

〔論 説〕

控訴審が一审無罪判決を破棄する場合の審理の在り方

高 平 奇 恵

- I はじめに
- II 判例法理の確立の経緯
 - 1 破棄自判についての判例
 - (1) 最大判昭和31年7月18日の判断がなされるに至った経緯
 - (2) 昭和31年7月判決以降の判例の動向
 - 2 昭和31年7月判決の要旨
- III 判例法理に対する批判
- IV 最判令和2年1月23日刑集74巻1号1頁
 - 1 事案の概要
 - 2 東京高判平成29年11月17日刑集74巻1号76頁
 - 3 最高裁判決の要旨
 - 4 検討
 - (1) 直接主義・口頭主義の理念の意義
 - (2) 直接主義・口頭主義の徹底が意味するもの
 - (3) 最高裁判所調査官による本判決の趣旨の説明等と残された課題
- V 最判令和3年5月12日刑集75巻6号583頁
 - 1 事案の概要
 - 2 判決の要旨
 - 3 事実調べの範囲等についての判例
 - 4 検討
 - (1) 本件の事件の核心が「論理則・経験則」であるといえるか
 - (2) 事実調べの要求と証人審問権
- VI 結びにかえて

I はじめに

裁判員裁判の導入とともに、第一審の手続には、規程上も、実務上の運用にも一定の変化が生じた。一方、控訴審については、裁判員裁判の導入に伴う法改正がなされることはなかった¹⁾。もっとも、裁判員の判断を尊重すべきではないかという視点から、事後審を徹底させるという方向での議論が展開されてきた²⁾。最判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁(チョコレート缶事件)は、刑訴法382条の事実誤認について、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いうとし、さらに、控訴審は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した。最高裁はいわゆる「事後審の徹底」という方向性に沿う判断をしたものと評価できる。ここでいう事後審の徹底という視点からは、事実の取調べの必要性の判断基準も厳格に運用するのが基本的な姿勢であるとされる³⁾。そのような中で、東京高裁が、400条但書の解釈として、一審無罪判決について控訴審で有罪の自判をする場合には、事実の取調べを要するとした判例は、現在の法制度と実務の状況のもとでは変更されるべきであるとして注目された⁴⁾。

本稿では、400条但書に関する判例理論の構築の経緯、裁判員裁判の導入にあたっての控訴審の在り方の議論を概観するとともに、近時の判例(最判令和2年1月23日刑集74巻1号1頁, 最判令和3年5月12日刑集75巻6号583頁)を手がかりに、第一審が犯罪事実の存在を確定しないまま無罪判決をし、控訴審がこれを破棄しようとする場合、どのような審理がなされるべきかについて考察することとする。

¹⁾ 井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」ジュリ1257号(2003年)148頁。

²⁾ 田中康郎ほか『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』司法研究報告書61集2号(2009年)93-94頁, 樋上慎二「破棄判決における差戻しと自判」判タ1378号(2012年)69頁等。

³⁾ 例えば, 村瀬均「裁判員裁判と控訴審の在り方」刑事法ジャーナル65号(2020年)39頁は, 具体的事件の救済の機能を損なわせるわけにはいかないとしつつ, 控訴審でルーズな事実の取調べをすれば, その範囲まで一審で取調べておくべきだったという誤ったメッセージになりかねないことから, 基本的に厳格な運用がなされるべきとする。

⁴⁾ 東京高判平成29年11月17日刑集74巻1号76頁。

II 判例法理の確立の経緯

1 破棄自判についての判例

(1) 最大判昭和31年7月18日⁵⁾の判断がなされるに至った経緯

控訴審は事後審であるとされ、原審の資料に基づいて原判決の当否を事後的に審査し、原判決に瑕疵がある時には、破棄差戻しをすることが原則であるが（刑訴法400条本文）、例外的に、直ちに判決をすることも認められる（400条但書）。

400条但書は、文言上、破棄自判をなしうるのはいかなる場合かについて、特に制約を付していない。控訴審が破棄自判をする場合には常に事実の取り調べをしなければならないというものではないということは、初期の判例で既に確立していた⁶⁾。

従前、最高裁は、一审の無罪判決を破棄し有罪の自判をするにあたって、一审の有罪判決を破棄する場合と同様に、事実の取調べをしなかった控訴審の判断を認容していた。しかし、実務では破棄自判の方が破棄差戻・移送よりも圧倒的に多い状況のもと、裁判官の中から、一审無罪を破棄する場合について、憲法の保障する被告人の防御権や直接主義、口頭主義との関係から手続のあり方を考えるべきであるとの主張がなされるようになった。

最判昭和29年6月8日刑集8巻6号821頁の多数意見は、一审が無罪判決の場合であっても、新たな証拠を取り調べた上でなければいわゆる破棄自判ができないものではないとする従前の立場を維持したが、小林俊三裁判官は、同判決の少数意見において、その後の判例変更につながる見解を示した。

具体的には、「公開主義、直接口頭審理主義又は証拠裁判主義等は、人権思想の向上に伴って確立するに至ったのであるから、これらの原則は主として被告人に即して考察しなければならない（中略）、特に直接口頭審理主義と証拠裁判主義は、被告人がその防禦権を行使する最少限度の手掛りとして純粹に貫かれなければならないのである。」

⁵⁾ 刑集10巻7号1147頁。

⁶⁾ 詳細は、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 [第2版] (第9巻)』[原田國男]（青林書院、2011年）466-467頁。

「控訴審の事後審としての調査の範囲は、第一審判決の当否を判断するに必要な限度に止まることを原則とし（中略）、ひとたび調査の結果新たに有罪の疑を生じその方向に進むときは、いわゆる審査の軌道を進みながら単なる審査を越える段階に入るのであつて、この段階における被告人の地位はほとんど第一審とかわらないと見なければならぬ。それゆえこの段階に入ったかぎり、控訴審が自ら公訴事実を認定し判決にまで進むのは、控訴審本来の性格に適合しないのであつて、第一審に差戻すのが正しいのであり、またもし破棄自判に熟する場合があれば、控訴審は自ら直接事実の取調を行うことによつて被告人を本来の防禦権を行使し得る地位に置かなければ、結局被告人は控訴審であるというだけでいわれなく刑訴の本旨とする保護を与えられないこととなる」。

