろう。

5. 本判決の意義

本件は、控訴審において第一審の無罪判決を破棄し有罪を自判するに当たっては事実の取調べを行わなければならないとする従来の判例理論を維持した事例である。控訴審の事後審としての性格が強調され、控訴審の審査方法に変化がみられる中で、無罪判決を破棄し有罪を自判する場合には、控訴裁判所が有罪の心証形成を行うことから、被告人に弁明を述べる機会を与えることが重要であることを改めて確認した判断であると思われる。

控訴審で取り調べる証拠がないような場合にまで一律に事実の取調べを求める従来の判例理論には批判も根強いが、本判決がこれを維持したということは、訴訟の効率性に対して、被告人に弁明の機会を提供することが常に優先するとの考え方を、これからも取り続けるということであろう。

[附記]

本稿脱稿後、本判決に関する解説として、大島隆明「判批」ジュリスト臨時増刊1557号144頁（2021年）に接した。

（東京都立大学法学部助教）