「本来控訴審の裁判官が証人の供述調書のみによつて有罪の心証を生じても、それは単に書面の上から生じた未確定の疑いと見るのを相当とし、これを判決の基礎となる証拠とするには、さらに事実の取調を行い少くとも被告人の意見弁解を聴き防禦の機会を与え、然る後にその心証を確実に形成することが、前に述べた刑事審判の諸原則に副う」などとした。

翌年、最高裁は、三鷹事件（最大判昭和30年6月22日刑集9巻8号1189頁）において、何ら新たな事実調べをしないまま、刑訴法400条但書により、一審の無期懲役を破棄し死刑判決を言い渡すことを、「客観的に見て、自判の結果が差戻または移送後の第一審判決よりも被告人にとって不利益でないということが確信される場合」には違法ということはできないとした。これには、4名の裁判官の少数意見が付されていた。本事案は、無期懲役から死刑という刑罰の質的転換を伴う事案であり⁷⁾、事実の取調べを不要とする場合に一定の制約をするようにもみえるが、実質的にどれほどの意味があるか疑問であるなど⁸⁾、学説からの批判を受けることとなった。

そのような中、最大判昭和31年7月18日刑集10巻7号1147頁⁹⁾（以下「昭和31年7月判決」という。）で、控訴審が無罪判決を破棄・自判する場合についての

⁷⁾ 同判決の小林俊三裁判官の少数意見、鈴木茂嗣「判批」刑事訴訟法判例百選〔新版〕（1971年）230頁参照。

⁸⁾ 小野清一郎「判批」法時27巻9号（1955年）55頁、高田卓爾「判批」ジュリ200号（1960年）153頁参照。

⁹⁾ 本判決の刑訴法400条但書に関する評釈として、岡本勝「判批」法学（東北大学）40巻3号（1976年）309頁、熊谷弘「判批」刑事訴訟法判例百選〔新版〕（1971年）226頁、木本強

重要な判断がなされることとなった¹⁰⁾。本事案は、船舶の密輸入が問題となり、旧関税法の「貨物」には「船舶」は含まれないとして被告人を無罪とした一審判決を、控訴審は、同法の「貨物」には「船舶」も含まれるとした上で、何らの事実の取調べをしないまま免許を受けないで船舶を輸出した事実を確定して有罪の自判をしたというものである。最高裁は、従来判例を変更し、第一審が被告人の犯罪事実を確定せず無罪を言い渡した場合に、控訴審裁判所が第一審判決を破棄し、事実の取り調べをすることなく有罪の自判をすることは許されないとの判断を示した。昭和31年7月判決には、4名の裁判官の反対意見が付されていたが、その後も最高裁で、同様の判断がなされてきた¹¹⁾。

被告人の有罪を断定するという刑事裁判の真髓ともいえるべき作用が、書面審理だけで、しかも被告人の直接の弁解も聴かないでなされて良いものであろうかという深刻な反省が判例を生む原動力であったとされる¹²⁾。

(2) 昭和31年7月判決以降の判例の動向

前述のように、最高裁は、刑を重く変更する場合については、従前と同様に事実の取り調べをしないまま400条但書による破棄自判をすることを認める立場を維持した（昭和31年7月判決と同一日付の最大判昭和31年7月18日刑集10巻7号1173頁（5名の裁判官の少数意見あり））。この点について批判があることはすでに述べた通りである。また、被告人に不利益な破棄自判の場合には、事実認定であると量刑であるとを問わず、原則として事実の取調べが必要であるとの見解も示されている¹³⁾。

「判批」別冊判例タイムズ7号（1980年）366頁、岩田誠「判解」最判解刑事篇昭和31年度（1957年）249頁等。

¹⁰⁾ 加藤克佳「刑事控訴審による有罪自判と事実の取調べ」山口厚ほか編『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集・上巻』（成文堂、2021年）357頁は、現行刑訴法施行10年未滿の時期に、累次の判例により方向性を明確にした点は、大いに注目、評価すべきとする。

¹¹⁾ 最大判昭和31年9月26日刑集10巻9号1391頁、最判昭和31年12月14日刑集10巻12号1655頁等。

¹²⁾ 熊谷・前掲注8）227頁。

¹³⁾ 小早川義則「判批」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕（1992年）209頁。鈴木茂嗣「判批」刑事訴訟法判例百選〔第3版〕（1976年）241頁。刑の量定では事実と法律評価が密接に結びついていること、被告人の自由の剥奪という観点からしても無罪を有罪とする場合と刑を重くする場合には本質的差異はないことなどが指摘される。なお、実務では重い刑を科す場合には、多かれ少なかれ事実の取調べをしているのではないかとされる。

その後最高裁は、第一審が犯罪事実に該当する事実を認定し、法律判断により無罪としたが、控訴審が法律判断を変更して有罪とする場合には、事実の取調べを不要とした（最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁、いわゆる「チャタレー事件」）。この場合、第一審は法律判断の対象となる事実を確定していることから、法令の解釈適用の誤りの一場面であり、事実の確定の問題が存在しないからであるとされる¹⁴⁾。この法律判断の対象となる事実とは、ある特定の構成要件にあたるべき社会的事実であって、これに法律を適用すると、そのまま犯罪事実となる事実であると説明される¹⁵⁾。

もともと、法律判断か事実判断か微妙な場合は多い¹⁶⁾。最判昭和31年12月14日刑集10巻12号1655頁は、公訴事実の存在は認定しつつ、心神喪失を理由として無罪を言い渡した原判決を、控訴審が事実の取調べをすることなく被告人は心神耗弱であったとして有罪の破棄・自判をしたことが400条但書に反するとした。また、最判昭和34年6月16日刑集13巻6号969頁は、控訴審が第一審の認定した事実関係（一審は教唆を否定）を基礎に、何ら事実調べをしないまま破棄し、教唆を認定して自判したことを違法とした。

比較的最近の事例として、被告人は心神耗弱の状態にあったとした第1審判決を事実誤認を理由に破棄し何ら事実の取調べをすることなく完全責任能力を認めて自判をした原判決が、刑訴法400条但書に違反するとされた事例がある¹⁷⁾。心神喪失・心神耗弱の判断は法律判断であるが、その評価の前提として、被告人の当時の精神状態が事実として認定されなければならない。法律問題と事実問題を概念上区別することは可能であるが、一定の法概念に事実をあてはめる判断は、通常一体となって判断されるので、事実判断として取り扱うことが相当であると説明される¹⁸⁾。

¹⁴⁾ 坂本武志「判解」最判解刑事篇昭和44年度（1970年）522頁、真野英一「判批」刑事訴訟法判例百選〔第3版〕（1974年）239頁参照。

¹⁵⁾ 坂本・前掲注13）522頁。

¹⁶⁾ 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』（判例タイムズ社、2010年）407頁は、可罰的違法性は法律問題となしうるが、共謀・教唆の有無、心神喪失か心神耗弱かは法律判断か事実判断かが微妙な場合であるとする。

¹⁷⁾ 最判令和3年9月7日刑集75巻8号1074頁、同判決の評釈として、田中優企「判批」法教498号（2022年）119頁。

¹⁸⁾ 岩田誠「判解」最判解刑事篇昭和31年度（1957年）411頁。

このように、判例は、法律判断の対象となる事実が確定されているかどうかを一応の区別の基準としていると評価される¹⁹⁾。

2 昭和31年7月判決の要旨

昭和31年7月判決は、まず、400条但書による自判を、明確に例外として位置付けた。

「刑訴法における控訴裁判所は当事者の申立により又は職権によつて、第一審判決に、(中略)破棄事由があるかどうかを調査する事後審査の裁判所であつて、右の調査をするについて必要があるときは、控訴裁判所は自ら事実の取調をすることができる」

「そして右事実の取調を含めた右調査の結果、第一審判決に破棄事由があると思料した場合には、控訴裁判所は、原判決を破棄し、被告事件を管轄裁判所に移送するか若しくは、原裁判所に差し戻し、又は原裁判所と同等の他の裁判所に移送し、第一審裁判所をして被告事件について再審理させるのを原則とするのである。刑訴四〇〇条但書は、この原則に対し、右調査の結果、第一審判決に破棄事由があると思料した場合でも、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り、又は、これと、前記破棄事由が存するか否かを調査するため控訴裁判所が事実の取調をしたときは、その取り調べた証拠と相俟つて、被告事件について判決をするに熟している場合は例外として控訴裁判所自ら被告事件について判決をすることを許した規定と解すべきである。」

そして、被告人等の権利について、被告人等は「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」とし、「被告人等は、公開の法廷において、その面前で、適法な証拠調べの手續が行われ、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い渡されることのない権利を保有する」とした。

その上で、「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

¹⁹⁾ このような区別が正当かについては今後の検討課題としたい。特に、無期懲役を死刑にする場合など、刑罰の質的变化が伴う場合に問題は大きい。

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四〇〇条但書の規定によることは許されない」とした。

このように、昭和31年7月判決は、まず、400条本文と但書との関係について、控訴審は事後審であり、一審判決に破棄事由があるかどうかの調査のために事実調べをなすものであって、破棄事由があると認めた場合には原則として差戻しか移送をするのであり、自判は、破棄事由を調査する過程で（たまたま）判決をするに熟していた場合になしうるもので、例外であると位置付けた。

その上で、憲法31条、37条をあげ、その保障の内容として「公判廷における直接審理主義、口頭弁論主義の原則」があり、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續が行われ、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い渡されることのない権利」を有するとする。

その上で、一審の無罪判決を破棄し、訴訟記録並びに第一審裁判所において取調べた証拠のみによつて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、直接主義・口頭主義の原則を害することになるから」400条但書の規定で自判することは許されないとした。

判例は、一審無罪判決を控訴審が何らの事実調べもなく破棄・自判することは「公開の法廷での適正な証拠調べの手續が行われ、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は、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」を害するものであり、憲法31条、37条が保障する「直接主義・口頭主義の原則」に反すると結論づけた。

III 判例法理に対する批判

もともと、昭和31年7月判決には、裁判官4名の反対意見が付されていた。反対意見は、その理由として、刑訴法は、事実調べの必要性の有無の判断を控訴裁判所の裁量に委ねている、第一審で適法な証拠調べが行われ、被告人は意見・弁解を述べており、当該事件の控訴審では、公判期日での弁護人の弁論も実施さ

れており、被告人の防御権の保障に欠けるところはないなどとした。その上で、反対意見は、多数意見は、一審の有罪判決を破棄・自判する場合と区別して、一審が無罪判決だった場合には一審と同様の直接審理、口頭弁論を繰り返さなければならないとする理由を十分説明していないと批判した。

他に、控訴審が事実の取調べをすることが許されるのは、第一審判決に破棄理由に当たる過誤があるか否かを調査するためのみに限られるのであり、自ら被告事件につき判決するため犯罪事実を認定する手段としては許されないはずである、第一審集中審理主義が強調され、立証上必要な証拠は第一審の段階ですべて取り調べられていることが多く、結果として控訴審に対して形式的な事実の取調べを強いることになるなどの批判がなされた²⁰⁾。

さらに、裁判員裁判の導入により、事後審の徹底の姿勢が実務からも強調されるようになり²¹⁾、最判平成 24 年 2 月 13 日刑集 66 卷 4 号 482 頁は、前述のように、刑訴法 382 条の事実誤認について、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いうとし、さらに、控訴審は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した。

このような流れの中、平成 24 年判決（最判平成 24 年 2 月 13 日刑集 66 卷 4 号 482 頁）のもとでの一審無罪判決の有罪方向への破棄は合理的な疑いを容れる余地があると原判決が判断した事実の全てについて当該判断が経験則・論理則違反であることを意味するのであり、直接主義・口頭主義の理念のみを根拠として書面審理による破棄自判を不可とする合理的根拠はない²²⁾、昭和 31 年判決の考え方で現在でも妥当すると思われるのは書面審査で有罪認定をすることの危険性を可及的に防止しようとする政策的配慮の側面であるが、その配慮も平成 24 年判決の枠内で十分に果たされる²³⁾という主張もなされることとなった。

²⁰⁾ 土本武司「事実の取調と破棄自判（三・完）」警察研究 58 卷 2 号（1987 年）8-11 頁。

²¹⁾ 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』（法曹会，2009 年）92 頁，東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審理の在り方」判タ 1296 号（2009 年）6-7 頁参照。

²²⁾ 高崎秀雄「刑事控訴審等における事実審査の在り方」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』（成文堂，2014 年）846 頁。

²³⁾ 同上，846 頁。

また、裁判員裁判による一審判決を破棄する場合に、差し戻しを原則とするべきか、自判を許容するかの議論において、差し戻した場合の更新手続で生じる裁判員の負担、破棄判決の拘束力についての意味・範囲・限界の的確な理解を得ることの困難性等を考慮して自判を相当程度あるいは広く許容するとの考え方が示されてもいた²⁴⁾。

IV 最判令和2年1月23日刑集74巻1号1頁²⁵⁾

上述のような状況のもと、控訴審の東京高裁が、400条但書の解釈として、一審無罪判決を控訴審が破棄・自判する場合には事実の取調べを必要とするとの判例は変更されるべきとの見解を示して注目されたのが本件である。

1 事案の概要

被告人は、窃盗、詐欺、詐欺未遂等の罪で起訴された。第一審は、犯行日を平成27年5月とする、被告人が他人のクレジットカードを窃取しこれを用いて財物を交付させ、また、交付させようとしたとする窃盗1件、詐欺1件、詐欺未遂3件については有罪とし、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月とする詐欺3件については無罪を言い渡した。無罪とされた公訴事実は、概要、いずれも家電量販店において、被告人が(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、Aになりすまして入会申込端末を使用し、クレジット機能付きポイントカードの交付を受け、(2)上記家電量販店店員に対し、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、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

²⁴⁾ 小島正夫=細谷泰暢「裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方7・完」判タ1278号(2008年)18-19頁。

²⁵⁾ 本判決の評釈として、三好幹夫「判批」判例秘書ジャーナル文献番号HJ200023、滝谷英幸「判批」法セ784号123頁(2020年)、黒澤睦「判批」法教481号118頁(2020年)、蛭田円香「判批」ジュリ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)、大島隆明「判批」ジュリ1557号144頁(2021年)、朝山芳史「判批」論究ジュリスト37号214頁(2021年)、山田峻悠「判批」法学新報(中央大学)128巻3=4号373頁(2021年)、高平奇恵「判批」新・判例解説Watch27号199頁(2020年)など。

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が事実誤認を主張して控訴した。

控訴審は、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、事実誤認を理由に第1審判決を破棄した。さらに、第1審判決が無罪を言い渡した場合に、控訴審において自ら何ら事実の取調べをすることなく、訴訟記録及び第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条但書の許さないところとするのが最高裁判例（最大判昭和31年7月18日刑集10巻7号1147頁）であると言及しつつ、同条但書に関する本件判例の解釈は、今日においては、その正当性に疑問があるとし、本件控訴審においては一切事実の取調べをしていないが、直ちに判決をすることができるとして自判し、被告人を本件公訴事実についても有罪として、懲役2年6月に処した。

検察官、被告人の双方が判例違反を主張し上告した。

最高裁は、控訴審判決は上記最高裁判例と相反する判断をしたものであるとして、控訴審判決を破棄し、高等裁判所に差し戻した。

2 東京高判平成29年11月17日刑集74巻1号76頁²⁶⁾

東京高裁は、まず、本件で、具体的にどのような事実の取調べを実施することになるかを検討した。「検察官は、当審において、前記1の各詐欺の事実を立証するため、原判決後に作成されたP11及び居酒屋P20の店長の各検察官調書や原審段階で作成されていたP21鑑定とは別の専門家による画像鑑定書等書証15点、証拠物1点、証人3名（検察官調書の供述者2名、画像鑑定書の作成者）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（防犯カメラ映像を記録したDVD-Rの任意提出書、領置調書、防犯カメラ映像を記録したCD-R添付の捜査報告書）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つたやむを得ない事由が認められず、その他の書

²⁶⁾ 本判決の評釈として、岡田悦典「判批」新・判例解説 Watch23号197頁（2018年）、吉井匡「判批」季刊刑事弁護96号152頁（2018年）。事例報告として中井淳一「控訴審で事実の取調べをせずに一審の無罪判決を破棄して有罪の自判をした事例」季刊刑事弁護96号147頁（2018年）。

証はいずれも不同意で、証拠物（防犯カメラ映像を記録したDVD-R）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、原審で取り調べられたP21鑑定に関するものを含め反証は行わないと述べた。」

その上で、「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。」

また、これらの証拠は「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」、これらの証拠を直接に取り調べることにより、被告人の権利・利益の保護には繋がらないとした。さらに、「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。」

「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。」

3 最高裁判決の要旨

「昭和 31 年 7 月 18 日大法廷判決は、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、上記昭和 31 年 9 月 26 日大法廷判決も同旨の判断をした。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。」

4 検討

(1) 直接主義・口頭主義の理念の意義

本判決は、原判決の指摘した刑訴法の制度及び運用の変化は、殊に第一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とした。

確かに、控訴審が指摘した、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るなど、制度や実務の状況に変化はあった。しかし、控訴の制度自体や、何より被告人に保障された刑事手続上の権利が、上記の新しい制度の導入や運用の変化によって、変更されたことはない以上、上記の制度の導入や運用の変化により判例の正当性が失われたということとはできない。

もっとも、原判決は、判例が事実調べの義務付けの根拠としてきた直接主義・口頭主義との関係について、（第一審で直接主義・口頭主義の要請をみたす手続がなされており）破棄・自判したとしても被告人の権利、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ことを指摘しており、これに対する応答は直接的には

なされていないように見える²⁷⁾。そもそも、第一審での証拠の証拠能力は控訴審でも認められ(刑訴394条)、第一審において取り調べた証拠は、控訴審で再び証拠調べをすることなく判決の基礎とすることができる(最判昭和34年2月13日刑集13巻2号101頁)。そうすると、結局、判例が具体的に保障する内容は、書面審査だけで有罪を認定すべきではなく、少なくとも被告人に対して告知・聴聞の機会を与えるべきであるという程度の内容ともなりえる²⁸⁾。

このように、本判決の根拠を直接主義・口頭主義に求めることは困難との立場から、無罪判決を破棄する場合に限り、事件の核心についての事実の取調べを必要的とするのは²⁹⁾、控訴審裁判所が、書面審理のみによって有罪の認定をすることを避け、より慎重を期するようにするために、政策的に事実の核心について新たな事実の取調べを要求する趣旨であると理解する見解(仮に「政策説」という。)もある³⁰⁾。言い換えれば、書面審理による誤判の危険性が仮に被告人に有利に作用して真実有罪の被告人を無罪としてしまうことは止むを得ないが、不利に作用して無実の人間を誤って処罰するようなことだけは避けるべきであるという政策判断である³¹⁾。

一方、より実質的に、「直接審理主義」を、判決の基礎となる資料は法廷で裁判所が直に接したものでなくてはならないという形式的な要求ではなく、人の供述を証拠とするには、判決する裁判官の面前で供述させなければならないという証拠法的な原則を意味し、事実調べの程度として、重要な証人は再度尋問することを要するし、また、最高裁が根拠とした憲法37条には、2項の証人審問権の保障も含まれており、第一審で証人尋問の結果、被告人に有利な証言評価がなされたにもかかわらず、控訴審で証言記録のみをみて逆の方向の評価に変えることは、事実認定をする裁判所の面前での証人審問の機会を保障しない結果

²⁷⁾ なお、原判決は、直接主義、口頭弁論主義との関係で、事後審制の趣旨がより徹底されるようになり判例が前提としていた、原審記録を見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は失われているとも指摘するが、事後審制を当然の前提として判例が蓄積されてきたのであるし、また、論理則・経験則違反といっても、その内容が一義的に明確なわけでもない。

²⁸⁾ 原田・前掲注5) 477-478頁。なお、この点に関する最近の研究として加藤克佳「刑事控訴審による有罪自判と事実の取調べ」山口厚ほか編『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集・上巻』(成文堂, 2021年) 353頁。

²⁹⁾ 最判昭和34年5月22日刑集13巻5号773頁。

³⁰⁾ 平良木登規男『刑事控訴審』(成文堂, 1990年) 143頁。

³¹⁾ 原田・前掲注5) 479頁。

となり、憲法37条2項に反するとする考え方（仮に「証人審問権説」という。）もある³²⁾。

いずれの立場をとるかにより、求められる事実調べの内容は異なりうる。政策説からは、極端に言えば、被告人に少なくとも告知・聴聞の機会が与えられればよい（例えば答弁書が提出されるのみで足りる場合もありうる）ことともなり得るところであるが³³⁾、無実の者に対する誤判を避けるために慎重に判断すべきという点が強調されれば、事実調べの範囲もより広く捉えられることとなる。そして、証人審問説からは、犯罪の成立を基礎づける事実のうち第一審でその存在を認定されず控訴裁判所が初めて認定する部分について、取調べが必要であり、被告人に有利な供述をして信用された証人がある場合は、これを再尋問しない限り、有罪への変更はできないとされる³⁴⁾。

これらの立場は、相互に矛盾する訳ではない。昭和31年7月判決は、一審（証明なし）無罪判決を控訴審が何らの事実調べもなく破棄・自判することは「直接主義・口頭主義の原則」及び「公開の法廷での適正な証拠調べの手続きが行われ、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は、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」のいずれにも反するとしており、両方の趣旨を含むものとして理解が可能である³⁵⁾。

(2) 直接主義・口頭主義の徹底が意味するもの

前述のように、控訴審において直接主義・口頭主義の実践を求める判例理論に対しては、控訴審が原審の記録・証拠の検討のみによって破棄相当・自判可能の心証を得ている場合、さらに事実の取調べを義務付けることは無用の手続き負担を生じさせる、「自判のための事実の取調べ」を強いることになるため控訴審の事後審的性格に反するという批判があったところである³⁶⁾。

³²⁾ 後藤昭「控訴審における破棄と事実の取調べ」守屋克彦ほか編『石松竹雄判事退官記念論文集 刑事裁判の復興』（勁草書房、1991年）396-397頁。なお、後藤昭は、事実の取調べは、有罪の自判の要件である以前に、被告人に有利な原判決の認定を事実誤認として破棄することの要件であるとする、同405頁。

³³⁾ 原田・前掲注5) 479頁。

³⁴⁾ 後藤・前掲注31) 391, 398-399頁。

³⁵⁾ 後藤昭は、判例理論の根拠を形式説（本稿でいう政策説）実質説（本稿でいう証人審問権説）両方の趣旨を含むとする。後藤・前掲注31) 398頁。

³⁶⁾ 滝谷英幸「判批」法セ784号（2020年）123頁。

原判決は①具体的な事実調べの可能性を検討すると、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つたやむを得ない事由も認められない証拠を採用する「不合理」な結果となる上、②こ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、これらの証拠を直接に取調べることにより、被告人の権利・利益の保護には繋がらない。③本件では被告人が、原審における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おり、控訴審においても弁護士から被告人質問の請求はなされていないことから、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とした³⁷⁾。上述の批判と共通の考え方が背後にあったと思われる。

しかし、②、③に関連して「被告人の権利・利益の保護につながらない」とするのは、仮に事実調べが実施されたとしても結論が変わることはないことが前提となっているようであるが、このように言い切ることはできまい³⁸⁾。また、調査官は、本件のように犯人性が鋭く争われる事案では、控訴審において事実の取調べをする必要性が皆無ということは考え難いとする³⁹⁾。

判例が一審無罪判決を破棄する場合に、必要的に事実調べを行うことを求めるのは、結論に重要な影響が生じることを想定しているからであろう。特に人証は、直接に尋問するか、調書に記載された供述だけで判断するかは証拠そのものが異なるのであるから、心証が変わる可能性は、物証や書証と比較して大きい⁴⁰⁾。証人尋問や被告人質問が実際行われる前に、取調べに意味がないと即断することはできない。

昭和31年7月判決が、明確に、原則としてなされるべき処理が、差し戻しまたは移送である(刑訴400条本文)としている点にも注目すべきである。差し戻された場合には、公判の更新がなされる。刑訴法は、原則的な手続を、被告人の権利保障を重視しつつ規定したのであるから、差し戻された場合に予定されている、更新がなされる場合と同程度の手続保障を要求している、ゆえに事実調べが要

³⁷⁾ この点について、岡田・前掲注25) 199頁は、被告人の応訴態度を判例法理の枠組みの変更に根拠とすることは刑事訴訟の理念にそぐわないと批判しており、この批判は正当である。

³⁸⁾ 岡田・前掲注25) 200頁。

³⁹⁾ 蛭田円香「判批」ジュリ1551号(2020年)102頁。

⁴⁰⁾ 後藤・前掲注31) 307頁。

求されるのだとも解しうる⁴¹⁾。憲法 31 条及び 37 条を根拠条文としてあげ、「直接口頭審理主義と証拠裁判主義は、被告人がその防禦権を行使する最少限度の手掛りとして純粹に貫かれなければならない」とするのは、被告人にもっとも不利益な判断である有罪の認定の局面では、その直接主義を可能な限り後退させないとの判断が含まれている。

また、判例法理を批判する見解は、事後審としての性質を理由として、事実調べに消極的な姿勢を示すが、そもそも、事後審の徹底と自ら事実の取調べをしないで有罪の自判をなしうるかに、直接の論理的関係はない⁴²⁾。自判の場合はずでに事後審査の枠を出ているのであり⁴³⁾、「ひとたび調査の結果新たに有罪の疑を生じその方向に進むときは、いわゆる審査の軌道を進みながら単なる審査を越える段階に入るのであつて、この段階における被告人の地位はほとんど第一審とかわらない」のである⁴⁴⁾。

そもそも、控訴審が事後審となったのは控訴審の負担の軽減が大きな理由となったとされ⁴⁵⁾、問題の本質は、訴訟経済と、書面だけで審理することによる誤判の危険性を回避することのいずれを重視するのかという点にあるともいえよう。

自判は審級の利益と訴訟経済の兼ね合いによる判断であり、審級の利益という点からすれば、被告人に不利益な方向への自判は、極めて例外的な場合に限られるとする立場もあるところである⁴⁶⁾。いずれにしても、判例法理は、一審の無罪判決を破棄し、有罪の自判をする例外的場合には、訴訟経済よりも、慎重な事実認定を優先すべきとしているのであり、このことは重く受け止められるべきである。

(3) 最高裁判所調査官による本判決の趣旨の説明等と残された課題

最高裁判所調査官は、本判決の趣旨については、控訴審が事実誤認により破棄する場合には、争点と証拠の整理が不十分であったことが指摘されることが少

41) いずれにしても、自判の場合に被告人の審級の利益は失われる。

42) 蛭田・前掲注 38) 101 頁。

43) 後藤・前掲注 31) 390 頁。自判の場合には事件について自ら心証を取ることになることは否定できない。平良木登規男『刑事控訴審』（成文堂、1990 年）145 頁も参照。

44) 最判昭和 29 年 6 月 8 日刑集 8 卷 6 号 821 頁、小林裁判官の少数意見。

45) 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』（成文堂、1987 年）292 頁参照。

46) 井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣、1993 年）281 頁。

なくないと指摘した上で⁴⁷⁾、本判決の趣旨を、控訴裁判所が新たな事実の取調べをすることなく、新たに犯罪事実を認定し、有罪の自判をすることは、被告人に対する不意打ちとなり、控訴審の審理の在り方として相当とはいえない、職権による被告人質問の実施が、被告人の権利、利益の保護に資するとは考えられないと原判決のように言い切ることはできないと考えたものであろうと説明する⁴⁸⁾。

後述するように、判例は、事実の取調べは「事件の核心」⁴⁹⁾あるいは「主要な争点」⁵⁰⁾についてなされるべきとする。

一審段階での争点と証拠の整理が不十分であったまま審理がなされた場合、被告人の防御活動も核心からずれたものになる可能性がある。そうすると、その不十分な防御活動の結果、認定された事実のみから有罪の判断をすることは、被告人にとってまさに「不意打ち」となろう。また、争点の整理が的確になされていたならば、請求され、採用されたであろう証拠の有無や必要性も記録のみから判断することは困難である。

平成 24 年判決（最判平成 24 年 2 月 13 日刑集 66 卷 4 号 482 頁）のもとで、控訴審が、一審判決を尊重する方向に進んでいたとしても、論理則・経験則のその内容自体は一義的に明確とはいえないのであり⁵¹⁾、書面審査による破棄でも問題が生じないとはいえない。また、争点整理が的確でなかった場合には、上述のように、防御活動もまた事件の核心から離れたものになったり、不十分な活動であったりする場合もありえ、その意味でも一審の無罪判決を控訴審が破棄しようとする場合に、事実調べを不要とする考え方は是認されない。

⁴⁷⁾ 同様の指摘として、大熊一之「裁判員裁判と控訴審—裁判の立場から—」刑事法ジャーナル 65 号 (2020 年) 47 頁。

⁴⁸⁾ 蛭田・前掲注 38) 102 頁。

⁴⁹⁾ 最判昭和 34 年 5 月 22 日刑集 13 卷 5 号 773 頁。

⁵⁰⁾ 最判昭和 36 年 1 月 13 日刑集 15 卷 1 号 113 頁。

⁵¹⁾ 加藤・前掲注 9) 377 頁は、平成 24 年判決は、依然として自由心証の枠内での評価であり、法令違反としての論理則・経験則違反とは性質が異なるとする。

V 最判令和3年5月12日刑集75巻6号583頁⁵²⁾

令和2年判決に関して、最高裁判所調査官は、控訴審が被告人質問を実施したものの、被告人が黙秘したような状況等において、判例の要請を満たすと言えるのがどのような場合かは、具体的な事案や訴訟経過に応じて検討されることとなろうとした⁵³⁾。

その後、実際に、事実の取調べ（被告人質問）が実施されたものの、被告人が黙秘し、第一審で取調べられた証拠以上のものが出なかったが、控訴審が一审の無罪判決を破棄し、有罪の自判をしたのが本件である。

1 事案の概要

被告人は、飲食店で、被害者が飲酒酩酊のため抗拒不能であるのに乗じ、同人と性交をしたとし準強姦の罪に問われた。第1審判決は、被害者を含む上記飲食店にいた8名の証人尋問及び被告人質問を実施した上で、被害者が抗拒不能であったことは認めたものの、本件認識がなかった旨を述べる被告人の公判供述の信用性は否定できないから、被告人に本件認識があったことには合理的な疑いが残るとして、被告人に無罪の言渡しをした。これに対し、検察官が控訴した。控訴審判決は、訴訟記録及び第1審において取り調べた証拠に基づき、被告人は被害者が飲酒酩酊のため眠り込んでいる状態を直接見て、これに乗じて被害者と性交したから、本件認識があったことは明らかであり、第1審判決が、本件認識がなかった旨を述べる被告人の公判供述の信用性は否定できないとしたのは論理則、経験則に反し、同供述は、本件認識があったことに合理的な疑いを生じさせるものとはいえないとして、事実誤認により第1審判決を破棄し、被告人を有罪として懲役4年に処したため、被告人が上告した。

最高裁は、原審は、争点の核心部分について事実の取調べをしたということができ、その結果が第1審で取り調べた証拠以上に出なくとも、被告事件について判決をするのに熟していたといえるから、第1審が無罪とした公訴事実を認

⁵²⁾ 本判決の評釈として、丸橋昌太郎「判批」法教492号133頁（2021年）、辻本典央「判批」新・判例解説 Watch30号229頁（2022年）。

⁵³⁾ 蛭田・前掲注38) 102頁。

定して直ちに自ら有罪の判決をしても、刑事訴訟法 400 条但書に違反しないとして、本件上告を棄却した。

2 判決の要旨

「原審は、公判期日前の打合せで、検察官及び弁護人に対し、被告人において、被害者が抗拒不能状態にないと誤信するような事情や、被害者が性交に同意したと誤信するような事情がなかったかについて質問する必要があるので、職権による被告人質問を実施する見込みであると述べて質問順序や質問時間を告げ、検察官及び弁護人はこれを異議なく了承した。第 1 回公判期日には、被告人が出頭し、職権による被告人質問が実施されたが、弁護人は質問を行わず、検察官及び裁判官の質問に対して、被告人は黙秘した。そして、原審は、他に事実の取調べを行わず、結審した。

原判決は、訴訟記録及び第 1 審において取り調べた証拠に基づき、被告人は被害者が飲酒酩酊のため眠り込んでいる状態を直接見て、これに乗じて被害者と性交したから、本件認識があったことは明らかであり、第 1 審判決が、本件認識がなかった旨を述べる被告人の公判供述の信用性は否定できないとしたのは論理則、経験則に反し、同供述は、本件認識があったことに合理的な疑いを生じさせるものとはいえないとして、事実誤認により第 1 審判決を破棄し、被告人を有罪として懲役 4 年に処した。」

「このような事情の下では、原審は、争点の核心部分について事実の取調べをしたということができ、その結果が第 1 審で取り調べた証拠以上に出なくとも、被告事件について判決をするのに熟していたといえるから、第 1 審が無罪とした公訴事実を認定して直ちに自ら有罪の判決をしても、刑訴法 400 条ただし書に違反しないというべきである（最大判昭和 31 年 7 月 18 日刑集 10 卷 7 号 1147 頁，最大判昭和 31 年 9 月 26 日刑集 10 卷 9 号 1391 頁，最判昭和 32 年 3 月 15 日刑集 11 卷 3 号 1085 頁，最判昭和 33 年 2 月 20 日刑集 12 卷 2 号 269 頁，最判昭和 36 年 1 月 13 日刑集 15 卷 1 号 113 頁参照）。」

3 事実調べの範囲等についての判例

判例は、上述のように、一審の無罪判決を破棄し、有罪の自判をする場合には、事実の取調べが必要であるとする。その場合の事実の取調べがなされる範囲に

ついて「事件の核心」⁵⁴⁾あるいは「主要な争点」⁵⁵⁾と表現する。もつとも、具体的にいかなる事実調べがなされるべきかについては、最判昭和36年11月3日刑集15巻1号113頁は、犯意の証明がないとされた争点の事案において、証人5名の取調べがなされたが、その結果が第一審で取調べた証拠以上に出ないとしても400条但書に反しないとする。また、最判昭和33年5月1日刑集12巻7号1243頁は、無銭飲食の詐欺の事案で、検察官による供述録取書の信用性について被告人質問をしたことをもって400条但書に反しないとした。

事案によっては、非常に限定された範囲の被告人質問を実施したのみで足りるとされており、事実の取調べの程度についての不十分な判例は、その事実の取調べを、自判を目的に、書面審査によって得られた第一審とは異なる心証に誤りがないかを単に確認するために行うことを容認する⁵⁶⁾と批判されている。

事実の取調べの範囲・程度については、控訴審が原審を破棄して自判するためには、単に弁解の機会を与えるだけではなく、当該証拠についての「厳格な証明」を必要とする見解がある⁵⁷⁾。前述の通り、証人審問権説からは、犯罪の成立を基礎づける事実のうち第一審でその存在を認定されず控訴裁判所が初めて認定する部分について、取調べが必要であり、また、被告人に有利な供述をして信用された証人がある場合は、これを再尋問しない限り、有罪への変更はできないとされる⁵⁸⁾。

これに対して、上述の政策説に立脚して、手続保障的な面から何らかの方法で告知・聴聞の機会を付与すれば足りるとする見解もある。

⁵⁴⁾ 最判昭和34年5月22日刑集13巻5号773頁。

⁵⁵⁾ 最判昭和36年1月13日刑集15巻1号113頁。

⁵⁶⁾ 平田元「控訴審における破棄自判・有罪の問題」光藤景皎ほか編『事実誤認と救済』（成文堂、1997年）138頁。平田はさらに、控訴審が書面から得たいわゆる心証を正しいと考え、それを追認するために事実の取調べを行うとするなら、実際にそれは被告人に不利益な変更をするための最小限の形式とならざるを得ないとする。

⁵⁷⁾ 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）321頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）483頁、松尾浩也『刑事訴訟法・下巻〔新版補正第二版〕』（弘文堂、1999年）240頁。

⁵⁸⁾ 後藤・前掲注31) 399頁。

4 検討

本件は、被告人が被害者と性交したという客観的事実については第一審から争いがない。一審の争点は、①被害者が抗拒不能の状態にあったか、そして、②被告人に被害者が抗拒不能の状態にあったという認識があったかである。一審判決は、①について被害者は抗拒不能の状態であったとしたが、②について、被告人に被害者が抗拒不能の状態にあったと認識していたとはいえないとして⁵⁹⁾、被告人を無罪とした。

控訴審では、②の被告人の認識について間接事実に基づく評価が問題となった。

(1) 本件の事件の核心が「論理則・経験則」であるといえるか

本件について、事件の核心は論理則・経験則そのものであるから、改めて証人尋問等を実施する必要はなく、被告人に意見・弁解をする機会を与えていれば、書面審理のみで有罪認定をする危険を防ぐという政策的配慮は満たされるとする評価もある⁶⁰⁾。

しかし、前述のように、「論理則・経験則」の内容は様々である。本件の控訴審は、被害者が性交を許容していると誤信するような状況にあったと認定した点、及び、目撃者から通報される危険性について論理則・経験則違反があると指摘するが、前者については、結局、被害者は客観的には抗拒不能の状況にあったのであるから、被告人がこれに乗じて性交に及んだと考える方が自然であるとの評価の域を出ていない。また、後者については、客のいる店舗内で相手が同意していない性行為に及べば通報される危険性があり、通常そのような行為に及ぶとは考えられないという一審判決のような判断もありうるどころであり、明らか（法令違反と評価されるべき）論理則・経験則違反の指摘ではない。本件において、論理則・経験則が核心であるから、被告人に意見・弁解をする機会があれば良いという割り切りができる事案であるとの評価はできまい。

⁵⁹⁾ 一審判決は、被害者証言によっても、被害者が、本件性交前及び本件性交時、目を開けたり、大きくない声で何度か声を発したりすることができ、また目撃者の証言によると、被害者は、本件性交からそれほど時間が経たないうちに被告人とは別の者から胸を触られたが、ソファーフロアから中央フロアに届くような大きな声で「やめて」と言い、その者の手を振り払った等の事実を重視する。福岡地裁久留米支判平成31年3月12日刑集75巻6号620頁参照。

⁶⁰⁾ 丸橋・前掲注51) 133頁。

間接事実の存否自体が変更される場合は、裁判所として、そのことを摘示した上で、厳格な証拠調べが必要であるが、事実自体には変更がない場合は、本件控訴審裁判所は、公判期日前の打ち合わせで、本件認識の判断に重要になる事実を明確に摘示し、そのために被告人質問を行う必要があることを示していたので、被告人側における不意打ちが防止され、裁判所の認定に影響を及ぼすべき防御・反論の機会は与えられていたということになるという見解も示されている⁶¹⁾。

確かに「不意打ち防止」の要請に応えるという意味で、控訴審裁判所は、第一審を変更するにあたり、どのような事実が重要となるのかについて、積極的に心証を開示し、争点を明確にした上で証拠調べを実施することは必要である⁶²⁾。

(2) 事実調べの要求と証人審問権

もともと、どのような事実を重視するかも、事実自体に変更はないとしても、証人を直接取調べた場合とそうでない場合には、違いが生じる。本件でも、控訴審は、一審判決が重視した、被害者が性行為の前後に声を出したり、直後にフロアの中央に聞こえるくらいの大声を出したりしたなどの事実について直接言及していない。一審判決において合理的疑いが残るとされた判断の重要な根拠となった事実は、実質的には無視されている。この違いは、直接証人を取調べたかどうかで生じた可能性が十分にある。

そもそも、一審の無罪判決を破棄する場合に、事実取調べが要求される意義には、憲法37条2項の証人審問権や、法が原則とする手続保障（差戻しや更新）を実質的に後退させないという意義が読み込まれるべきである。したがって、論理則・経験則違反という文言を使用した一応の説明がなされていたとしても、法令違反と評価すべき明らかな論理則・経験則違反でない限り⁶³⁾、被告人に有利な供述をして信用された証人については、再尋問を要するというべきである⁶⁴⁾。

本件で述べられた論理則・経験則違反は、上述のように、法令違反の程度に到達する明確なものではなかった。よって、事実の取調べとして、被告人質問のみ

⁶¹⁾ 辻本・前掲注51) 4頁。

⁶²⁾ 同上。

⁶³⁾ 後藤・前掲注31) 398頁。このような場合は、単なる事実誤認ではなく、自由心証主義違反または理由齟齬の違法と評価できるからであるとする。

⁶⁴⁾ 後藤・前掲注31) 402-406頁は、事実取調べを破棄・自判の要件ではなく、破棄の要件であるとする。この点は、今後の検討課題としたい。

では、「事件の核心」についての事実の取調べとしては不十分であり，被告人に有利な供述をした証人の再尋問がなされるべきであった⁶⁵⁾。さらに，被告人質問で新たな資料が出なかった以上⁶⁶⁾，直接主義の要請に一步譲り，控訴棄却とすべきであった。

VI 結びにかえて

最高裁は，犯罪の証明なしとして一審がした無罪判決を控訴審が破棄・自判する場合には事実調べを必要とするという判例を変更しなかった。もっとも，事実調べの範囲については，課題が残されている。

一審が裁判員裁判であった場合について，一審判決が破棄された場合，原則を差戻しにとすべきかどうかについても議論が続いている⁶⁷⁾。問題は刑訴法 400 条の規定に反して，自判できる状況にはなく差戻しをする必要がある場合であるのに，控訴審が裁判員の負担を考慮して差戻しを避けるため，自判のためのみの事実の取調べを重ねることである⁶⁸⁾ともされる。裁判員裁判の一審無罪判決が破棄される場合には，今回検討した判例が求めている被告人の権利保障の要請に加え，裁判員制度の趣旨からの要請も加わるのであり，差し戻すべきとの根拠が強くなるように思われる。検察官控訴によって原判決を破棄する場合には，第一審に差し戻して改めて裁判員の参加する合議体による審理及び評議を行い，差戻し前の第一審判決よりも被告人に不利な事実認定または量刑判断をなしうるかにつき裁判官及び裁判員の双方のチェックを働かせるべきである⁶⁹⁾という見解も示されている。

⁶⁵⁾ なお，後藤・前掲注 31) 400 頁は，再尋問が必要となることは，検察官控訴の場合に積極的に再尋問をすべきであることを意味せず，検察側証人の再尋問を無条件に許すことは，二重の危険禁止の趣旨に反するとする。

⁶⁶⁾ 最高裁が引用する最判昭和 36 年 1 月 13 日刑集 15 卷 1 号 113 頁は，証人 5 名の取調べをしたという点で，本件と異なる。

⁶⁷⁾ 水谷規男「上訴と誤判救済」法セ 635 号 (2007 年) 102 頁は，この点についての解釈上の工夫を提案する。

⁶⁸⁾ 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』(判例タイムズ社，2010 年) 449 頁。

⁶⁹⁾ 宮村啓太「裁判員裁判事件の控訴審における自判または差戻しの在り方」刑事法ジャーナル 65 号 (2020 年) 51 頁。

本件に関連して、被告人に不利な方向での破棄、量刑の場合、特に無期懲役から死刑への質的転換が生じたような場合についてどのように考えるべきか、また、破棄判決の拘束力についてどのように理解するかなど、検討すべき課題は多い。今後さらに検討を深めたい。